

ISSN 2674-6263



R E V I S T A D A
**ADVOCACIA
PÚBLICA
FEDERAL**

Vol. 7, n. 1 (2023)

Anafe
Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais

Revista da Advocacia Pública Federal

Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE)

CENTRO DE ESTUDOS

SHIS QL 24 Conjunto 3 Casa 1 – Lago Sul/DF

CEP: 71665-035

Telefone (61) 3326-1729

E-mail: atendimento@anafe.org.br

PRESIDENTE DA ANAFE

Sérgio Augusto da Rosa Montardo

EDITOR-CHEFE

Frederico Rios Paula

COEDITORES-CHEFES

Marcos Felipe Aragão Moraes

Tatiana Meinhart Hahn

ASSISTENTES EDITORIAIS

Moema Cristina Parode e Roberta Mrad Maciel

DIAGRAMAÇÃO/CAPA

Renan Cerqueira Nunes

REVISÃO

Brenda K. Souza Gomes

Ficha catalográfica

341.05 R454 Revista da Advocacia Pública Federal / Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais. – Vol. 1, n. 1, dezembro de 2017 – Brasília: ANAFE, 2017

Revista da Advocacia Pública Federal / Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais. – Vol. 7, n. 1, dezembro de 2023 – Brasília: ANAFE, 2023

ISSN 2594-3979 (Impresso)

ISSN 2674-6263 (Eletrônico)

1. Advocacia Pública Federal - Periódicos. I. Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE).

COLEGIADO DA ANAFE - GESTÃO 2023 - 2024

DIRETORIA

Presidente

Sérgio Augusto da Rosa Montardo

Diretora Executiva

Gabriela Melo Figueiredo Soares

Diretora Parlamentar

Carmen Sílvia Arrata

Diretor Jurídico

Marcelo Roberto Zeni

Diretor de Assuntos Institucionais

Vitor Pinto Chaves

Diretora de Comunicação

Caroline de Sena Cova

Diretora de Aposentados e Pensionistas

Rosalina Corrêa de Araújo

Diretora de Integração e Ação Social

Manuela Lacerda Rocha Mehl

Diretor de Prerrogativas

Jone Fagner Rafael Maciel

Diretora de Integridade e Conformidade

Gláucia Tavares Fortaleza Tenório da Silva

COORDENAÇÃO DAS CARREIRAS

Advogado da União

César do Vale Kirsch

Procuradora do Banco Central

Conceição Maria Leite Campos Silva

Procuradora Federal

Roberta Terezinha Uvo Bodnar

Procurador da Fazenda Nacional

Daniel Telles de Menezes

CONSELHO FISCAL

Conselheira Titular

Jane Maria de Macedo Midões

Conselheiro titular

Tarcísio Guedes Basílio

Conselheiro Titular

João de Deus Pereira Benício da Silva

COORDENAÇÃO DO CENTRO DE ESTUDOS

Coordenador

Marcelo Kokke Gomes

COORDENAÇÃO DE REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Coordenador

Bruno Felix de Almeida



CONSELHO EDITORIAL

- **Doutora Cynthia Pereira de Araújo**

Pontifícia Universidade Católica de Minas (PUC/Minas), Minas Gerais, Brasil

- **Doutor Carlos Marden Coutinho**

Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE/Brasil

- **Doutor Carlos Mário da Silva Velloso**

Universidade de Brasília (UnB) – Distrito Federal/Brasil

- **Doutora Cristina Silvia Alves Lourenço**

Centro Universitário do Estado do Pará (CESU), PA/Brasil

- **Doutora Denise Lucena Cavalcante**

Universidade Federal do Ceará (UFC), CE/Brasil

- **Doutor Guilherme Centenaro Hellwig**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), RS/Brasil

- **Doutor Grégore Moreira de Moura**

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC), MG/Brasil

- **Doutor Gustavo Costa Nassif**

Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência (IDCT), MG/Brasil

- **Doutor José Henrique Mouta Araújo**

Centro Universitário do Estado do Pará (Cesupa), PA/Brasil

- **Doutor Juarez Freitas**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)/Brasil

- **Doutor Lênio Luiz Streck**

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Rio Grande do Sul/Brasil



- **Doutora Lilian Rocha**

Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), DF/Brasil

- **Doutor Luís Cláudio Martins Araújo**

Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), Rio de Janeiro/Brasil

- **Doutor Marcelo Kokke Gomes**

Escola Superior Dom Helder Câmara, Minas Gerais/Brasil

- **Doutor Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto**

Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), DF/Brasil

- **Doutor Otávio Luiz Rodrigues Júnior**

Universidade de São Paulo (USP), SP/Brasil

- **Doutor Ricardo Cavalcante Barroso**

Centro Universitário Tabosa de Almeida (Asces Unita), Pernambuco/Brasil

- **Doutor Rodolfo Viana Pereira**

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE), Belo Horizonte, MG/Brasil

- **Doutor Thomas da Rosa de Bustamante**

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), MG/Brasil

- **Doutor Víctor J. Vázquez Alonso**

Universidad de Sevilla, Sevilla/Espanha

PARECERISTAS

Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires - Justiça Federal de Santa Catarina

Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2017-2022). Pesquisadora visitante na Universitat Pompeu Fabra - UPF (2020). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2014). Exerce o cargo de Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. E-mail: adrianedafonsecapires@gmail.com.

Alessandra Knoll - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul - IFSUL

Doutora, mestre e graduada em Administração de empresas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); especialista em Gestão de Pessoas nas Organizações pela mesma instituição (UFSC); especialista em Gestão de Projetos e Responsabilidade Social pela Faculdade Municipal da Palhoça; e graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Atuou como tutora na UFSC e no Instituto Federal de Santa Catarina (IFSC). Atualmente é professora substituta no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul - IFSUL. E-mail: alekawaii@gmail.com.

Ana Luiza Lacerda Amaral - Universidade de Coimbra - UC

Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra - Portugal. Mestre em Direito pelo UniCEUB (2020). Graduada em Direito pelo Centro Universitário IESB (2020). Graduada em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade de Brasília (2014). Possui experiência em Grupos de Pesquisa que envolvem Direito e Processo. E-mail: naluamaral@gmail.com

André Lisboa - Procuradoria-Geral Federal

Procurador Federal pós graduado em direito previdenciário e direito processual civil, com experiência em coordenação, planejamento e gestão, visual law e precedentes judiciais nas Turmas Recursais, Turma Nacional de Uniformização e Tribunais Superiores. Atualmente exerce o cargo na Divisão de Precedentes Qualificados da Turma Nacional de Uniformização do Núcleo de Tribunais Superiores do Departamento Previdenciário da Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União. Autor de livros sobre precedentes qualificados na TNU, STJ e STF pela editora Juspodvm. E-mail: andre.lisboa@agu.gov.br

Ariê Scherreier Ferneda - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Áreas de interesse e pesquisa: Direito Público; Direito Administrativo; Governo Digital; Governança Pública; Gestão. E-mail: ariefernedaxx@gmail.com

Augusto Cezar Ferreira de Baraúna - Universidade Federal do Maranhão - UFMA

Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialização em Criminologia na Faculdade Integradas Brasil-Amazônia (2010). Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia (1991). Professor da Universidade Federal do Maranhão e da Universidade Estadual do Maranhão. Advogado Militante. No ano de 2018 publicou a obra “Manual de Direito do Trabalho” com base na Lei n. 13.467/2017 e atualmente encontra-se com escritório de advocacia na cidade de São Luís, Capital do Estado do Maranhão. E-mail: augustodebarauna@gmail.com

Carla Izolda Fiuza Costa Marshall - IBMEC/ RJ

Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho (2000). Professora Titular de Direito Empresarial do IBMEC/RJ, desde 2004. Co-Lider de Grupo de Pesquisa de Direito do Petróleo e Co-Lider de Grupo de Pesquisa de Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável, IBMEC/RJ. Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ. possui diversas obras jurídicas com ênfase em Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: direito societário, direito do consumidor, direito societário, defesa da concorrência e direito constitucional. Orcid-0000-0002-6795-3418. E-mail: carlamarshall123@gmail.com

Daniela Bucci - Universidade Municipal de São Caetano do Sul - USCS

Doutora e mestra em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Atualmente é coordenadora do Observatório de violação de direitos humanos da região do Grande ABC (ODHUSCS) da Universidade Municipal de São Caetano do Sul e professora pesquisadora (líder) do grupo de estudos de direitos humanos (Núcleo de Estudos de Direitos Humanos - NEDHUSCS). É pesquisadora do Núcleo de Estudos de Tribunais Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (NETI-USP), coordenando atualmente o subgrupo Cortes de Direitos Humanos. E-mail: daniela.bucci.db@gmail.com

Diogo Viana dos Santos - Universidade Federal do Maranhão - UFMA

Doutor PhD em International Cooperation-Governance and Law pela Universidade de Nagoya-Japão. Mestre em LL.M. Comparative Law pela Universidade de Nagoya-Japão. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Atualmente é professor da UFMA-Universidade Federal do Maranhão, de Direito Constitucional, Direito Internacional Público e Direito Econômico. Tem experiência nas áreas de Direito Internacional Público e Ciência Política, com ênfase em Comportamento Legislativo, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Internacional, Teoria Constitucional, Federação, Propriedade Intelectual, e Responsabilidade Internacional. E-mail: diogoviana@gmail.com

Elisa Berton Eidt - Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Membro da Comissão de Mediação da OAB/RS. Autora do livro “Autocomposição na Administração Pública” (Essere nel Mondo, 2017). E-mail: elisaeidt@gmail.com

Ewerton Ricardo Messias - Universidade de Marília - UNIMAR

Doutor em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança - Cel PM Nelson Freire Terra. É Professor no Programa de Mestrado Profissional em Saúde Animal, Produção e Meio Ambiente da Universidade de Marília - UNIMAR. É Professor Convidado no Programa de Doutorado e Mestrado em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE. É Professor nos cursos de graduação em Direito e Administração da Universidade de Marília - UNIMAR. É Oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo, título obtido através do bacharelado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco. E-mail: ewerton_messias@hotmail.com

Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé - Universidade Federal do Piauí - UFPI

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI), 2018. Coordenadora adjunta do Núcleo de Estudos Políticos e Eleitorais (NEPE), da Universidade Federal do Piauí (UFPI). Membro da Academia Parnaibana de Direito, ocupando vitaliciamente a 17ª cadeira que tem como patrono Anísio Auto de Abreu. Aprovada no seletivo para professor substituto no curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI), 2022. Advogada inscrita na OAB - Seccional Piauí (2018). Aprovada no XXV Exame Unificado da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Experiência na área de Direito e Processo: Civil, Criminal, Eleitoral, Previdenciário, Trabalhista. Iniciação Científica na área da Filosofia, pela UFPI, em 2011. E-mail: ceciliamourafe@gmail.com

Gabriela Almeida Marcon Nora - Universidade do Vale do Itajaí – Santa Catarina, Brasil

Doutoranda em Administração pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Administração pela Universidade do Sul de Santa Catarina e Mestre em Engenharia e Gestão da Informação pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito. Graduada em Administração pela Universidade do Estado de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Conselho Estadual da OAB/SC (2019-2021). Atualmente é Procuradora Federal - Advocacia-Geral da União, membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC), Diretora do Núcleo de Direito e Diversidade da Escola Superior de Advocacia de Santa Catarina - ESA/SC (2022-2024). Pesquisadora do Grupo GESeG (UNIVALI/CNPQ). E-mail: gabriela@almeidamarcon.com

Gustavo Costa Nassif - Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência - IDCT

Pós-Doutor em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Doutor em direito Público com a distinção Magna cum laude - PUC-MG. Mestre em direito Público - PUC-MG. Especialização em Direito do Estado (IEC-PUC/MG); Especialização em Controle Externo de Contas Públicas (TCE/MG-PUC/MG); Pós Graduação em Gestão Educacional - Centro Universitário Newton Paiva. Graduado em Direito pela Faculdades Milton Campos (1994). Professor do Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência - IDCT (CCAP e IDCT Faculdade). E-mail: nassif100@terra.com.br

Homero Chiaraba Gouveia - Universidade Federal da Bahia - UFBA

Doutor em direito pela Universidade Federal da Bahia. Tendo atuado como professor substituto de metodologia da pesquisa entre 2016 e 2018, e de Instituições de Direito Público e Privado, atualmente, na mesma Universidade. Atualmente é professor convidado na Maestria Estado Gobierno y Políticas Públicas, da FLACSO, onde orienta dissertações de mestrado. Professor colaborador do Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Justiça e Cidadania/UFBA; e do Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho na Universidade de Santiago, em Cabo Verde. Especializou-se em Epistemologia e Metodologia Jurídicas e filosofia do tributo. E-mail: chiaraba.homero@gmail.com

Icaro Demarchi Araujo Leite - Grupo IBMEC

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2015) e pela Faculdade de Direito da Alma Mater Studiorum Università di Bologna (2015). Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2011). Habilitação em Direito de Empresa (Administração Empresarial e Tributária) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2006). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (2006). E-mail: icaroleite@gmail.com

Leandro Ferreira Bernardo - Procuradoria-Geral Federal

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2017), mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR (2012), especialista em Direito Ambiental pela UNB (2010), especialista em Direito Constitucional pela PUC-PR (2008), graduado em DIREITO pela Universidade Estadual de Maringá (2004). Professor. Procurador federal com atuação na Procuradoria Regional Federal da 4ª Região (PGF/AGU). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4647-0361>. E-mail: leandrofernando@hotmail.com.

Marcos Augusto Maliska - UniBrasil - Centro Universitário/Curitiba

Realizou Pós-doutorado no Instituto Max Planck de Direito Público de Heidelberg, Alemanha (2010-2012). Mestre (2000) e Doutor (2003) em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná, com estudos de doutoramento (Doutorado Sandwich) na Ludwig Maximilians Universität, em Munique, Alemanha (2002-2003). Professor Adjunto de Direito Constitucional

do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba. Procurador Federal. É professor visitante permanente na Faculdade de Direito de Francisco Beltrão - Cesul. Foi professor/pesquisador visitante nas Universidades de Bayreuth, Alemanha (2007), Wrocław, Polônia (2008 e 2010), Karaganda, Cazaquistão (2012), Salzburg, Austria (2014), Lviv, Ucrânia (2015) e Ottawa, Canadá (2019). E-mail: marcosmaliska@yahoo.com.br

Neuro Zambam – Faculdade Meridional (IMED) Passo Fundo

Estágio de Pós-Doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Sistemas Éticos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Graduado em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo e em Teologia pelo Instituto de Teologia e Pastoral de Passo Fundo. Atualmente é docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da IMED, desde 2013 e docente da graduação em Direito da IMED, desde 2009. E-mail: neurojz@gmail.com

Oswaldo Ferreira de Carvalho - Centro Universitário Estácio de Goiás - CUEG

Pós-doutor em Direito no Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas, vinculado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG). Também sou Pós-doutor e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Participa do grupo de estudos e pesquisas em Estado e Políticas Públicas da PUC-Goiás. Atualmente, encontro-me no exercício do magistério superior no curso de Direito no Centro Universitário Estácio de Goiás (CUEG). Membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Estácio de Goiás (CUEG). E-mail: osvaldopesquisador@gmail.com

Pedro Rafael Malveira Deocleciano - Centro Universitário Católica de Quixadá

Doutor em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2019). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2010). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Unichristus (2010). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2007). Atualmente é coordenador/professor do Centro Universitário Católica de Quixadá, Membro do Comitê de Ética e Pesquisa vinculado à Unicatólica, Membro do Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (NUPID) e Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/Seccional Ceará. E-mail: pedrorafael@unicatolicaquixada.edu.br

Wilson José Vinci Júnior - Fundação Santo André

Doutor (2021) em Direitos Humanos e Mestre (2015) em Direito Administrativo, ambos pela PUC/SP. Especialista em Direito Público (2006) e Direitos Difusos (2013), ambas pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Procurador Federal. Professor titular de Direito Previdenciário da Fundação Santo André. E-mail: wilsonvinci@hotmail.com

AUTORES

Alessandra Knoll - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul - IFSUL

Doutora, mestremestra e graduada em Administração de empresas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC);, especialista em Gestão de Pessoas nas Organizações pela mesma instituição (UFSC); e Especialista em Gestão de Projetos e Responsabilidade Social pela Faculdade Municipal da Palhoça; e graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Atuou como tutora na UFSC e no Instituto Federal de Santa Catarina (IFSC). Atualmente é professora substituta no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul - IFSUL. E-mail: alekawaii@gmail.com.

Alvaro Fernandes Martins - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera, em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER), e em Gestão Pública do Instituto Federal de Santa Catarina (IFSC). Atualmente atua no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, onde é chefe da Seção de Execução de Atos de Resistência – Divisão de Processamento Remoto de Execuções Fiscais. E-mail: alvarofernandesmar@gmail.com

Anna Clara Leite Pestana - Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina

Mestranda do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito (PPGPD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Auditora Fiscal de Controle Externo (AFCE) do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC). Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3368-5830>. E-mail: annapestana@gmail.com

Daniel Telles de Menezes - Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do ABC (2016). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (2009). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (2002). Atualmente é Procurador da Fazenda Nacional em Santo André, São Paulo. E-mail: danieltmenezes@gmail.com

Eduarda Machado Guedes - Universidade Federal do Tocantins

Estudante de graduação no curso de Direito na Universidade Federal do Tocantins, Campus Palmas. E-mail: eduarda.machado@mail.uft.edu.br

Felipe Pires M. de Brito - Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade- ICMBio

Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais na Faculdade de Direito de Lisboa. Pós-Graduação em Direito Ambiental na Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio. Pós-Graduação em Direito e Meio Ambiente Sustentável na Universidade Federal do Paraná - UFPR. Pós-Graduação em Estado e Direito na Universidade Cândido Mendes - UCAM. Pós-Graduação em Direito Minerário no CEDIN. LLM em Direito do Estado e da Regulação na Fundação Getúlio Vargas - FGV-RJ. Formado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. Apoio Jurídico Especializado da PFE ICMBio. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2071-0611>. E-mail: felipepiresmb@gmail.com

Fernanda Lopes Martins - International Competition Network

Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto USP. Consultora não-governamental na International Competition Network (2023). Advogada e professora. E-mail: fernanda.martins@cade.gov.br

Fernando Campelo Martelleto - Defensoria Pública de Minas Gerais

Defensor público de classe especial do Estado de Minas Gerais, com atuação na Defensoria Especializada de Segunda Instância Criminal, perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e os Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). Possui especialização lato sensu em Direito Empresarial, Direito Penal e Processual Penal, e Administração Pública, e é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi presidente da Associação das Defensoras e dos Defensores Públicos de Minas Gerais – ADEP-MG - por dois mandatos consecutivos, nos biênios 2019-2021 e 2021-2023. E-mail: fcmartelleto@gmail.com

Igor Guimarães Pereira - Procuradoria-Geral Federal

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB e Especializado em Direito, Constituição e Estado, pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central, JURPLAC. Mestre em Administração Pública pela (EBAPE-FGV) Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (2021-2023). Procurador Federal desde 2007. Na Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, atuou como Gerente de Procedimentos Fiscais (2011-2013), Coordenador de Contencioso Administrativo (2013-2015), Assessor Especial do Procurador-Geral (2016-2018) e Procurador-Geral Adjunto – Matéria Finalística (2018-2023). Atualmente, exerce o cargo de Coordenador-Geral de Estudos e Pareceres da Procuradoria Especializada junto ao CADE. E-mail: igorgpereira@gmail.com

Juliana Oliveira Domingues - Procuradoria Federal Especializada no Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Professora Doutora de Direito Econômico na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto USP. Procuradora-Chefe do CADE. Ex-Secretária Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020/2022). Ex-Presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (2020/2022) e do Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNCP). E-mail: juliana.domingues@cade.gov.br

Leandro Ferreira Bernardo - Procuradoria-Geral Federal

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2017), mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR (2012), especialista em Direito Ambiental pela UNB (2010), especialista em Direito Constitucional pela PUC-PR (2008), graduado em DIREITO pela Universidade Estadual de Maringá (2004). Professor. Procurador federal com atuação na Procuradoria Regional Federal da 4ª Região (PGF/AGU). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4647-0361>. E-mail: leandrofernando@hotmail.com

Leonardo de Mello Caffaro - Universidade Católica de Petrópolis-UCP

Procurador Federal- Advocacia Geral Da União-AGU. Instrutor da Escola da AGU. Especialista e Mestre em Direito. Doutorando em Educação pela Universidade Católica de Petrópolis-UCP. E-mail: leonardo.caffaro@agu.gov.br

Leonardo Zagonel Serafini - Procuradoria-Geral Federal

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2002), graduação em Biologia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2001) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2007). Atualmente é Procurador Federal em atuação na Procuradoria Federal Especializada do ICMBio. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Socioambiental. E-mail: leonardozs@outlook.com

Marcelo Alberto Gorski Borges - Procuradoria-Geral Federal

Possui graduação em Direito pela Universidade Paranaense (1999) e especialização em Direito Sócio-ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná(2003). Mestrando em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas-RJ. Atualmente é Procurador Federal da AGU atuando na Universidade Federal do Paraná. E-mail: marcelo.borges@agu.gov.br

Luiz Henrique Cademartori - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1989), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993), doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e pós-doutorado pela Universidade de Granada - Espanha. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Atua como Coordenador do Curso de Direito da UFSC e como Consultor na área de Direito Administrativo. É coordenador dos Projetos de Pesquisa: Direito Administrativo e Constitucionalismo e Modelagem e Compreensão dos Sistemas Sociais: Direito, Estado, Sociedade e Política. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2891-0757>. E-mail: luiz.cademartori@gmail.com

Luca Barbosa Tavares - UniCEUB - DF

Estudante de graduação em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e graduando em Ciências Contábeis na Universidade de Brasília (UnB). E-mail: lucksbarbosa27@gmail.com

Marcos Vinícius Martins Cavalcante - Advocacia Geral da União

Advogado da União. Especialista em Advocacia Pública pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União. Participou da comissão de seleção de artigos jurídicos para a “Edição Comemorativa ao Sesquicentenário do Santos Dumont”, publicada pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União. E-mail: marcosvmcavalcante@gmail.com

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto - UniCEUB - DF

Doutor em Direito pelo Uniceub-DF (2018). Mestre em Ordem Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (2000). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1995). Atualmente é professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. Advogado da União de categoria especial - Advocacia-Geral da União. E-mail: muriack@yahoo.com

Thamiris da Silva Frazão - Universidade Federal Fluminense - UFF

Mestranda em Direito Constitucional na UFF. Graduanda em Direito na UFRJ. Graduada em Letras - Português/Literaturas na UERJ (2017). Especialização em Língua Portuguesa no Liceu Literário Português (2023). E-mail: thamirismca@gmail.com

Victor Augusto Lima de Paula - Procuradoria-Geral do Estado do Paraná

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) - Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduação em Gestão Pública (lato sensu) pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Procurador do Estado do Paraná. Desenvolve pesquisas com temas relacionados a Leis Fundamentais, Democracia, Acesso à Internet e Direito e Tecnologia. Editor e redator do site Legal Index. E-mail: victorAugustolp@gmail.com

Vinícius Pinheiro Marques - Universidade Federal do Tocantins

Obteve o título de Doutor em Direito (Magna Cum Laude) em dezembro/2016 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS), de Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos em fevereiro/2015 pela Universidade Federal do Tocantins (UFT) e de Bacharel em Direito em julho/2005 pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Atualmente é Professor dos Programas de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e do Mestrado Profissional em Administração Pública (PROFIAP); atua também como professor dos Cursos de Graduação e Especialização em Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT), do Centro Universitário Católica do Tocantins (UNICATÓLICA) e do Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA). E-mail: viniciusmarques@uft.edu.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Sérgio Augusto da Rosa Montardo 19

EDITORIAL

Frederico Rios Paula 21

ARTIGO DE AUTORA CONVIDADA

ESG E A TAREFA NADA SIMPLES DA ANÁLISE CONCORRENCIAL DOS “SUSTAINABILITY AGREEMENTS”

ESG AND THE “FAR FROM SIMPLE” TASK OF SUSTAINABILITY AGREEMENTS COMPETITIVE ANALYSIS

Juliana Oliveira Domingues e Fernanda Lopes Martins 25

ARTIGOS

A SOBREPOSIÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO ÀS TERRAS OCUPADAS POR POVOS INDÍGENAS, COMUNIDADES QUILOMBOLAS E POPULAÇÕES TRADICIONAIS NO BRASIL, SOB UMA PERSPECTIVA SOCIOAMBIENTAL

THE SUPERPOSITION OF CONSERVATION UNITS AND THE ABORIGINAL POPULATIONS LANDS IN BRAZIL, UNDER AN SOCIAL-ENVIRONMENTAL PERSPECTIVE

Leandro Ferreira Bernardo e Leonardo Zagonel Serafini 39

A CONCRETIZAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA E A CONVENÇÃO OIT 169 NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

THE IMPLEMENTATION OF THE PRIOR, FREE AND INFORMED CONSULTATION AND THE ILO 169 CONVENTION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Felipe Pires M. de Brito 66

O PROJETO DE LEI 2630 E O IMPACTO DA DESINFORMAÇÃO NAS DEMOCRACIAS: DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO À TIRANIA DA MENTIRA DIRECIONADA

THE BILL 2630 AND THE IMPACT OF FAKE NEWS ON DEMOCRACIES: FROM FREEDOM OF EXPRESSION TO THE TYRANNY OF TARGETED LIES

Alessandra Knoll e Alvaro Fernandes Martins 82

| | |
|--|-----|
| TERMOS DE SERVIÇO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM CONFLITO ILUSÓRIO <i>TERMS OF SERVICE AND FREEDOM OF SPEECH: AN ILLUSORY CONFLICT</i> | |
| Victor Augusto Lima de Paul | 99 |
| POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADAS EM EVIDÊNCIAS: A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADA EM EVIDÊNCIAS <i>EVIDENCE-BASED PUBLIC POLICY: THE ROLE OF PUBLIC ADVOCACY IN THE FORMULATION OF EVIDENCE-BASED PUBLIC POLICY</i> | |
| Marcos Vinícius Martins Cavalcante | 115 |
| ÉTICA E PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA <i>ETHICS AND PROBITY IN PUBLIC ADMINISTRATION</i> | |
| Fernando Campelo Martelletto | 129 |
| ADPF 828 – UMA INVESTIGAÇÃO DA INTERVENÇÃO (IN)DEVIDA E (IN)ADEQUADA DO STF NO DIREITO DE PROPRIEDADE <i>ADPF 828 – AN INVESTIGATION ABOUT THE STF INTERVENTION IN THE RIGHT TO PROPERTY</i> | |
| Marcelo Alberto Gorski Borges | 145 |
| UNIVERSIDADES PÚBLICAS E PARTICULARES NO BRASIL: REGIMES INDEFINIDOS <i>PUBLIC AND PRIVATE UNIVERSITIES IN BRAZIL: UNDEFINED REGIMES</i> | |
| Leonardo de Mello Caffaros | 164 |
| PLANO DE CONTRATAÇÕES ANUAL: BOAS PRÁTICAS PARA A RACIONALIDADE, EFICIÊNCIA E TRANSPARÊNCIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS <i>ANNUAL HIRING PLAN: GOOD PRACTICES FOR THE RATIONALITY, EFFICIENCY AND TRANSPARENCY OF PUBLIC PURCHASES</i> | |
| Anna Clara Leite Pestana e Luiz Henrique Cademartori | 177 |
| A ADOÇÃO SUBSIDIÁRIA DA SUSPENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E DE ASSAPORTE COMO MEIO EXECUTIVO ATÍPICO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA <i>THE SUBSIDIARY ADOPTION OF THE SUSPENSION OF NATIONAL DRIVER'S LICENSE AND PASSPORT AS AN ATYPICAL EXECUTIVE MEANS IN THE EXECUTION PROCESS FOR A CERTAIN AMOUNT</i> | |
| Eduarda Machado Guedes e Vinícius Pinheiro Marques | 206 |

IMPACTO DAS TRANSAÇÕES DE CRÉDITOS PÚBLICOS NA ARRECADAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL REFERENTE A DEVEDORES EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

IMPACT OF OFFER IN COMPROMISES IN COLLECTION OF ATTORNEY-GENERAL OF THE PUBLIC FINANCES OFFICE FROM DEBTORS IN JUDICIAL RECOVERY

Igor Guimarães Pereira 249

ANALISANDO O JULGAMENTO DOS TEMAS 881 E 885 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NOVAS PERSPECTIVAS ACERCA DA INSEGURANÇA JURÍDICA NO USO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NA SEARA TRIBUTÁRIA

ANALYZING THE JUDGMENT OF TOPICS 881 AND 885 BY THE FEDERAL SUPREME COURT: NEW PERSPECTIVES ON LEGAL INSECURITY IN THE USE OF EFFECT MODULATION IN THE TAX AREA

Luca Barbosa Tavares e Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto 269

A ADESÃO DAS MOEDAS DIGITAIS E A TRIBUTAÇÃO DAS MOEDAS VIRTUAIS NO BRASIL
ACCESSION OF DIGITAL CURRENCIES AND TAXATION OF VIRTUAL CURRENCIES IN BRAZIL

Thamiris da Silva Frazão 295

PARECERES

PARECER N. 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU

PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF

Camila Gomes Peres, Daniela Gonçalves de Carvalho, Julio César Francisco, Kamila dos Santos Tabaquini, Lectícia Marília Cabral de Alcântara, Roberta Negrão Costa Wachholz, Tarcísio Bessa de Magalhães Filho, Virgínia Araújo de Oliveira e Ingrid Pequeno Sá Girão 314

PARECER N. 010/2023/PRONACLIMA/AGU

PRONACLIMA

Priscila Gonçalves de Oliveira 339

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

DA TESE FIXADA NO TEMA 698 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ATENÇÃO AOS EFEITOS SISTÊMICOS INDESEJADOS NA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO ATENDIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Claudine Costa Smolenaars 379

COMENTÁRIOS À SENTENÇA ARBITRAL FINAL DO CASO CCI Nº 26245, DE 09 DE GOSTO DE 2023 (PETRA ENERGIA S.A. V ANP)

Nilo Sérgio Gaião Santos 406

APRESENTAÇÃO

Sérgio Montardo
Presidente da ANAFE

Saudações!

É com satisfação que anunciamos a 7ª edição da nossa Revista da Advocacia Pública Federal, consolidada como uma das principais publicações científicas para Advogados Públicos do país. Esta edição reúne estudos não apenas de Advogados Públicos, mas também de operadores do Direito, acadêmicos da área jurídica e estudantes, abordando temas essenciais.

A diversidade de perspectivas e experiências enriquece o debate, oferecendo uma visão abrangente das questões mais relevantes. O edital de chamada da 7ª edição inovou, ao selecionar trabalhos desenvolvidos sobre temas atuais, como Direito Ambiental e Justiça Climática, Defesa da Democracia, Liberdade de Expressão, Combate à Desinformação e Proteção de Dados, Advocacia Pública, Proibição Administrativa, Combate à Corrupção e Compliance, Administração Pública, Governança e Políticas Públicas, Contratações Públicas Sustentáveis e a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Precedentes Qualificados no Direito Processual Civil Brasileiro e a Redução da Litigiosidade Envolvendo o Estado, Consensualidade e Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos, Direito, Inteligência Artificial e Novas Tecnologias, Direito da Infraestrutura e da Regulação, e Direito Tributário e Reforma da Tributação no Brasil.

A Revista da ANAFE tem como principal objetivo divulgar trabalhos e textos científicos que contribuam para a capacitação e formação de opiniões. Funciona como uma plataforma para disseminar pesquisas e análises relevantes no campo da Advocacia Pública, enriquecendo o conhecimento de Advogados Públicos e da comunidade jurídica em geral.

Estamos convictos de que esta edição representa mais uma contribuição da ANAFE para o aperfeiçoamento científico e para a atualização profissional de membros de todos os segmentos da Advocacia Pública. Esperamos que a publicação deste periódico fortaleça os laços desses profissionais competentes, reunindo a rica produção cultural e científica da Advocacia Pública nacional, amplamente reconhecida por sua excelência.

Expressamos nossos agradecimentos aos integrantes do Centro de Estudos da ANAFE, do Conselho Editorial e da equipe responsável pela publicação.

Desejamos a todos e todas uma boa leitura e contínuo sucesso à Revista da Advocacia Pública Federal!



EDITORIAL

Frederico Rios Paula
Editor-chefe

Prezado(a) leitor(a),

É com grande satisfação que oferecemos a leitura de mais uma edição da Revista da Advocacia Pública Federal da Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE). Com o propósito de propagar conhecimento sobre Direito e Gestão Pública, bem como promover o debate e incentivar a análise crítica, apresentamos conteúdo que expõem a qualidade e variedade de assuntos resultantes de estudos e pesquisas que contribuem para atender às expectativas dos operadores do direito e de toda comunidade jurídica.

Ao longo deste ano, temos acompanhado de perto as mudanças legislativas e as decisões que moldam nosso mundo jurídico. O campo do direito está sempre em evolução, e é nosso dever como profissionais e cidadãos estar preparados para enfrentar os desafios que surgem. É vital para nossa democracia e sociedade como um todo. Convidamos você a mergulhar nas páginas desta Revista, onde especialistas renomados compartilham suas perspectivas e experiências.

Desta forma, a Revista da Advocacia Pública Federal, nesta 7ª Edição, contempla artigos, pareceres e jurisprudência comentada.

Ao iniciar a leitura desta publicação anual, você verificará que temos como autora convidada a professora doutora Juliana Oliveira Domingues, atual Procuradora-Chefe do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Fomos agraciados com o artigo “ESG e a tarefa nada simples da análise concorrencial dos ‘*Sustainability Agreements*’”, em coautoria com Fernanda Lopes Martins, dividindo conosco as suas experiências e reflexões sobre os avanços do antitruste brasileiro na análise dos chamados “acordos de sustentabilidade” (*sustainability agreements*), firmados entre agentes de mercado para atingir as metas da agenda ESG.

Dos trabalhos submetidos para esta edição, 14 (quatorze) foram aprovados por nossos revisores, em avaliação cega. Os dois primeiros artigos envolvem uma perspectiva constitucional do Direito Ambiental aliado à Justiça Climática, são eles: “A sobreposição de Unidades de Conservação às terras ocupadas por povos indígenas, comunidades quilombolas e populações tradicionais no Brasil sob uma perspectiva socioambiental”, de Leandro Ferreira Bernardo e Leonardo Zagonel Serafini; e “A concretização da consulta prévia, livre e informada e a convenção OIT 169 no sistema jurídico brasileiro”, de Felipe Pires M. de Brito.

Em seguida, dois outros artigos abordam assuntos relacionados aos temas de Defesa da Democracia, Liberdade de Expressão, Combate à Desinformação e Proteção de Dados: “O Projeto de Lei 2630 e o impacto da desinformação nas democracias: Da liberdade de expressão à tirania da mentira direcionada”, de Alessandra Knoll e Alvaro Fernandes Martins; e “Termos de serviço e liberdade de expressão: Um conflito ilusório”, de Victor Augusto Lima de Paula.

Há, ainda, os artigos que permeiam as temáticas de Administração Pública, Governança e Políticas Públicas: “Políticas públicas baseadas em evidências: A atuação da Advocacia Pública na formulação de políticas públicas baseadas em evidências”, de Marcos Vinícius Cavalcante; “Ética e probidade na Administração Pública”, de Fernando Campelo Martelletto; e “Universidades públicas e particulares no Brasil: Regimes indefinidos”, de Leonardo de Mello Caffaro. Já o artigo “ADPF 828 – Intervenção (in)devida e (in)adequada do STF no direito de propriedade”, de Marcelo Alberto Gorski Borges, traz uma visão crítica acerca da decisão mencionada no seu próprio título.

Um dos artigos toca em ponto fundamental ao planejamento das contratações públicas. É o trabalho intitulado “Plano de Contratações Anual: Boas práticas para a racionalidade, eficiência e transparência das contratações públicas”, de Luiz Henrique Cademartori e Anna Clara Leite Pestana.

No âmbito do Direito Processual Civil, temos o artigo “A adoção subsidiária da suspensão de Carteira Nacional de Habilitação e de Passaporte como meio executivo atípico no processo de execução por quantia certa”, de Vinicius Pinheiro Marques e Eduarda Machado Guedes.

A Revista contou também com artigos direcionados à seara tributária, em diferentes perspectivas: “O desafio da efetividade nas ações de combate à fraude fiscal”, de Daniel Telles de Menezes; “Impacto das transações de créditos públicos na arrecadação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional referente a devedores em recuperação judicial”, de Igor Guimarães Pereira; “Analisando o julgamento dos temas 881 e 885 pelo Supremo Tribunal Federal: Novas perspectivas acerca da insegurança jurídica no uso da modulação de efeitos na seara tributária”, de Mauricio Muriack de Fernandes e Peixoto e Luca Barbosa Tavares; e “Adesão das moedas digitais e a tributação das moedas virtuais no Brasil”, de Thamiris da Silva Frazão.

Apresentamos, ainda, neste número, dois importantes Pareceres. O primeiro, que nos orgulha destacar, é o PARECER n.00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU, de autoria dos(as) Procuradores(as) Federais Camila Gomes Peres, Daniela Gonçalves de Carvalho, Julio César Francisco, Kamila dos Santos Tabaguini, Lectícia Marília Cabral de Alcântara, Roberta Negrão Costa Wachholz, Tarcísio Bessa de Magalhães Filho, Virgínia Araújo de Oliveira e Ingrid Pequeno Sá Girão, que fixa pena de demissão para casos de assédio sexual nas autarquias e fundações públicas federais. O segundo trata de uma manifestação consultiva da recém criada Procuradoria Nacional de Defesa do Cima e do Meio Ambiente. É o PARECER n. 010/2023/PRONACLIMA/AGU, subscrito pela Advogada da União Priscila Gonçalves de Oliveira, que afirma a constitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007, o qual veicula a proibição de pesquisa e o cultivo de organismos geneticamente modificados nas terras indígenas.

Finalizamos esta edição compartilhando decisões relevantes à atuação da Advocacia Pública. Uma é a tese fixada no Tema 698 do Supremo Tribunal Federal, com ênfase aos efeitos sistêmicos indesejados na judicialização de políticas públicas, comentada pela Procuradora Federal Claudine Costa Smolenaars. Outra, é a Sentença Arbitral Final do Caso CCI nº 26245, de 09 de agosto de 2023 (Petra Energia S.A. v ANP), apresentada pelo Procurador Federal Nilo Sérgio Gaião Santos.

Nossos agradecimentos, às autoras convidadas, aos autores contemplados, aos pareceristas e a todos que colaboraram para a publicação desta 7ª Edição.

Destacamos, por fim, que a Revista é de periodicidade anual e de fluxo contínuo de recebimento de artigos para futuras edições. Convidamos o(a) leitor(a) a participar com o envio de trabalhos, acessando o link: <https://seer.anafe.org.br/index.php/revista>.

Esperamos que você aproveite a leitura e que a nossa revista continue a ser uma valiosa fonte de conhecimento, gerando ótimas reflexões.





ARTIGO DE AUTORA
CONVIDADA



.....

ESG E A TAREFA NADA SIMPLES DA ANÁLISE CONCORRENCIAL DOS “*SUSTAINABILITY AGREEMENTS*”

.....

ESG AND THE “FAR FROM SIMPLE” TASK OF SUSTAINABILITY AGREEMENTS COMPETITIVE ANALYSIS

Juliana Oliveira Domingues¹

Fernanda Lopes Martins²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Cade: o Direito da Concorrência e o seu escopo; 2. *Green Deals*: como são vistos os acordos sustentáveis?; 2.1 Europa; 2.2 Brasil; 3. Conclusão; Referências bibliográficas.

1 - Professora Doutora de Direito Econômico na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Procuradora-chefe do Cade. Ex-secretária nacional do consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020/2022). Ex-presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (2020/2022) e do Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNCP). E-mail: juliana.domingues@Cade.gov.br.

2 - Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. Consultora não governamental na International Competition Network (2023). Advogada e professora. E-mail: fernanda.martins@Cade.gov.br.



RESUMO: Os anos de pandemia impulsionaram reflexões sobre a sustentabilidade, as quais já vinham ganhando espaço, principalmente, desde o início do século. A partir da análise do cenário europeu, especialmente após a publicação do *European Green Deal*, o presente trabalho busca, pela metodologia exploratória e comparativa, avaliar os avanços do antitruste brasileiro na análise dos chamados “acordos de sustentabilidade” (*sustainability agreements*), firmados entre agentes de mercado para atingir as metas da agenda ESG. Não raro, esses acordos são pactuados entre concorrentes e, por isso, despontam preocupações antitruste. Nesse cenário, os casos brasileiros – em especial a *joint venture* aprovada em 2023 pelo Tribunal do Cade – demonstraram que a autoridade brasileira lida na prática com os desafios dos acordos de sustentabilidade para que não culminem em significativas restrições à concorrência ou em ilícitos antitruste.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste. Acordos de sustentabilidade. ESG. Pacto Ecológico Europeu. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

ABSTRACT: *The pandemic years boosted reflections on sustainability, which had already been gaining ground, especially since the beginning of the century. Based on the analysis of the European scenario, mainly after the publication of the European Green Deal, this paper seeks, through exploratory and comparative methodology, to evaluate the advances of Brazilian antitrust in the analysis of the so-called “sustainability agreements”, signed between market players to achieve the goals of the ESG agenda. These agreements are often signed between competitors, which is why antitrust concerns arise. In this scenario, Brazilian cases – especially the joint venture approved in 2023 by the Cade’s Court – demonstrated that the Brazilian authority deals in practice with the challenges of sustainability agreements so that they do not result in significant restrictions on competition or antitrust violations.*

KEYWORDS: *Antitrust. Sustainability agreements. ESG. European Green Deal. Administrative Council for Economic Defense.*

INTRODUÇÃO

Os desafios da atualidade nos levam a refletir sobre o (recente) passado, em face de tantos enfrentamentos novos, especialmente durante o difícil período da pandemia. A situação vivenciada nos instiga a repensar e ponderar sobre o que esperamos e desejamos para o futuro.

Não é recente a preocupação com as mudanças ambientais, impactos climáticos e sociais. Assim, importante explicar que, no ano de 2004, foi institucionalizada a sigla ESG (*Environmental, Social and Governance*), na publicação do Pacto Global da ONU em conjunto com o Banco Mundial³. Tal documento – endossado por 20 (vinte) instituições financeiras de 9 (nove) países diferentes, inclusive do Brasil – foi precursor dos direcionamentos acerca da agenda ESG (SÁ E SILVA, 2022). No país, o termo foi traduzido para “Ambiental, Social e Governança”, mas ficou muito mais conhecido por meio da sigla ESG.

Os temas ambientais ganharam mais espaço para conscientização há alguns anos. Em 2006, por exemplo, foi divulgada uma pesquisa que apontava que o brasileiro havia aumentado em 30% a sua conscientização em relação ao meio ambiente entre os anos de 1990 e 2005⁴.

Com a virada do milênio, o maior acesso à informação, e as mudanças nos comportamentos dos consumidores e das empresas, a preocupação com temas ambientais cresceu, rapidamente, despertando inquietação. Desse modo, houve um movimento no sentido de provocar os agentes econômicos a promover a interligação entre governança, meio ambiente e temas sociais. Como efeito, o mercado tem se encaminhado para a adaptação e absorção das pautas de sustentabilidade. Essa mesma dinâmica pode ser observada também nas políticas públicas e nos recentes debates levados ao poder legislativo.

Nesse contexto, alguns países passaram a colocar essa pauta em uma agenda de prioridades. De acordo com o Relatório Gerenciamento de Riscos Globais (Gris), de 2020, os investimentos sustentáveis globais alcançaram xa marca de US\$ 35,3 trilhões nos cinco mercados principais analisados – Austrália, Canadá, Europa, EUA e Japão⁵. Entretanto, neste artigo, não faremos uma análise desses investimentos, tampouco, pretendemos destrinchar se de fato os referidos acordos cumpriram com as metas de sustentabilidade. No presente artigo, buscamos destacar a importância da agenda ESG e o papel do Direito Concorrencial (Antitruste), diante do crescimento dos chamados “*Green Deals*”, ou seja, “acordos verdes” ou sustentáveis.

A relevância da referida análise fica demonstrada em virtude de a agenda ESG ter se intensificado no pós-pandemia, especialmente, para atender demandas e um novo perfil de consumidor mais comprometido com a sustentabilidade. O consumo consciente ganhou força, indicando uma predileção pelas escolhas que impactam positivamente o ambiente e a sociedade. Conforme explica Cardinalli Straube (2022, p. 369), o “envolvimento com trabalho escravo, desmatamentos, queimadas, falta de iniciativas para a comunidade e ausência de mensagens inclusivas podem gerar a desistência gradual pelo consumo do produto e da marca correspondente”.

3 - A publicação intitulada *Who cares wins: connecting financial market to a changing world*. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/444801491483640669/pdf/113850-BRI-IFC-Breif-whocares-PUBLIC.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2023.

4 - BRASIL (2006). Pesquisa do Ministério do Meio Ambiente (MMA), em parceria com o Instituto de Estudos da Religião (Iser) e WWF Brasil.

5 - THE GLOBAL RISKS REPORT 2020. 15 jan. 2020. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020/>. Acesso em: 30 nov. 2023.

Ressalta-se que quando nos referimos a essa consciência do consumidor, partimos de indivíduos inseridos no mercado e que têm a oportunidade de fazer escolhas. Nesse contexto, se é certo que a sociedade está comprometida a adotar uma postura ativa perante os princípios da ESG, aos agentes econômicos cabe aumentar uma agenda voltada às questões sociais e ambientais. Contudo, o empenho genuíno significa, precipuamente, afastar-se de discursos vazios e do *marketing* enganoso (CARDINALI STRAUBE, 2022, p. 362).

É nessa busca por efeitos ambientais e sociais positivos que os agentes de mercado ampliam as discussões sobre a convergência entre sustentabilidade e concorrência, notadamente, porque a sustentabilidade se configura como um elemento relevante de competição dentro de um determinado mercado. Nesse sentido, analisaremos o papel do Cade diante da agenda de sustentabilidade e dos desenhos de acordos apresentados como “*Green Deals*” notificáveis à autarquia.

1. CADE: O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O SEU ESCOPO

Historicamente, na visão da Escola Econômica Neoclássica, que tem sido a mais amplamente seguida pelas agências reguladoras da área concorrencial no mundo, o objetivo da defesa da concorrência é o bem-estar do consumidor⁶. O entendimento adotado – ainda que não na sua inteireza – pelo sistema jurídico concorrencial brasileiro também está disposto no artigo 170 da Constituição Federal, que coloca a defesa do consumidor como princípio e fundamento da ordem econômica ladeado com a proteção da concorrência e de outros valores⁷. A finalidade da tutela antitruste (também chamada de concorrencial) não é tão somente o bem-estar do consumidor, mas promover a eficiência econômica que, ao final, resultará em melhores preços e ofertas aos consumidores.

Em outras palavras, para o ordenamento brasileiro, a defesa do consumidor se relaciona aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, de forma que “o bem-estar do consumidor, posto como um dos fins da tutela antitruste repousaria no binômio da eficiência econômica e da liberdade de escolha pelo consumidor” (GABAN, DOMINGUES, 2016, p. 58).

Dentro desse contexto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é a autarquia responsável pela proteção à concorrência, tendo como um de seus fins, portanto, a proteção ao bem-estar do consumidor a partir da proteção à concorrência nos mercados.

Conseqüentemente, sabendo-se que a o Direito Antitruste deve ser observador do comportamento e das mudanças no mercado de consumo, bem como do próprio mercado e do comportamento dos seus agentes, os temas abordados pela ESG (sustentabilidade ambiental, social e governança) podem se tornar, então, objeto da competência do Cade.

6 - Segundo a Escola Econômica Neoclássica, “As leis antitruste, como elas se encontram agora, possuem apenas um objetivo legítimo e esse objetivo pode ser concluído sob qualquer teoria econômica (i) O único objetivo legítimo das leis antitruste norte-americanas é a maximização do bem-estar do consumidor; portanto (ii) “Concorrência” para os propósitos de análise antitruste, deve ser entendida como um termo que signifique o estado das coisas em que o bem-estar do consumidor não possa ser elevado por determinação judicial”. Cf. GABAN, DOMINGUES, 2016, p. 58. A publicação intitulada *Who cares wins: connecting financial market to a changing world*. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/444801491483640669/pdf/113850-BRI-IFC-Breif-whocares-PUBLIC.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2023.

7 - “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V- defesa do consumidor”.

A vinculação da agenda ESG ao bem-estar do consumidor e à manutenção da livre concorrência e da eficiência econômica está sempre à frente nas análises antitruste, de modo a ensejar que a autoridade desloque seu olhar para as questões atinentes à essa pauta, quando das suas análises técnicas, especialmente, como se verá adiante, no caso de cooperações empresariais que envolvam objetivos sustentáveis.

A busca do consumidor por opções mais sustentáveis, em termos ambientais e sociais, afeta a estratégia empresarial, o seu funcionamento e seus investimentos; conseqüentemente, a proteção ao bem-estar do consumidor é impactada. Nesse contexto, os agentes econômicos se esforçam para aderir à agenda ESG, implementando diferentes tecnologias, sistemas, que sejam coerentes com a pauta de sustentabilidade (e.g. sistemas de logística reversa e implementação de tecnologias para redução de emissões de poluentes).

A necessidade de cooperação entre agentes econômicos, cuja convergência pode atingir até mesmo níveis globais, resulta em desenhos diversos de “acordos” entre concorrentes ou aqueles que tenham relação dentro de uma mesma cadeia produtiva (insumo). Nessa confluência de metas, desponham desafios significativos para o Direito da Concorrência, uma vez que demandam um olhar realista e profundo do escopo e do nível de trocas de informações entre os agentes econômicos nessas colaborações.

Diante desse cenário, o tema requer uma investigação aprofundada, na medida em que os agentes de um mesmo mercado podem colaborar em prol de um mesmo objetivo sustentável, porém, tais colaborações não podem impactar/reduzir a concorrência no mercado e o desincentivar as inovações tecnológicas (DOMINGUES, MARTINS, 2023).

2. GREEN DEALS: COMO SÃO VISTOS OS ACORDOS SUSTENTÁVEIS?

2.1. Europa

No cenário europeu, a preocupação com a defesa da concorrência⁸⁻⁹, diante dessa busca por maior sustentabilidade, desaguou na aprovação do Pacto Ecológico Europeu – *European Green Deal* – que propõe um conjunto de medidas para transformar a União Europeia (EU) em uma economia moderna, eficiente em recursos e competitiva¹⁰. Um de seus objetivos

8 - Várias jurisdições europeias, nominalmente, os Países Baixos, a Grécia, a Alemanha e o Reino Unido, se esforçaram para aperfeiçoar os seus guias para Acordos Horizontais diante desse aumento da interconectividade entre sustentabilidade e antitruste. Cf. FERNANDES, Victor Oliveira. Brazil 's Cade Demonstrates How Antitrust Authorities Can Pursue Sustainability Goals. **Promarket**. 02 ago. 2023. Disponível em: <https://www.promarket.org/2023/08/02/brazils-Cade-demonstrates-how-antitrust-authorities-can-pursue-sustainability-goals/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

9 - Em 2020, a autoridade de defesa da concorrência holandesa (ACM) publicou o guia “*Sustainability agreements: opportunities within competition law*”, com o objetivo de direcionar as atividades sustentáveis das empresas. Segundo o qual, “muitos dos acordos para sustentabilidade não serão, de início, anticompetitivos, de forma que não é necessária uma análise dos impactos concorrenciais, pois não há restrição da concorrência” Cf. RANGEL, Aline Roberta Veloso. Aspectos concorrenciais da cooperação entre empresas para objetivos ambientalmente sustentáveis: convergências e divergências entre teoria e prática. In: ATHAYDE, Amanda; SEGALOVICH, Daniel; ANDRADE, Gabriel. **Comércio internacional e concorrência: desafios e perspectivas atuais**. Vol. IV. Disponível em: https://www.amandaathayde.com.br/_files/ugd/62c611_fdcbeef7132b4e2491dda423bf36816b.pdf. Acesso em: 19 nov. 2023.

10 - “Climate change and environmental degradation are an existential threat to Europe and the world. To overcome these challenges, the European Green Deal will transform the EU into a modern, resource-efficient and competitive economy [...]” Cf. EUROPEAN COMMISSION. **The European Green Deal**. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en. Acesso em: 19 nov. 2023.

é fazer da Europa o primeiro continente climaticamente neutro até 2050 e reduzir pelo menos 55% das emissões líquidas de gases de efeito estufa até 2030 (em comparação com os níveis dos anos de 1990).

Nesse contexto, em junho de 2023, foi lançado o documento intitulado “Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, que conta com uma seção específica (seção 9) sobre Acordos de Sustentabilidade. Esses, como a Comissão Europeia bem explica no referido guia, nada mais são do que “acordos entre concorrentes que perseguem objetivos de sustentabilidade”, e complementa, “independentemente da forma da cooperação”. Ora, evidentemente, tais resoluções são fruto da adoção de uma agenda voltada ao cumprimento dos princípios da ESG.

Esse tipo de acordo somente suscitará preocupações concorrenciais – nos termos do art. 101º do TFUE¹¹ – em dois cenários: (1) se implicar restrição à concorrência por objetivo ou (2) conduzir a efeitos negativos significativos, reais ou prováveis, sobre a concorrência¹². Em outras palavras, só se enquadram na proibição prevista nesse artigo os acordos que afetam os parâmetros da concorrência, como preço, quantidade, qualidade, escolha ou inovação; por exemplo, aqueles que visam ao cumprimento de requisitos precisos em tratados internacionais juridicamente vinculativos, ou ainda, os que não se relacionam à atividade econômica das empresas, mas à sua conduta empresarial interna.

Ainda, segundo o guia, também não infringem o TFUE os “acordos de normalização para a sustentabilidade”, chamados de “normas de sustentabilidade”, os quais são utilizados para fornecer orientações, regras ou características “para os produtos e processos relacionados com esses parâmetros de sustentabilidade”. Por essa razão, eles “são utilizados para especificar os requisitos que os produtores, os transformadores, os fabricantes, os distribuidores, os retalhistas ou os prestadores de serviços” devem cumprir em relação aos parâmetros de sustentabilidade.

Esses acordos raramente implica algum efeito negativo à concorrência e, por isso, são presumidamente lícitos quando cumprem estas condições: (1) transparência na elaboração; (2) a norma não deve ser imposta às empresas que não desejam dela participar; (3) não deve existir troca de informações sensíveis do ponto de vista comercial; o resultado do processo de fixação das normas deve ser efetivo, e não discriminatório; (4) não deve conduzir a um aumento significativo do preço/redução significativa dos produtos; (5) e a quota de mercado das empresas participantes não pode exceder 20% em qualquer nicho relevante afetado pela norma. Atingidas essas condições, as normas de sustentabilidade são presumidamente lícitas, e não infringem as diretrizes de defesa da concorrência.

Contudo, existem acordos de sustentabilidade que, sem dúvidas, geram restrições à concorrência, mas ainda assim, eles não são, segundo as orientações da Comissão Europeia, tidos

11 - Que tem a seguinte redação: “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno [...]”

12 - No entanto, há exceções: embora se restrinja à concorrência – na acepção do 101º, 1.º –, se o acordo preencher os requisitos previstos no nº 3 do art. 101º do TFUE, ele não será proibido: “3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: - a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.”

como proibidos. Ou seja, não se trata de um ilícito *per se*¹³, visto que eles podem se beneficiar da exceção contida no art. 101º n. 3 do TFUE, que prevê quatro requisitos que tornam lícito o acordo nas circunstâncias de restrição: (1) a demonstração de ganhos de eficiência¹⁴, (2) seu caráter indispensável¹⁵; (3) sua repercussão nos consumidores¹⁶; e (4) a não eliminação da concorrência¹⁷.

Em suma, embora muitas autoridades ainda entendam pela não abrangência de uma defesa da concorrência capaz de atingir temas relativos à sustentabilidade, as orientações sobre a aplicação do TFUE aos acordos de cooperação horizontal demonstram que o Direito da Concorrência e a ESG, inevitavelmente, se esbarram e geram preocupações jurídicas que merecem ser delineadas, tal como foi feito pela Comissão Europeia.

2.2. Brasil

No cenário legislativo brasileiro, a própria Constituição Federal, especificamente em seu artigo 170, traz a previsão de um desenvolvimento econômico apoiado na livre iniciativa, na valorização do trabalho humano e em outros princípios, como a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades sociais, a defesa do meio ambiente e do consumidor.

Essa integração deixa claro que o meio ambiente e a realidade social devem sempre caminhar ao lado do desenvolvimento econômico. Para Crivelari (2018, p. 220), “a questão ambiental está cravada no coração das normas constitucionais que fundamentam o antitruste”. A previsão constitucional não nega, ao contrário, confirma, que o Direito Antitruste brasileiro está interligado aos elementos de defesa do meio ambiente, da igualdade social e do bem-estar do consumidor, o que leva ao raciocínio de inclusão da ESG no escopo antitruste, embora esse seu papel não seja unanimemente defendido pelos estudiosos.

A temática atinente à ESG, portanto, impacta a análise tradicional do antitruste e, principalmente, desafia suas regras ao demandar, muitas vezes, cooperação entre os agentes econômicos para que se adequem a uma agenda sustentável. A cooperação e os acordos horizontais entre

13 - “O termo “per se” foi cunhado no caso *United States v. Socony-Vacuum Oil*, em 1940, quando houve condenação pela Corte da prática de fixação horizontal de preços [...]. Por esse standard analítico, a conduta é ilícita independentemente do contexto em que foi praticada, sendo desnecessária a análise de estrutura de mercado e de poder econômico do agente; há, portanto, uma economia processual, decorrente da dispensabilidade de comprovação do poder de mercado e dos efeitos líquidos da prática, bem como pela severa limitação das hipóteses de defesa”. Cf. AZEVEDO, Paula. **Ilícito por Objeto na Jurisprudência do Cade**. O caso das tabelas de preço. Disponível em: <https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/394/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Conselheira%20Paula%20Azevedo.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2023.

14 - O primeiro requisito pode ser preenchido, por exemplo, se o acordo de sustentabilidade gerar a melhoria na distribuição ou utilizar-se de tecnologias de distribuição menos poluentes. Mas é claro que esses ganhos devem ser comprovados, e não presumidos.

15 - Quanto ao segundo requisito – caráter indispensável –, para preenchê-lo, devem as partes do acordo demonstrar que, sem esse, não há como alcançar determinado benefício de sustentabilidade; ou seja, deve-se comprovar que não há outro meio economicamente viável e menos restritivo à concorrência para se chegar a esses benefícios.

16 - Já a terceira condição significa que os consumidores devem receber uma parte dos alegados benefícios de sustentabilidade. Nesse cenário, embora haja prejuízo à concorrência, esse é insignificante, se comparado aos potenciais benefícios aos consumidores do mercado relevante em questão.

17 - Por fim, mas não menos importante, o quarto requisito prevê que para ser considerado lícito, mesmo em casos em que há restrição à concorrência, o acordo não deve implicar a eliminação dessa. O próprio guia exemplifica: “se o acordo eliminar a concorrência em termos de qualidade ou variedade, mas o preço for também um parâmetro importante da concorrência no setor em causa, e os preços não forem restringidos” a condição pode ser preenchida.

concorrentes levanta, como demonstrado, questões concorrenciais cruciais, como a definição dos ganhos de eficiência que eles produzem e os benefícios aos consumidores, o que inevitavelmente irá variar de acordo com a dinâmica do próprio mercado em questão e das inovações tecnológicas que o permeiam. Inovação e tecnologia sustentável devem andar de mãos dadas com a avaliação antitruste quanto à legalidade desses acordos de sustentabilidade.

Como a própria Comissão Europeia sustenta em seu guia, conforme comentamos na seção anterior, os acordos de sustentabilidade têm características relativamente distintas quanto às suas fusões e aquisições – são motivados por uma crise, marcados pela transitoriedade e mantêm a independência das empresas participantes¹⁸ – mas, ainda assim, podem ser ilícitos caso gerem redução (injustificável) à concorrência de determinado mercado ou produza sobre ela efeitos negativos.

No caso brasileiro, já são identificados acordos de sustentabilidade firmados entre concorrentes. Um grande exemplo disso é a criação do Instituto Jogue Limpo, uma associação formada por diferentes empresas fabricantes e importadoras de óleos lubrificantes responsável por realizar a logística reversa das embalagens plásticas de óleo usadas. Em 2014, o Cade analisou a criação da entidade, aprovando-a com ressalvas, pois não foram identificados prejuízos à concorrência.

Nesse caso, a autoridade antitruste brasileira exigiu determinadas condições dos participantes da entidade, como: i) a proibição de os empregados trocarem informações sensíveis comercial ou concorrenciais; ii) a proibição de participação nas instâncias de gestão do instituto de pessoas pertencentes ou vinculadas às áreas comercial, vendas, compras e *marketing* da atividade-fim dos associados; e iii) o livre acesso do Cade às dependências do instituto para inspeção.

Anos depois, em 2018, o mesmo instituto pleiteou junto ao Cade a aprovação de um contrato associativo, com o objetivo de ampliar o escopo das atividades da entidade para atuar também na logística reversa de óleo lubrificante usado ou contaminado – OLUC. Na ocasião, a operação submetida à autoridade sequer foi conhecida, uma vez que inexistia a obrigação de notificação obrigatória ao Conselho, em razão da ausência do compartilhamento de riscos e de resultados entre as partes (não preenchendo o previsto pela Resolução 17/2016, artigo 2, inciso I do Cade¹⁹):

[...] a partir da redação do caput do art. 2º da Resolução nº 17/2016/Cade, que serão considerados associativos aqueles contratos que, de alguma forma, permitam seus signatários organizarem fatores de produção na busca de um objetivo comum. Tal fato é observado na presente Operação, tendo em vista que os Demais Requerentes utilizarão o Instituto Jogue Limpo para fazer a gestão da logística reversa dos óleos lubrificantes produzidos e/ou importados pelos mesmos, a qual é uma obrigação legal de tais agentes. **No entanto, o art. 2º da Resolução nº 17/2016/Cade ainda estabelece outros dois requisitos que devem ser preenchidos, cumulativamente, para que um contrato**

18 - Segundo Adriana Cadinalli Straube (2022, p. 377): “Os acordos de colaboração, via de regra, possuem as seguintes características: (i) motivação pela crise, (ii) transitoriedade; (iii) manutenção da independência e rivalidade das empresas participantes; (iv) direcionamento pela lógica empresarial e por regras de mercado; (v) não exclusivos e (vi) geração de ganhos de eficiência”.

19 - “Art. 2º. Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato”.

associativo seja de notificação obrigatória a esta SG/Cade. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o requisito do inciso II do artigo 2º da Resolução nº 17/2016/Cade é preenchido pelos Demais Requerentes, tendo em vista que todos atuam como produtores e/ou importadores de óleos lubrificantes e, portanto, concorrem diretamente entre si em relação a tais produtos. Contudo, **inexiste compartilhamento de riscos e resultados entre os Requerentes, o que não preenche, portanto, o requisito estabelecido pelo inciso I do art. 2º da Resolução nº 17/2016/Cade. Esse fato pode ser simplesmente demonstrado a partir da própria natureza jurídica do Instituto, de uma associação sem fins lucrativos.**

Outro grande exemplo – talvez o mais relevante – foi a aprovação, em 2023, pelo Tribunal do Cade, de uma *joint venture* que tinha como objetivo criar uma plataforma para medir a sustentabilidade no setor²⁰. À época do pedido, as empresas envolvidas – Cargill, Louis Dreyfus, ADM International e Sustainlt – propunham desenvolver e operar uma plataforma para padronizar a medição da sustentabilidade na Cadeia de suprimentos agrícolas e alimentícios, de modo que cada uma das requerentes deteria 25% de participação na JV.

Segundo as requerentes, as principais atividades da plataforma consistiriam “na padronização dessas medições de sustentabilidade e na divulgação, agregamento e comparação de desempenhos de sustentabilidade em diferentes áreas”, de modo a não criar novas metodologias ou métricas, apenas padronizar os indicadores existentes. O caso já havia sido aprovado pela Superintendência-Geral do Cade em março de 2023, mas, por destaque do Conselheiro Victor Oliveira Fernandes, chegou ao Tribunal da autarquia. A operação foi aprovada nos termos do então conselheiro-relator, Sérgio Costa Ravagnani, sem restrições.

Na ocasião do julgamento da operação pelo Tribunal, o conselheiro-relator identificou preocupações antitruste no que diz respeito à troca de informações sensíveis entre as integrantes da JV, isto é, de uso indevido de informações concorrencialmente sensíveis²¹, mas entendeu que “os compromissos e garantias assumidos pelas requerentes por meio de instrumentos contratuais e do Protocolo Antitruste” foram suficientes para mitigar essas preocupações. Em seu voto, ele afirmou, ainda, que a disponibilização das informações relacionadas à sustentabilidade na Cadeia de produção já é uma exigência (consumerista) enfrentada globalmente pelos produtores e empresas.

É importante mencionar que o Cade, por meio do conselheiro-relator, deixou evidente que o tema já tem sido destacado na Europa, o que resultou na menção expressa de que “o comprometimento com objetivos sustentáveis não constitui uma isenção concorrencial para o cometimento de ilícitos competitivos”. Ou seja, fundamentado na experiência europeia já mencionada (Guia da União Europeia), ele concluiu que a utilização da plataforma não oferecia

20 - BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração. 08700.009905/2022-83. Julg. em 28 jun. 2023, trans. em julg. em 04 jul. 2023. Disponível em: https://sei.Cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9Ehbk5UOJvmyesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLljH0OLyFcQgh2sNeQmP3YVWj3nP7cPBCmwJdqjij4WIEUHmtNr_. Acesso em: 30 nov. 2023. Acesso em: 02 dez. 2023.

21 - BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração. 08700.009905/2022-83. Voto Relator - Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Disponível em: https://sei.Cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bjs0h1lSkjh7ohC8yMfhLoDBLddZZ707nzV-WnEoz8Zqgy2OT_g4c-FPmok6W2lVeoHfEloG_0Uj1jkbzzMaYLHlvJT TZxtZO1GTKeB2B4hDiEYH3. Acesso em: 02 dez. 2023.

riscos “[...] para alterar a dinâmica do mercado, a partir do desvio de ofertas ou demandas de produtos a agentes comerciais específicos, notadamente em benefício dos grupos econômicos das Requerentes”.

Inclusive, o conselheiro-relator destacou que, para casos futuros,

[...] que envolvam preocupações similares quanto ao risco de troca de informações sensíveis entre concorrentes, entendo que as partes interessadas devem empreender seus melhores esforços para apresentar ao Cade as versões mais definitivas e completas possíveis dos compromissos que pretendam assumir para mitigar tais preocupações. A formalização desses compromissos específicos em instrumentos adequados e não somente por meio de esclarecimentos em petições nos autos é relevante para conferir segurança e confiabilidade aos compromissos assumidos pelas partes.

Sem dúvida, nessa decisão, ele partiu do olhar da comunidade global em relação à análise antitruste para pensar o tema no contexto brasileiro. No mundo todo o direito antitruste²² tem sido objeto de discussão, e o Brasil é um importante ator nesse cenário global.

Os debates sobre os fundamentos e objetivos do antitruste buscam frequentemente chamar a atenção para esses temas tidos como “novos”; ademais, essas discussões têm sido muito importantes em fóruns internacionais (como OCDE e UNCATD), nos quais o eventual movimento de ampliação de competências é o foco de preocupação de algumas jurisdições, notadamente, aquelas cujas estruturas sempre tiveram critérios bem definidos de análise.

As perspectivas apresentadas nesse cenário possuem suas distinções e suas semelhanças. Desse modo, a conversa sobre o escopo do antitruste, especialmente no que diz respeito à sustentabilidade e à concorrência, atrai olhares do mundo todo. Esse é, sem dúvidas, um dos *hot topics* do Direito da Concorrência.

Para Fernandes (2023), há uma “bifurcação” entre os estudiosos que discutem o escopo do antitruste. Por um lado, alguns defendem a necessidade de centralizar a sustentabilidade na doutrina antitruste; enquanto outros alertam sobre os impactos adversos da agenda antitruste “verde”, uma vez que essa poderia ensejar um “disfarce” para ilícitos antitruste.

Por um lado, confinar a análise da eficiência às estritas fronteiras da microeconomia neoclássica parece mal equipado para abranger plenamente esses benefícios em sua amplitude social. Por outro lado, desafios significativos de mensurabilidade surgem para enquadrar e quantificar as eficiências sociais, dinâmicas e “fora do mercado”.

Mas, talvez, ainda que em meio às incertezas doutrinárias, uma afirmação possa ser feita: algumas formas de cooperação entre concorrentes podem produzir efeitos positivos no âmbito da inovação sustentável, sem comprometer a concorrência. Nesse âmbito, é importante que as partes envolvidas estejam alertas para os riscos concorrenciais de suas colaborações para que, eventualmente, possam levar seus pleitos às autoridades de defesa da concorrência (DOMINGUES, MARTINS, 2023).

22 - BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração. 08700.009905/2022-83. Voto Vogal - Presidente Alexandre Cordeiro Macedo. Disponível em: https://sei.Cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddaoNc4CW6a-AYZPgAOnPUOv9Awqw0M4AY8RX4KDrYt71xJtK3EQqpg3o1I3kwdrfH0Wc6XXQ85NB8jxdngrGw-K. Acesso em: 02 dez. 2023.

Inclusive, o relatório da *International Competition Network* (ICN) produzido em 2021, que contou com a resposta de 52 autoridades antitruste e de 41 consultores não governamentais, demonstra certa inclinação a esse consenso: a grande maioria dos respondentes acreditam que a defesa da concorrência tem um papel na concretização dos objetivos de sustentabilidade, ainda que de forma limitada (RANGEL, 2022, p. 380).

Ademais, para evitar qualquer possibilidade de eventual conduta anticompetitiva, é fundamental intensificar o cuidado por parte de todos os agentes envolvidos. Isso é crucial, especialmente, quando da troca de informações por meio dos acordos de cooperação.

O exercício da cautela nesse contexto é de vital importância para o cumprimento da legislação antitruste e para evitar a prática de infrações à ordem econômica. O caso recente da *joint venture*, acima mencionado²³, analisado pelo Cade, demonstra justamente isto: o protocolo antitruste foi capaz de salvaguardar a troca de informações acerca dos riscos antitruste; desse modo, “uma vez mitigado os potenciais efeitos anticoncorrenciais, um discurso extenso sobre a avaliação de eficiência tornou-se desnecessário”²⁴.

3. CONCLUSÃO

O crescimento exponencial de uma sociedade preocupada com o consumo consciente impôs a necessidade – a nível global – de que os agentes econômicos trilhassem novos caminhos para se adequarem aos objetivos da agenda ESG. Dessa exigência” de adequação desponta a urgência das companhias firmarem acordos, cooperarem entre si ou se associarem em prol de cumprir os objetivos de sustentabilidade. Essa convergência, conseqüentemente, demanda preocupações antitruste.

É nesse cenário que se vislumbram os desafios do Direito da Concorrência, notadamente no que tange à análise da legalidade de acordos de sustentabilidade. A adequação à Lei 12.524/2011 é a moldura, embora não se possa deixar de considerar os benefícios sustentáveis ao consumidor e a geração de inovação tecnológica que podem advir de tais acordos/cooperações entre agentes econômicos, ainda que concorrentes em um mesmo mercado.

Em um primeiro momento, pode parecer “simples” a tarefa de distinguir os acordos ilícitos dos lícitos firmados entre concorrentes (DOMINGUES, MARTINS, 2023). No entanto, a preocupação da Comissão Europeia, que culminou na elaboração do *European Green Deal*, bem como a inserção de uma seção completa para tratar sobre esses acordos nas “Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, dão sinais de que o tema não é nada fácil.

No Brasil, os casos que já foram alvo da análise pelo Cade, em especial a *joint venture* analisada em 2023, evidenciam a exigência de uma autoridade antitruste que considere os diferentes aspectos e elementos dos *green deals*, bem como a dinamicidade e as inovações do mercado. Nesse cenário, como demonstrado, há pelo menos duas distintas perspectivas defendidas pelos

23 - BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração. 08700.009905/2022-83.

24 - Tradução livre de “Once the potential for anticompetitive effects was mitigated, an extensive discourse on efficiency assessment became unnecessary.” Cf. FERNANDES, Victor Oliveira, *op. cit.*, 2023.

acadêmicos do antitruste, a saber: (1) é preciso que o antitruste se adapte para cumprir seu papel de convergir a ESG e a defesa da concorrência; (2) abraçar a agenda ESG ampliará o escopo antitruste para além do previsto pela lei e para além da análise das eficiências, tornando árdua a missão da autarquia.

A autoridade antitruste nacional (i.e. Cade) tem estado atenta, agido com cautela diante da análise de acordos de sustentabilidade e, conseqüentemente, avançado nas abordagens sobre o tema. Garantir que esses acordos não desaguem em prejuízos concorrenciais é o escopo principal do Direito da Concorrência. Uma vez afastados os efeitos anticoncorrenciais (reais e potenciais), tais acordos trazem uma perspectiva de resultados positivos de sustentabilidade.

Não há qualquer incompatibilidade entre o olhar da concorrenciais e a pauta ESG. Desse modo, às autoridades antitruste cabe defender o ambiente competitivo, promovendo espaços para que as iniciativas sustentáveis não impliquem trocas de informações sensíveis entre concorrentes.

O presente e o futuro estarão cada vez mais conectados por uma transdisciplinaridade dentro da tendência de compatibilizar o bem-estar do consumidor, a concorrência e a agenda ESG.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Paula. **Ilícito por Objeto na Jurisprudência do CADE**. O caso das tabelas de preço. Disponível em: <https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/394/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Conselheira%20Paula%20Azevedo.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2023.

AZEVEDO, Paula; BAQUEIRO, Paula. **A Jurisprudência do CADE em casos de tabelas de preços**: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.). **Mulheres no Antitruste**. Vol. I. São Paulo: Editora Singular, 2018.

BRASIL. CARDINALI STRAUBE, Adriana Laporta. ESG e Impacto nas Relações de Consumo: uma abordagem da perspectiva de defesa da concorrência. In: NASCIMENTO, Juliana Oliveira. **ESG: o Cisne Verde e o Capitalismo de Stakeholder**: A tríade regenerativa do futuro global. Thomson Reuters. São Paulo: 2022.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Ato de Concentração nº 08700.006989/2017-36**. Disponível em: https://sei.Cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcfMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdNTWGGd-KAWIkrLMnlO-zNsR3tIgz2EuIhwtWyUUJIB.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração 08700.009905/2022-83**. Julg. em 28 jun. 2023, trans. em julg. em 04 jul. 2023. Disponível em: https://sei.Cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9EhbK5UOJvzmzyesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLljH0OLyFcQgh2sNeQmP3YWVj3nP7cPBCmwJdqppj4WIEUHmtNr_. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cade aprova joint venture para desenvolvimento de software de medição de sustentabilidade.** Disponível em: <https://www.gov.br/Cade/pt-br/assuntos/noticias/Cade-aprova-joint-venture-para-desenvolvimento-de-software-de-medicao-de-sustentabilidade>. Acesso em: 30 nov. 2023.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; MARTINS, Fernanda Lopes. ESG: cuidados concorrenciais diante de “green deals”. **Valor Econômico.** Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/coluna/esg-cuidados-concorrenciais-diante-de-green-deals.ghtml>. Acesso em: 29 nov. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **The European Green Deal.** Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en. Acesso em: 19 nov. 2023.

FERNANDES, Victor Oliveira. Brazil ‘s CADE Demonstrates How Antitrust Authorities Can Pursue Sustainability Goals. **Promarket.** 02 ago. 2023. Disponível em: <https://www.promarket.org/2023/08/02/brazils-Cade-demonstrates-how-antitrust-authorities-can-pursue-sustainability-goals/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. The Global Risks Report 2020. Genebra: WEF, 15 jan. 2020. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020/>. Acesso em: 30 nov. 2023.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste.** 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVON, Beatriz. Cade aprova joint venture para plataforma de sustentabilidade de commodities agrícolas. **Valor Econômico.** 21 jun. 2023. Disponível em:

<https://valor.globo.com/agronegocios/noticia/2023/06/21/Cade-aprova-joint-venture-para-plataforma-de-sustentabilidade-de-commodities-agricolas.ghtml>. Acesso em: 30 nov. 2023.

RANGEL, Aline Roberta Veloso. Aspectos concorrenciais da cooperação entre empresas para objetivos ambientalmente sustentáveis: convergências e divergências entre teoria e prática. *In*: ATHAYDE, Amanda; SEGALOVICH, Daniel; ANDRADE, Gabriel. **Comércio internacional e concorrência: desafios e perspectivas atuais.** Vol. IV. Disponível em: https://www.amandaathayde.com.br/_files/ugd/62c611_fdcbecf7132b4e2491dda423bf36816b.pdf. Acesso em: 19 nov. 2023.

SAESILVA, Larissa. **Adoção de práticas de ESG por empresas brasileiras de capital aberto.** Universidade Federal de Uberlândia. 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/34625/1/Ado%C3%A7%C3%A3oPr%C3%A1ticasESG.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2023.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

ARTIGOS

Data de recebimento: 27/10/2023

Data de aceite: 16/11/2023

.....

A SOBREPOSIÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO ÀS TERRAS OCUPADAS POR POVOS INDÍGENAS, COMUNIDADES QUILOMBOLAS E POPULAÇÕES TRADICIONAIS NO BRASIL, SOB UMA PERSPECTIVA SOCIOAMBIENTAL

.....

*THE SUPERPOSITION OF CONSERVATION UNITS AND
THE ABORIGINAL POPULATIONS LANDS IN BRAZIL,
UNDER AN SOCIAL-ENVIRONMENTAL PERSPECTIVE.*

Leandro Ferreira Bernardo¹

Leonardo Zagonel Serafini²

1 - Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2017); Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2012); Especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Brasília - UNB (2010); Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008); graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2004). Professor. Procurador federal com atuação na Procuradoria Regional Federal da 4ª Região (PGF/AGU). leandrofernando@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4647-0361>.

2 - Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2002), graduação em Biologia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2001) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2007). Atualmente é Procurador Federal em atuação na Procuradoria Federal Especializada do ICMBio. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Socioambiental. E-mail: leonardozs@outlook.com.



SUMÁRIO: Introdução; 1. Breve histórico acerca da proteção dos direitos das comunidades indígenas, das comunidades quilombolas e das populações tradicionais no Brasil; 1.1. A efetivação da garantia dos direitos fundamentais; 1.2. Povos indígenas; 1.3. Comunidades quilombolas; 1.4. As populações tradicionais; 2. As unidades de conservação; 3. Da compatibilização dos valores social e ambiental; 3.1. Do modelo das unidades de conservação e do desrespeito às populações preexistentes; 3.2. Do reconhecimento da relevância dos conhecimentos tradicionais como fundamentais para a promoção do direito ambiental; 3.3. Da necessidade de reconhecimento de falhas na criação de unidades de conservação sem a devida identificação de presença humana prévia; 3.4. Da contemporânea visão socioambiental; 3.5. Do direito dos povos indígenas ao uso da terra *versus* a imposição de obrigações ambientais pelo Estado; 3.6. Da convergência das políticas dos órgãos de defesa do meio ambiente e de proteção dos povos indígenas e populações tradicionais; 3.7. Da solução conciliatória, no âmbito do ICMBio, em favor da defesa da diversidade socioambiental; 4. Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar o sistema normativo pátrio voltado para a garantia do direito de acesso à terra aos povos indígenas, comunidades quilombolas e populações tradicionais, em sentido amplo (NASCIMENTO, 2019), como direito fundamental básico à sobrevivência desses grupos. Nessa perspectiva, busca-se pensar as eventuais dificuldades de compatibilização entre o direito de ocupação e a exploração diante do sistema protetivo do meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente à luz da Constituição Federal de 1988. Propõe-se, igualmente, analisar a interpretação dada à matéria pela administração pública e pelo judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, em situações levadas a julgamento, em períodos mais recentes, acerca do potencial conflito entre o direito à terra daqueles grupos e a proteção do meio ambiente. Concretamente, ganha relevo nesse debate a compatibilização da ocupação de Unidades de Conservação, em especial as de proteção integral, por aqueles grupos historicamente marginalizados no processo de construção da sociedade brasileira. Esses, por outro lado, são detentores de uma riqueza de conhecimentos que lhes permite uma convivência em harmonia com o meio que os cerca; ademais, em muitos casos, as áreas geralmente reconhecidas pelo poder público como áreas de proteção já estão, muitas vezes, ocupadas pelos povos indígenas, comunidades quilombolas e/ou pela população tradicional. A partir da evolução da legislação e da interpretação dada pelo judiciário e pela administração pública, é possível apontar para a existência crescente de busca de compatibilização de áreas voltadas à proteção ambiental com a ocupação de povos indígenas e comunidades tradicionais.

PALAVRAS-CHAVE: meio ambiente; unidades de conservação; povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais; direitos fundamentais; socioambientalismo.

ABSTRACT: *The present work searches to analyze the national normative system aimed at guaranteeing the right of access to land for indigenous peoples, quilombola communities, as well as traditional populations, in a broad sense (NASCIMENTO, 2019), as a basic fundamental right to the survival of those groups, and possible difficulties in making that right of occupation and exploration compatible with the ecologically balanced environmental protection system, especially in light of the 1988 Federal Constitution. The work also proposes to analyze the interpretation given to the matter by the public administration and the judiciary, especially the Federal Supreme Court, in situations brought to trial in more recent periods, when it comes to potential conflict between the right to land of those groups and the environmental protection. Specifically, in this debate, the compatibility of the occupation of Conservation Units, especially those with full protection, by those groups, historically marginalized in the process of construction of Brazilian society and who, on the other hand, are holders of a wealth of knowledge that allows them to live in harmony with their surroundings and which in many cases already occupied areas recognized as subject to recognition as areas of protection by the public authorities. Based on the evolution of legislation and the interpretation given by the judiciary and public administration, it is possible to point to the growing existence of a search to make areas outside environmental protection compatible with the occupation of indigenous peoples and traditional communities.*

KEYWORDS: *environment; conservation units; indigenous peoples, quilombolas and traditional populations; fundamental rights, socio-environmentalism..*



INTRODUÇÃO

Em 2009 foi levado a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal uma ação em que se discutia a legalidade do processo de demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (PET. 3.388/RR), uma extensa área indígena localizada no Estado de Roraima. Tratou-se de um caso de grande repercussão na sociedade brasileira, cuja solução final significou importante precedente para centenas de processos nos quais se discute a correção dos processos demarcatórios em favor das populações tidas como tribais, especialmente as indígenas e as comunidades descendentes dos antigos quilombos.

Dentre os diversos e relevantes aspectos trazidos à apreciação e definidos pelo nosso tribunal constitucional, em decorrência do reconhecimento da legalidade do processo demarcatório do território indígena em questão, merece destaque aquele que fixou a forma como se daria, daquele momento em diante, a compatibilização do respeito ao uso do território reconhecido àquela comunidade – formada por pessoas com pouco ou nenhum contato com o restante da sociedade brasileira –, e a necessidade de se observar normas restritivas à sua liberdade, impostas por essa última. Em última análise, a questão central ali posta foi definir como seria possível reconhecer a um grupo indígena o direito de não ser assimilado, isto é, o direito de manter sua condição de indígena e, ao mesmo tempo, de exigir o respeito de normas impostas por uma sociedade organizada politicamente sem a sua participação.

O problema parece ganhar maiores dimensões quando se verifica – como, de fato, depa-rou-se o STF no caso levado a julgamento – a existência de normas protetoras do meio ambiente, que podem, em alguma medida, representar limitações aos direitos territoriais das comunidades sobre as áreas tradicionalmente ocupadas por elas. Prevaleceu, naquele julgamento, o entendimento de que haveria plena compatibilidade entre a demarcação da área como indígena e as eventuais áreas de conservação e proteção ambiental, de modo que, nesse caso, seria possível uma dupla afetação do espaço.

Dispõe o item 15 do Acórdão proferido naquele julgamento:

[...] 15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.

Não se pode deixar de mencionar, ademais, que o STF, em setembro de 2023, ao julgar novamente uma relevante discussão sobre a garantia e os limites do direito dos povos indígenas à demarcação de suas áreas. Nessa ocasião, o debate – tinha como tema de fundo a discussão sobre a existência ou não de um marco temporal, contemporâneo à data da promulgação da Constituição de 1988, para fins de demarcação de terras indígenas. Em resposta à questão, fixou-se a tese de Repercussão Geral, no tema 1.031, a partir da análise do RE 1.013.365/SC, que reconhece a inexistência de marco temporal para fins de demarcação de terras indígenas, bem como definiu, de forma explícita, na alínea XII da tese, que “A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional ao meio ambiente, sendo assegurados o exercício das atividades tradicionais dos indígenas”.

Nesse contexto complexo e em busca de apontar alternativas para compatibilizar a ocupação de espaços por populações tradicionais com as áreas especialmente protegidas, é que se coloca à discussão o presente tema. Essa questão tem se tornado cada vez mais recorrente, sobretudo, à medida que as políticas públicas caminham no sentido de garantir a aplicabilidade material dos direitos fundamentais em favor de todas as comunidades indígenas, remanescentes de antigos quilombos e outras populações tradicionais. Direitos esses, impostos pela Constituição da República como verdadeiros programas a serem perseguidos pelo Estado brasileiro e pelo comando constitucional, que impõe ao poder público a adoção de medidas protetoras do meio ambiente, nos termos como demanda o art. 225 do texto constitucional (BENATTI, 2021, p. 378).

Na atualidade observa-se a existência de uma grande quantidade de sobreposições de Unidades de Conservação e terras ocupadas por povos indígenas e populações tradicionais, fato que permite justificar a relevância e atualidade do debate. De acordo com Madeira *et al.* (2015), as ocupações por comunidades tradicionais – como indígenas, quilombolas, agricultores familiares, assentados da reforma agrária e populações tradicionais em geral – em unidades de conservação de proteção integral representava, à época do estudo, um total de 132 casos; dos quais, 27 situações diziam respeito aos povos indígenas; 15, aos quilombolas; 38, às comunidades tradicionais em geral; 40, aos agricultores familiares; e 12, aos assentados da reforma agrária.

Para cumprir os objetivos desta proposta, o presente trabalho foi dividido em três partes. Na primeira parte, analisa-se, ainda que de forma concisa, o histórico de proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas, comunidades quilombolas e outras espécies de populações tradicionais no Brasil.

Na segunda, aborda-se o tratamento dado pelo direito pátrio às áreas objeto de proteção ambiental, sobretudo, em relação à sua classificação; aos elementos característicos de cada espécie; aos princípios norteadores da lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação; e à regulamentação da presença humana nos espaços naturais especialmente protegidos.

No terceira e última parte, serão abordadas questões centrais do texto, referentes à discussão acerca da possibilidade de compatibilização da presença humana de comunidades indígenas e outras formas de organizações tradicionais dentro de unidades de conservação, sobretudo, nas Unidades de Conservação de Proteção Integral, que apresentam grandes restrições à presença humana dentro de seus espaços, bem como quais seriam as possíveis formas de melhor compatibilizar os valores social e ambiental quando se tratar da temática em questão.

1 BREVE HISTÓRICO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS COMUNIDADES INDÍGENAS, DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS E DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS NO BRASIL

O presente tópico se ocupa com a exposição de importantes acontecimentos relativamente recentes, no Brasil e no mundo, referentes à evolução da proteção dos direitos humanos, especialmente no que diz respeito às comunidades indígenas e outras populações tradicionais. Entende-se relevante a apresentação de tal panorama, para que seja possível uma melhor análise do contexto social, político e histórico, em nível nacional ou internacional.

1.1 A efetivação da garantia dos direitos fundamentais

O século passado testemunhou a ocorrência de marcantes fatos históricos internacionais que transformaram os fundamentos do direito e fizeram sobrelevar os direitos fundamentais. Sob o ponto de vista político, destaque-se a eclosão da Segunda Guerra Mundial, em que grupos minoritários foram exterminados, ao desabrigo de qualquer ordem jurídica interna ou externa.

O período pós-guerra inaugurou um estágio, nunca antes possibilitado, de organização da comunidade internacional, com a criação da ONU, em 1945, e, conseqüentemente, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem significou o reconhecimento da necessidade de assegurar ao ser humano o direito a uma existência digna, independentemente do ordenamento jurídico de direito interno a que estivesse vinculado ou ainda que não estivesse protegido por nenhum Estado (ARENDR, 1989).

Após a crescente organização da comunidade internacional e a previsão genérica de proteção de direitos humanos (TRINDADE, 2006, p. 89), o que se seguiu foi a elaboração de diversos documentos voltados para grupos sociais, e em defesa de valores específicos, como uma tentativa de se buscar regulamentar as necessidades concretas básicas do indivíduo (BOBBIO, 2004, p. 58). Esse referido desenvolvimento dos organismos internacionais fez com que se encaminhasse uma verdadeira transformação na garantia de direitos fundamentais de grupos e indivíduos, até então pressupostos pelo direito – dentro da tradição do racionalismo filosófico –, equivocadamente, como iguais.

Nesse cenário, no direito supranacional, citam-se os alguns dos inúmeros tratados e convenções que abordaram as temáticas referentes à criança – Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada no direito interno pelo Decreto Legislativo 28/1990 e promulgada pelo Decreto 99.710/90; à mulher – Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, promulgada no direito brasileiro por meio do Decreto nº. 52.476/1963; aos portadores de deficiência – Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009; e às pessoas submetidas a condições indignas em decorrência do desrespeito ao meio ambiente (PIOVESAN, 2007, p. 109). Desse modo, a preservação de grupos e comunidades tribais remanescentes dentro de Estados Nacionais passou a ter um tratamento pelo Direito Internacional. Assim, cite-se, pela importância histórica, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989 – assinada em 27 de junho de 1989, em Genebra, e internalizada no direito pátrio pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 –, que dispõe sobre povos indígenas e tribais. O referido documento previu, por exemplo, a necessidade de se realizar ações tendentes a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito à sua integridade (ARAÚJO e LEITÃO, 2007).

Anteriormente, a Organização Internacional do Trabalho havia adotado a Convenção nº 107, de 05 de junho de 1957, também com vistas à proteção e integração das populações indígenas e de outras populações tribais e semitribais de países independentes. No entanto, essa primeira convenção possuía nítido caráter integracionista, substituído pelo novo tratado em 1989.

No âmbito dos organismos multilaterais de proteção dos direitos humanos, foi aprovada

em 2007, por meio da resolução 61/295, a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (BERNARDO, 2013, p. 59); e, em 17 de novembro de 2018, por meio da resolução 73/165, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Camponeses e das Camponesas e Outras pessoas que trabalham em áreas rurais.

No campo regional, observa-se que a Organização dos Estados Americanos (OEA) tem construído normas de direito internacional, que se mostram altamente relevantes na proteção dos direitos indígenas e muito têm contribuído para o aprofundamento do conhecimento sobre os desafios enfrentados por esses povos nas Américas. Nesse sentido, em junho de 2006, foi aprovado no âmbito da OEA a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, após mais de 17 anos de duração do processo de sua elaboração (ARAÚJO & LEITÃO, 2007, p. 37).

Ademais, outros documentos aprovados por organismos internacionais multilaterais também abordaram a temática, ainda que marginalmente. Exemplo disso é a Convenção Sobre Diversidade Biológica – aprovada no plano internacional em junho de 1992, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro, e promulgada no plano interno pelo Decreto 2.519/98. Esse dispositivo, embora aborde fundamentalmente a questão ambiental, reconhece em seu preâmbulo a relevância de se proteger a existência das populações indígenas e de suas formas de vida tradicionais, em prol da manutenção do meio ambiente.

Em grande parte influenciados por essa tendência e, ao mesmo tempo, paralela à ela, os ordenamentos jurídicos internos de vários países passaram a normatizar a proteção dos direitos humanos de grupos marginalizados, numa relação de mútua influência com o sistema normativo internacional (NEVES, 2014, p. 194).

De acordo com Sérgio Leitão e Ana Valéria Araújo (2007, p. 27), a Constituição Federal “transformou em realidade jurídica o caráter pluriétnico de nosso país, valorizando a diversidade cultural e garantindo a todos os cidadãos o direito de ver esse imenso patrimônio cultural protegido”.

Nesse sentido, o tratamento dado pela Constituição da República ao tema representou uma significativa mudança no rumo integracionista das comunidades indígenas, quilombolas e tradicionais, na medida em que passou a reconhecer a elas o direito de existir como tais. Diante das especificidades reconhecidas no atual regime constitucional aos grupos mencionados, serão apontados abaixo, também de forma distinta, como os direitos e garantias referentes a essas comunidades se encontram dispostos em favor delas na nossa Carta Política .

1.2 Povos indígenas

Desde o momento em que se iniciou a colonização do continente americano pelos europeus no início do século XVI, iniciou-se um processo em que as comunidades indígenas que aqui viviam passaram a ter uma gradativa limitação de sua liberdade, da utilização da terra e de seus frutos. Diversos povos foram dizimados ao longo dos últimos séculos, e, durante muito tempo, a tendência era de completa extinção (SOUZA FILHO, 1998, p. 16).

Como regra geral, as políticas voltadas aos povos indígenas pelo poder hegemônico foram firmadas a partir de uma lógica integracionista. Sobretudo a partir do século XIX, quando

se intensifica o processo de interiorização da ocupação do país e com a possibilitação de aquisição de terras públicas por particulares, em especial com a chamada Lei de Terras de 1850, as áreas indígenas passaram a ser objeto de desejo de relevantes grupos sociais e, nesse sentido, a presença indígena foi combatida, até mesmo pelo poder público.

Em muitos aspectos, o regime constitucional instaurado a partir de 1988 passou a garantir direitos fundamentais a importantes grupos minoritários formadores da sociedade brasileira. Ultrapassada a política integracionista de outras épocas, o Constituinte reconheceu a existência de comunidades distintas de outros grupos sociais, garantindo a elas o direito à sua cultura, costumes e tradições. Em razão disso, imprescindível era o reconhecimento do direito a permanecer nas terras que ocupavam tradicionalmente.

Na gramática normativa, a Constituição destinou um capítulo inteiro aos povos indígenas, no qual se inscreve o direito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas (art. 231). Tão grande foi a preocupação do Constituinte com a destinação das terras, que previu um prazo limite à conclusão dos processos demarcatórios de terras indígenas, de até 5 anos, a contar da promulgação da Constituição (art. 67 do ADCT).

Por consequência, impôs-se ao poder público o dever de demarcar aquelas terras, e, mesmo nos casos em que as propriedades pertencem à União, a essa se incumbe a obrigação de zelar pela garantia de uso dos indígenas.

Apesar da previsão constitucional, há uma grande quantidade de terras indígenas que aguardam a conclusão do processo demarcatório (MORENO, 2023). Além da mora da administração pública federal para a finalização das referidas demarcações, outros desafios se fazem presentes no caminho do direito à terra em favor dos povos indígenas, como a jurisprudência criada no âmbito do STF do chamado “Marco Temporal”, que trouxe graves riscos à demarcação de áreas cuja ocupação não estivesse devidamente comprovada por ocasião da promulgação da Constituição da República, em outubro de 1988 (BERNARDO, 2021), a qual foi revista e afastada pelo recente julgamento do Recurso Extraordinário 1.017.365/SC.

Os dados do último censo demográfico realizado pelo IBGE, em 2022, apontam para uma população indígena de cerca de 1,7 milhão, quantidade essa que representa substancial aumento (de quase 90%), quando comparada com os dados coletados em 2010 (FUNAI, 2023).

1.3 Comunidades quilombolas

Os enormes contingentes de africanos trazidos para o nosso continente a fim de serem submetidos a um regime de escravização pelo colonizador europeu no período colonial, de meados do século XVI até grande parte do século XIX, nunca tiveram seus direitos reconhecidos, sob a ideologia da sociedade hegemônica de que o negro se tratava de um ser inferior ao homem branco de origem europeia. Àqueles que se opuseram à servidão, restaram a morte ou o refúgio em locais ermos, de difícil acesso, longe da submissão ao regime servil, onde poderiam viver em liberdade. Esses locais são conhecidos como quilombos.

Indígenas e africanos trazidos ao Brasil, povos tão distintos entre si, mas unidos pela mesma sorte: a de se verem desamparados pelo poder constituído e terem sido considerados, em

vários momentos, elementos indesejáveis no processo de colonização. De fato, uma grande parte dessas minorias fora, durante aquele processo, exterminada ou marginalizada pela sociedade hegemônica.

A sorte do descendente do escravizado africano foi marcada pela ausência de direitos e pela marginalização social, também após o período escravista, na medida em que, durante décadas, nenhuma política social relevante foi direcionada no sentido de garantir o mínimo de cidadania aos ex-escravizados e aos seus descendentes. Pelo contrário. Esse grupo foi abandonado à própria sorte, sob o falso pretexto de que a liberdade como regra seria capaz de garantir a sua integração à sociedade (FURTADO, 2007, p. 203).

Até fins do século XX, a população negra, descendente de africanos escravizados, foi tomada como se não fosse digna de tratamento diferenciado com vistas a minorar os prejuízos causados pelo abismo secular de estagnação, sob o domínio do “homem civilizado”.

Contudo, ao passo que os povos indígenas tiveram em alguns momentos o reconhecimento, ainda que quase sempre formal, de uma série de direitos – como a garantia de demarcação das terras que habitualmente ocupavam contra o avanço da civilização –, ao negro restou a hipócrita igualdade de possibilidades. Os quilombos, por exemplo, nunca tiveram qualquer proteção jurídica pelo Estado (SOUZA FILHO, 2008).

Ainda que a Constituição de 1988 não tenha destinado um capítulo específico às comunidades remanescentes dos antigos quilombos, estabeleceu, no art. 68 do Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias, a legitimidade da propriedade das terras por eles ocupadas, ao passo que determinou como obrigação do Estado a emissão dos respectivos títulos.

Em que pese a aparente timidez do texto, a Constituição representa uma relevante inovação no que diz respeito à garantia dos direitos de descendentes dos negros escravizados no Brasil que, ao se rebelarem contra a condição a que eram submetidos, criaram comunidades clandestinas, até então nunca reconhecidas ou legitimadas pelo Estado.

De forma distinta de como se deu com os povos indígenas, a Constituição previu a necessidade de garantir aos quilombolas o direito à propriedade, mediante a desapropriação das áreas sob sua ocupação. Atualmente, o procedimento demarcatório das comunidades remanescentes dos antigos quilombos é regulamentado pelo Decreto 4.887/2003. Em 2018 o STF, ao julgar a ADI 3239, reconheceu a constitucionalidade do referido decreto.

O último censo realizado pelo IBGE, em 2022, aponta que existem aproximadamente 1,32 milhão de quilombolas no Brasil (IBGE, 2023). Sobre a ocupação das terras, de acordo com dados do INCRA, o país conta com 147 territórios devidamente delimitados e titulados, e cerca de 1.802 processos de regularização ainda não concluídos, em trâmite na esfera administrativa federal (INCRA, 2023).

1.4 As populações tradicionais

A legislação brasileira se utiliza de conceitos referentes a determinadas comunidades que, em que pese pareçam equivalentes às populações indígenas e tribais, possuem significados e características próprias. Esse é o caso das populações tradicionais brasileiras.

O conceito de povos e comunidades tradicionais é definido no art. 3º, I, do Decreto 6040/2007, da seguinte forma:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

No mesmo sentido, mas ressaltando a importância da sustentabilidade ambiental na exploração dos recursos naturais pelas populações tradicionais, é o que dispõe o art. 20 da Lei 9985/2000.

A legislação pátria, ao tratar das comunidades tradicionais, parece não ter por finalidade precípua regular a situação das populações tribais e indígenas, as quais, como demonstrado acima, tiveram garantido em seu favor um *status* diferenciado pelo constituinte.

Ao delimitar os caracteres que definem as populações tradicionais, a legislação brasileira destaca a relação de interdependência de tais comunidades com o meio ambiente, embora não apresente como imprescindível nessa abordagem uma ausência de integração entre elas e o restante da sociedade civil (SANTILLI, 2005). Nesse sentido, são exemplos de populações tradicionais os seringueiros, as comunidades ribeirinhas, os pantaneiros, as quebradeiras de coco de babaçu etc. Por essa razão, quando utilizamos os termos populações, grupos ou comunidades tradicionais, não incluímos nesse escopo as populações tribais e indígenas (SANTILLI, 2005, p. 80).

A já mencionada “Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos camponeses e outras pessoas que trabalham em áreas rurais” parece bem captar a existência e a relevância de organizações diversificadas, que envolvem, em graus variados, a relação de subsistência do trabalho e um especial vínculo com a terra. Acerca do entendimento do conceito de “camponês”, conforme disposto no artigo 1º, parágrafo 1, do documento mencionado:

Para os efeitos da presente Declaração, se entende por “camponês” toda pessoa que se envolve ou procure se envolver, seja de maneira individual ou em associação com outras ou como comunidade, na produção agrícola em pequena escala para subsistência ou comercialização, ou a utilização em grande medida, mas não exclusivamente, da mão de obra dos membros de sua família ou de seu lugar e a outras formas não monetárias de organização do trabalho, que tenham vínculo especial de dependência e apego a terra.

2 AS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Nesse momento, passa-se à análise das unidades de conservação como um importante instituto de proteção do meio ambiente existente em nosso ordenamento jurídico. Assim, contextualiza-se, primeiramente, as unidades ambientais que fazem parte de um vasto sistema de criação de espaços especialmente protegidos, nos quais a sobrevivência da vida silvestre é garantida.

O art. 225 da Constituição da República estabelece os princípios e normas reitoras do meio ambiente. Lança aquela norma – que encerra todo o capítulo destinado ao meio ambiente, não obstante esse tópico ser recorrente em outros dispositivos constitucionais, de forma esparsa

– acerca das obrigações imputadas ao Estado e à sociedade em geral, ao passo que também estabelece os parâmetros da proteção ambiental.

Nesse contexto, segundo o disposto no inciso III do § 1º desse dispositivo, é incumbência do poder público:

definir em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

No mesmo sentido é o que dispõe o art. 8º da Convenção sobre Diversidade Biológica (Decreto Legislativo n. 2, de 1994), ao estabelecer que os Estados-partes devem manter um sistema de áreas protegidas ou áreas onde, eventualmente, medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica. Essa Convenção foi aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 02, de 03 de fevereiro de 1994, e promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998.

Segundo Nicolau Dino de Castro e Costa (2009, p. 1), é possível afirmar que a Constituição instituiu um gênero, o dos espaços naturais protegidos, dos quais são espécies as unidades de conservação *stricto sensu* e outros espaços, instituídos de acordo com as necessidades e especificidades locais e submetidos à legislação infraconstitucional.

No presente trabalho, voltamos a atenção às unidades de conservação, pois essas têm se mostrado como um dos mais relevantes instrumentos na política de proteção ambiental e podem, paradoxalmente, revelar choques com outras políticas públicas imbuídas, também, de fundamento constitucional, como aquelas tratadas no tópico anterior.

A Lei 9985/2000, que regulamenta o Sistema Nacional das Unidades de conservação, apresenta uma tipificação na forma de proteção e acesso do ser humano. Nesse sentido, são estabelecidas duas categorias de unidades de conservação (art. 7º), quais sejam, as unidades de proteção integral e as unidades de uso sustentável, que se distinguem, sobretudo, de acordo com a admissibilidade ou não de parcela dos recursos naturais pelo homem.

As unidades de proteção integral, nos termos do art. 7º, § 1º, são aquelas cujo objetivo básico é preservar a natureza, admitindo-se apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, excepcionados os casos previstos em lei. Essa tipificação inclui 5 (cinco) categorias de espaços, quais sejam: estação ecológica; reserva biológica; parque nacional; monumento natural; e refúgio de vida silvestre. Trataremos de forma mais detida sobre as unidades de proteção integral, já que mais de perto interessam ao nosso trabalho.

Já as unidades de uso sustentável são subdivididas em 7 (sete) tipos: área de proteção ambiental; área de relevante interesse ecológico; floresta nacional; reserva extrativista; reserva de fauna; reserva de desenvolvimento sustentável; e reserva particular do patrimônio natural. Nessas unidades de conservação, a presença humana e a exploração das áreas podem ser possíveis, em maior ou menor grau.

De acordo com os dados extraídos do “Painel de Unidades de Conservação Brasileiras”, do Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima (2023), cerca de 18% das áreas terrestres

se encontram dentro de uma unidade de conservação (federal, estadual ou municipal), das quais, apenas 1/3 (um terço) se localiza em unidades de proteção integral, isto é, em áreas que apresentam restrições significativas ao exercício de atividades exploratórias pelo ser humano.

De uma forma geral, as unidades de uso sustentável não apresentam grandes problemas à ocupação das populações indígenas e de outras populações tradicionais. Exemplo disso é o que dispõe o art. 17, §2º da Lei 9985/2000, que admite a permanência das populações tradicionais nas florestas nacionais, atendidas as condições ali previstas. Nessas unidades, destaca-se, os desafios existentes no que se refere às populações e comunidades tradicionais não se relacionam com o objetivo legal das unidades de conservação; são de outra ordem.

Da mesma forma, as reservas extrativistas, cuja criação somente se justifica na medida em que se busca garantir a permanência e o desenvolvimento de populações tradicionais que retiram seu sustento da extração sustentável dos recursos da unidade (art. 18). As reservas de desenvolvimento sustentável, por sua vez, possibilitam a permanência humana, referente às populações tradicionais. Mais do que tolerar essa presença, a legislação ambiental fomenta, para os casos citados de unidades de uso sustentável, meios de integração e de desenvolvimento que reforcem a importância da relação equilibrada entre homem e natureza, no sentido de coibir o uso predatório dos recursos.

Com o intuito de melhor regulamentar esse desenvolvimento socioambiental, o decreto 6040/2007 criou a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (DEUS, 2003, p. 159). Por outro lado, no SNUC (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza) não existe um tratamento claro especificamente voltado à compatibilização do fundamento ambiental e da proteção às populações e comunidades tradicionais, em seu sentido amplo. Nesse bojo, considera-se as comunidades não integradas culturalmente ao restante da sociedade, como as indígenas e parte das decorrentes das antigas comunidades quilombolas.

Para as demais populações e comunidades tradicionais, há os regimes das RESEX (Reservas Extrativistas) e RDS (Reservas de Desenvolvimento Sustentável). No entanto, isso não resolve todas as questões, pois existe um grande número de unidades de proteção integral habitadas por populações tradicionais que residem ou que dependem de seus recursos para a sua reprodução física e cultural. Segundo Madeira *et al.* (2015), com base em dados do ICMBio de 2014, cerca de 68% das unidades de conservação de proteção integral estão em territórios ocupados por populações e comunidades tradicionais.

Outro fato que nos faz concluir que o SNUC não deu um adequado tratamento ao uso das unidades de conservação pelas populações tradicionais fica evidenciado pelo teor do disposto no art. 57, assim redigido:

Art. 57. Os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista deverão instituir grupos de trabalho para, no prazo de cento e oitenta dias a partir da vigência desta Lei, propor as diretrizes a serem adotadas com vistas à regularização das eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação.

Parágrafo único. No ato de criação dos grupos de trabalho serão fixados os participantes, bem como a estratégia de ação e a abrangência dos trabalhos, garantida a participação das comunidades envolvidas.

O dispositivo deixa evidente que, ante a regulamentação das unidades de conservação (que não abordou os casos decorrentes da sua ocupação por populações tribais) e a inexorável persistência da realidade fática, que consiste na existência de dezenas ou até centenas de comunidades indígenas e populações tradicionais, a necessidade de se tratar as especificidades dessa questão, em um breve futuro é previsível. No entanto, até o presente momento não se pode dizer que, sob o ponto de vista legislativo, a questão das sobreposições entre áreas indígenas e unidades de conservação tenha encontrado uma solução final, como será melhor discutido no tópico seguinte.

Uma clara preocupação das populações indígenas e comunidades tradicionais é explicitada pelo veto presidencial de alguns dispositivos originários da lei, que demonstram a técnica norteadora da normativa que regula as unidades de conservação. Nesse sentido, observe-se que o art. 28 da Lei 9.985/2000 veda qualquer ação que se coloque em desacordo com os objetivos legais das unidades de conservação. Assim, quando se verifica que as unidades de proteção integral não admitiriam, em princípio, a presença humana, logo fica estabelecido o impasse trazido pela preexistência de populações tribais naqueles territórios, como as comunidades indígenas ou quilombolas.

Como aponta Juliana Santilli, foi excluída, no projeto do SNUC, a proposta de se criar reservas tribais de recursos naturais, saída que poderia solucionar em grande medida os problemas pressentidos pelo art. 57 da lei 9985/2000, referente à sobreposição entre as unidades de conservação e os territórios tradicionalmente ocupados (SANTILLI, 2005, p. 167). Ademais, à questão dessas sobreposições é oferecida uma resposta temporária, dada nos seguintes termos, conforme o art. 42 do SNUC:

Art. 42. As populações tradicionais residentes em unidades de conservação nas quais sua permanência não seja permitida serão indenizadas ou compensadas pelas benfeitorias existentes e devidamente realocadas pelo Poder Público, em local e condições acordados entre as partes. (Regulamento)

§ 1º O Poder Público, por meio do órgão competente, priorizará o reassentamento das populações tradicionais a serem realocadas.

§ 2º Até que seja possível efetuar o reassentamento de que trata este artigo, serão estabelecidas normas e ações específicas destinadas a compatibilizar a presença das populações tradicionais residentes com os objetivos da unidade, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia destas populações, assegurando-se a sua participação na elaboração das referidas normas e ações.

§ 3º Na hipótese prevista no §2º, as normas regulando o prazo de permanência e suas condições serão estabelecidas em regulamento.

Esse tratamento “temporário” tem sido objeto de uma reinterpretção à luz da Constituição da República e da Convenção OIT n.º 169, especialmente no âmbito do ICMBio (e da Procuradoria Federal Especializada junto ao ICMBio), para previsão da possibilidade de garantir a permanência das populações e comunidades tradicionais no interior de unidades de conservação de proteção integral.

No entanto, em que pesem as observações acima a respeito da ausência de tratamento às populações indígenas e populações tradicionais, não se pode deixar de reconhecer o claro caráter socioambiental da Lei do SNUC.

3 DA COMPATIBILIZAÇÃO DOS VALORES SOCIAL E AMBIENTAL

O julgamento da legalidade do processo demarcatório da reserva indígena Raposa Serra do Sol externou, ainda que de forma reflexa, a ausência de um tratamento legal adequado às unidades de conservação sobrepostas às reservas indígenas (VULCANIS, 2007, p. 49) – essa ausência pode ser estendida também às populações quilombolas. Nessa ocasião, eis que os ministros do STF entenderam necessário explicitar de que forma como se daria a proteção ambiental das unidades de conservação existentes naquela área.

Restou assim decidido na condição de número “IX” do acórdão proferido pelo Supremo:

o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI [...].

Em consequência, esse julgamento levanta a discussão sobre qual seria a forma mais adequada de se solucionar situações em que, de um lado, coloca-se a necessidade de garantir às populações indígenas o seu direito sobre a terra e, conseqüentemente, o exercício de sua cultura; e, de outro lado, o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever imposto ao poder público e à sociedade de defendê-lo e preservá-lo (art. 225 da C.R.).

A sobreposição de unidades de conservação, sobretudo as de proteção integral, às áreas indígenas, quilombolas e ocupadas por populações tradicionais trazem grandes dificuldades a esses grupos, tendo em vista que a criação das unidades de conservação emergem novas restrições de ocupação e exploração dos territórios, mesmo às atividades desempenhadas por comunidades que promovem efetivamente a proteção dos ecossistemas em que vivem (FAGUNDES, 2019).

Nesse contexto, coloca-se como questão central se seria possível uma convivência harmônica desses povos e populações com as áreas protegidas, ou se a presença delas traz como consequência uma condição de inevitável e indesejável desequilíbrio ao meio ambiente (BENATTI, 2021, p. 369).

3.1. Do modelo das unidades de conservação e do desrespeito às populações preexistentes

O sistema normativo referente às Unidades de Conservação existentes no Brasil (SNUC) se inspira, em grande medida, no modelo norte-americano surgido no século XIX, segundo o qual se busca proteger os espaços alheios ao contato com o homem (*wilderness*) do avanço da exploração socioeconômica. De acordo com Diegues:

A concepção dessas áreas protegidas provém do século passado, tendo sido criadas primeiramente nos Estados Unidos, a fim de proteger a vida selvagem (*wilderness*) ameaçada, segundo seus criadores, pela civilização urbano-industrial, destruidora da natureza. A ideia subjacente é que, mesmo que a biosfera fosse totalmente transformada, domesticada pelo homem, poderiam existir pedaços do mundo natural em seu estado primitivo, anterior à intervenção humana. (DIEGUES, 1996, p. 17)

Diferente de outros sistemas normativos existentes no mundo, em relação às unidades de conservação de proteção integral, não parece existir uma preocupação em compatibilizar tais espaços com o respeito aos povos marginalizados ali estabelecidos e com as suas práticas ancestrais de maior harmonia com o meio.

Na grande maioria dos casos de sobreposição, é inequívoco que a ocupação tradicional das populações socialmente marginalizadas costuma ser anterior à criação da unidade de conservação; ademais, o patrimônio ambiental que se busca proteger decorre de uma clara interação entre esses grupos e a natureza (BENATTI, 2021, p. 384).

Ademais, é digno de nota apontar que a ausência de regularização pelo poder público em relação às ocupações por povos indígenas, quilombolas e outras populações tradicionais é precária, e a criação das unidades de conservação de proteção integral sobre tais espaços desconsidera a realidade social posta. Desse modo, esses fatos concorrem para a eclosão de graves conflitos socioambientais (NASCIMENTO, 2019, p. 322).

Diante disso, é importante questionar a adequação ao modelo de criação de áreas especialmente protegidas, alheias à presença humana, importado dos Estados Unidos, no sentido de ponderar se esse método é adequado à organização socioespacial do Brasil, muito diversa da realidade estadunidense (DIEGUES, 1996, p. 22).

Somados aos aspectos acima citados, observe-se que a criação de unidades de conservação de proteção integral, nos termos impostos pela Lei 9985/2000, com a exigência de afastamento da presença humana (*wilderness*), comporta, em regra, a necessidade de desapropriação de áreas de particulares mediante pagamento de indenização e realocação dos grupos atingidos (NASCIMENTO, 2019, p. 324). Sabe-se que o Estado brasileiro passa por graves dificuldades orçamentárias (PRIZIBISZKI, 2023) e, nesse sentido, a busca da conciliação dos valores socioambientais também se mostra oportuna, sob esse ponto de vista.

De toda forma, é preciso ponderar que a remoção das populações tradicionais das unidades de conservação de proteção integral contém um componente que desconsidera o fato de que a efetivação da medida pode implicar a aniquilação dessa população e de seu modo de vida.

3.2. Do reconhecimento da relevância dos conhecimentos tradicionais como fundamentais para a promoção do direito ambiental

O período geológico contemporâneo tem sido denominado como antropoceno, caracterizado pelos relevantes e duradouros impactos das atividades humanas para a vida no planeta, que resultam em emergentes crises ambientais e climáticas. Nesse sentido, Edgar Morin observa que: “Ainda estamos no começo da aventura humana, enquanto a ameaça do fim se aproxima. A humanidade ainda está em construção e já nos aproximamos da pós-humanidade. A aventura é mais do que nunca desconhecida” (MORIN, 2012, p. 259).

De outro lado, é digno destacar que as pesquisas arqueológicas realizadas nas últimas décadas na Amazônia têm trazido importantes constatações acerca da relevância que o manejo realizado por povos indígenas naquela área representa para a formação da floresta como a conhecemos na atualidade. Nesse sentido, destaca Eduardo Góes Neves:

Um dos temas que mais têm atraído a atenção de arqueólogas e arqueólogos, e de cientistas de outras áreas, é o estudo da chamada terra preta. A presença desse tipo de solo antrópico traz uma forte evidência de que as populações antigas da Amazônia modificaram as condições naturais dos locais onde viviam, invalidando, portanto, os princípios do determinismo ambiental. Nessa perspectiva, terras pretas teriam sido criadas deliberadamente com o objetivo de aprimorar a qualidade dos solos em geral pobres da Amazônia. (NEVES, 2022, p. 186)

Diante da dificuldade de se encontrar uma compatibilização entre o modo de vida da sociedade de consumo (BITTAR, 2014, p. 266) e o meio ambiente, não se pode desprezar conhecimentos adquiridos e transmitidos por gerações, ao longo de milhares de anos, pelos povos indígenas e pelas populações tradicionais e que podem nos conduzir a importantes respostas aos impactos gerados durante o período antropoceno. (BENATTI, 2021, p. 379).

A preservação dessas populações possibilita a garantia de formas alternativas de organização social em maior harmonia com a natureza, fundamentadas em lógica diversa daquela presente na sociedade hegemônica capitalista, cuja ideologia de progresso e do acúmulo se sustenta a partir da exploração dos recursos naturais. Sobre o tema, aponta Eduardo Bittar:

No mundo contemporâneo, a questão ecológica reclama necessariamente o desenvolvimento de um olhar filosófico, uma vez que a degradação do meio ambiente está enredada numa trama ainda muito mais complexa de questões da mecânica social, aí incluído o problema da ideologia do progresso. (BITTAR, 2014, p. 267)

Por fim, não há um fundamento conclusivo acerca da validade de um modelo de proteção ambiental que mantenha a natureza intocada. Nesse sentido, Benatti assevera:

não há base teórica ou empírica que sustente a concepção de que apenas as unidades de conservação de proteção integral conservam a biodiversidade, porque as comunidades tradicionais causariam impacto negativo à natureza, quebrando a capacidade de resiliência do ecossistema. Na realidade, quando discutimos a importância da proteção de sócio- e biodiversidade, pois uma se liga a outra, partimos de alguns pressupostos básicos; dentre eles, um trata de grupos sociais específicos que se relacionam com a natureza há centenas de anos, caso dos povos e das comunidades tradicionais. (BENATTI, 2021, p. 382-383)

Os argumentos acima apontados reforçam a necessidade de se buscar compatibilizar a ocupação de áreas especialmente protegidas, como são as unidades de conservação de proteção integral, por comunidades e populações que se caracterizam, historicamente, por sua relação harmônica com o meio ambiente, como é o caso dos agrupamentos apontados no tópico inicial.

3.3. Da necessidade do reconhecimento de falhas na criação de unidades de conservação sem a devida identificação de presença humana prévia

Tem sido constante a identificação de unidades de conservação de proteção que foram criadas sobre áreas previamente ocupadas por povos indígenas ou por populações tradicionais. Entende-se que, em muitos casos, a identificação de agrupamentos humanos sobre extensas áreas se mostra uma tarefa difícil, diante, por exemplo, da reduzida estrutura estatal para a realização de trabalhos de campo e da dificuldade de acesso a ferramentas tecnológicas que permitam um melhor mapeamento – como o uso de satélites de alta precisão –, considerando o modo de vida daqueles que ocupam esses territórios.

Em muitas ocasiões a versão oficial foi a de que áreas efetivamente ocupadas por povos indígenas e por populações tradicionais coincidiam com vazios demográficos (BERNARDO, 2019, p. 163). Tal versão permitiu tanto o avanço da ocupação pela sociedade hegemônica sobre esses territórios, em total desrespeito aos grupos preexistentes, quanto a instalação de unidades de conservação. Nesse sentido, José Heder Benatti confirma que “[...] a presença de populações em boa parte das UCs existentes no Brasil é anterior a sua criação, e o patrimônio ambiental que se quer proteger é também resultado da interação entre essas populações e os recursos naturais ali existentes” (BENATTI, 2021, p. 367).

Tais fatos devem, evidentemente, ser levados em conta, no sentido de se buscar ao máximo a compatibilização da preservação do meio ambiente com o devido respeito às ocupações preexistentes.

3.4. Da contemporânea visão socioambiental.

Como referido no tópico anterior, não existe no Sistema Nacional de Unidades de Conservação qualquer tipo de categoria que compatibilize, de forma específica, a existência de populações indígenas e tradicionais – incluímos nesse conceito os remanescentes dos povos quilombolas – em unidades de proteção integral.

No entanto, em que pese a ausência de previsão específica, não se pode imputar à Lei instituidora do SNUC a ausência de preocupação com a presença do ser humano nas unidades de conservação. Pelo contrário, essa preocupação é recorrente expressa na Lei 9985/2000 e em documentos infralegais. Nesse sentido, pode-se destacar, por exemplo, o decreto 6040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais e o Decreto de 13 de julho de 2006, que cria a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

Já citamos que as unidades de conservação de uso sustentável não apresentam maiores problemas à presença humana, especialmente no que se refere às populações tradicionais; mais do que isso, é patente o intuito existente no SNUC de compatibilizar os valores socioambientais. Da mesma forma, a presença humana é regulamentada em outros espaços ambientais especialmente protegidos, como acontece nas florestas públicas. A Lei 11.284/06 – regulamentada pelo decreto 6063/2007 – aponta como princípio da gestão de florestas públicas “o respeito ao direito da população, em especial das comunidades locais, de acesso às florestas públicas e aos benefícios decorrentes de seu uso e conservação” (art. 2º, III).

Não podemos ignorar a intenção do legislador expressa em dispositivos legais, como o acima referido, no sentido de, sempre que possível, buscar a adequação entre a proteção ambiental e a presença humana. Essa intenção pode ser nomeada como socioambientalismo (SANTILLI, 2007, p. 112). Sobre o referido conceito, afirma Carlos Frederico Marés de Souza Filho: Ao reconhecer e proteger direitos coletivos como ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos próprios valores étnicos e impor à propriedade privada restrições fundadas nesses direitos, como é o capítulo da reforma agrária, a Constituição de 1988 abre as portas para um novo direito fundado no pluralismo, na tolerância, nos valores culturais locais, na multiétnicidade, que rompe com a lógica excludente do Estado Constitucional e seu direito único. (SOUZA FILHO, 2002, p. 23)

O socioambientalismo parte, inicialmente, da superação de uma visão antropocêntrica do mundo, em que os bens da natureza somente se justificam à medida que atendem aos anseios imediatos da sociedade. De outro modo, esse conceito supera uma visão ambientalista pura, despreocupada com questões sociais (VEIGA, 2007).

Sob o enfoque socioambiental é que se deve analisar a melhor forma de compatibilizar situações que, como se deu no julgamento do STF, envolvam a sobreposição de unidades de conservação e de terras indígenas ou de espaços ocupados por populações tradicionais. Desse modo, não se deve perder de vista ainda a já referida tese firmada pelo STF, no tema 1.031, ao reconhecer, no item XII, a compatibilidade da ocupação de terras indígenas com a tutela constitucional ao meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos indígenas.

Diante desse cenário, é preciso compreender o conteúdo socioambiental do direito contido no art. 225 da Constituição da República, no sentido de que a proteção ali estabelecida abrange tanto os aspectos naturais do ecossistema quanto as interações positivas com as populações tradicionais nele estabelecidas, a partir dos seus modos de vida que, na maior parte das vezes, são os responsáveis pela existência do patrimônio “natural” que se pretende proteger com a criação de uma unidade de conservação.

3.5. Do direito dos povos indígenas ao uso da terra versus a imposição de obrigações ambientais pelo Estado

Mesmo estabelecido o socioambientalismo como princípio norteador para a resolução da questão da sobreposição entre as unidades de conservação e os territórios indígenas, muitos outros questionamentos continuam a existir.

O primeiro deles – para o qual se buscou resolução no caso da Reserva Raposa Serra do Sol, julgado pelo STF – diz respeito à possibilidade de o Estado impor condicionamentos aos usos da terra ocupada pelos indígenas, com vistas à preservação ambiental. Decidiu-se, naquele caso, que a administração das unidades de conservação existentes no território indígena reconhecido ficaria a cargo do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), garantido o direito de participação da população indígena, de modo a garantir também a defesa de seus usos e costumes na exploração da terra.

Observe que a lei que cria o SNUC impõe, nos casos em que admite a presença humana nas unidades de conservação – especialmente no que diz respeito à ocupação das populações tradicionais –, a assunção de obrigações referentes à forma como se dará o uso da terra (art. 23 da lei 9985/2000), sobretudo, com vistas à preservação ambiental. Nesse ínterim, a legislação atual possibilita estabelecer uma série de penalidades às populações tradicionais que não cumpram essas obrigações. Em última instância, possibilita, inclusive, que os indivíduos ou grupos que não se adéquem às demandas impostas pelo Estado sejam retirados.

Nesse ponto, cumpre saber se às populações indígenas presentes ali anteriormente, poderiam ser impostas, de forma unilateral, condições ao uso da terra, e se seria possível a aplicação de penalidades, inclusive com a remoção da comunidade da unidade de conservação.

A Constituição da República (art. 231), ao alçar como direitos constitucionais a organi-

zação social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições, bem como os direitos originários sobre as terras ocupadas tradicionalmente pelos povos indígenas, reconheceu a eles uma independência que lhes garante o direito a permanecer como tal, isto é, o direito de não ser assimilado pela sociedade “civilizada”.

O referido dispositivo constitucional torna necessária uma flexibilização do conceito tradicional de soberania estatal, uma vez que, ainda que o sistema jurídico proíba e imponha determinadas condutas à sociedade assimilada, mais do que tolerar, deverá proteger e respeitar as tradições daquelas comunidades. Em suma, a Constituição reduz o poder estatal de impor suas normas àquelas populações (DANTAS, 2007, p. 98). Ademais, o § 5º do art. 231 da Constituição da República veda a remoção de grupos indígenas de suas terras, salvo em casos estritamente excepcionais, atendidas as graves condições ali impostas.

Diante das rígidas normas de proteção indígena previstas na Constituição, entende-se que, nesse ponto, o STF soube equacionar a questão, de forma a garantir a subsistência dos valores ambiental e social envolvidos, sem que algum deles fosse relegado a um plano de menor importância. Dessa forma, ainda que tivesse garantido à entidade ambiental – ICMBio, na esfera federal – o dever de velar pelas unidades de conservação sobrepostas ao território ocupado pela população indígena, o STF garantiu às comunidades indígenas o direito de serem ouvidas e pautou a necessidade de se levar em conta os usos, costumes e tradições dessas comunidades.

Em que pese a especulação teórica acima proposta, de como seria possível ao poder público atuar em caso de eventual incompatibilidade entre a ocupação indígena e a proteção ambiental, diversos estudos apontam na prática, para a constatação de que as áreas ocupadas por povos indígenas cumprem sua função ambiental em maiores níveis, e que a efetivação da garantia de terras a eles garante maior proteção sobre as áreas (FANZERES, 2019).

3.6. Da convergência das políticas dos órgãos de defesa do meio ambiente e de proteção dos povos indígenas e populações tradicionais.

Embora no caso Raposa Serra do Sol, citado no início do texto, o STF tenha solucionado, *in concreto*, o aparente conflito levado a julgamento, constata-se a ausência de normas explícitas que pautem a necessidade de se compatibilizar os valores socioambientais, no caso das unidades de conservação – sobretudo as de proteção integral – com os territórios ocupados por povos indígenas e por populações tradicionais.

Ainda que, em tese, a decisão do STF sobre a TI Raposa Serra do Sol represente uma solução paradigmática a nortear a resolução de atuais e futuras situações em que haja sobreposição entre áreas indígenas e unidades de conservação, a verdade é que o judiciário brasileiro não tem demonstrado uma velocidade razoável na resolução da matéria; ademais, nem sempre as decisões a que chegam se mostram satisfatórias ou sensíveis à necessidade de se compatibilizar o valor socioambiental (SOUZA FILHO, 2008, p. 76).

Dessa forma, torna-se fundamental a apresentação de formas alternativas que sejam capazes de, garantido o direito à voz das populações indígenas, viabilizar a compatibilização entre os interesses de proteção ambiental e os de manutenção das comunidades indígenas, nos territórios tradicionalmente por eles ocupados.

Nesse sentido, entendemos que, mais uma vez, a decisão paradigmática proferida pelo STF apontou elementos que podem nortear doravante a questão. A forma de resolução da questão pressuporia o entendimento de que, nas unidades de conservação federais sobrepostas a territórios indígenas, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (Instituto Chico Mendes) – órgão ambiental responsável, dentre outras coisas, pela gestão das unidades de conservação criadas pela União – seria o responsável pela proteção ambiental da área. Assim, o Instituto teria a responsabilidade, também, de conduzir o monitoramento da área e de garantir o uso sustentável da terra pelos povos indígenas e por populações tradicionais. Observe-se que esse mister não contraria os objetivos fundamentais do Instituto Chico Mendes; pelo contrário, como em outros instrumentos legais mais atuais, torna-se uma constante a preocupação com o socioambientalismo. Desse modo dispõe o inciso II do art. 1º da Lei 11.516/07:

Art. 1º Fica criado o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:

[...]

II - executar as políticas relativas ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis e ao apoio ao extrativismo e às populações tradicionais nas unidades de conservação de uso sustentável instituídas pela União;

Por outro lado, a FUNAI, criada pela Lei 5371/67, é a entidade pública voltada, sobretudo, à instituição e promoção da política indigenista e desempenha um papel fundamental no processo demarcatório de terras indígenas. Desse modo, inserida no contexto socioambiental de que falamos, essa instituição merece ser ouvida no momento da criação e na gestão de unidades de conservação (SANTILLI, 2007, p. 158).

Diante da constatação da existência de um apenas aparente choque entre os princípios e os valores constitucionais, como os tratados no texto, sempre quando possível, deverá se buscar uma solução que consiga equacioná-los sem que isso represente a escolha de um em detrimento do outro.

Sob essa lógica, diversos processos judiciais que colocam em posições opostas os entes da administração pública, sob os novos contornos defendidos e constatados mais recentemente, podem caminhar para uma solução conciliatória. Nesse sentido, a Ação Civil Pública 50001897520144047008/PR, que opõe o ICMBio e a comunidade indígena Tekoa Kuaray Haxa por ocupação da reserva biológica Bom Jesus, em Antonina, se encontra suspensa, a fim de se buscar uma conciliação dos interesses.

Em sentido contrário, há também exemplos de casos, em que não se viabilizou a compatibilização dos valores socioambientais. Numa ocasião como essa, o estado de São Paulo impetrou mandado de segurança no STJ contra a edição da Portaria 581/2015 do Ministro de Estado da Justiça, que alargava os limites da Terra Indígena Jaraguá. Ao fim, a ação restou extinta, sem julgamento de mérito, tendo em vista a anulação da referida portaria pela de nº 683/2017, também editada pelo Ministro da Justiça. Ocorre que no mandado de segurança supracitado, o relator, ao receber e analisar o pedido de liminar, deferiu-a sob o fundamento de que a área a ser atingida com a expansão da terra indígena atingiria parte de uma unidade de conservação estadual de proteção integral, o Parque Estadual do Jaraguá, e que nesse caso, “o argumento ambiental” mereceria guarida em face da proteção indígena.

3.7. Da solução conciliatória no âmbito do ICMBio em favor da defesa da diversidade socioambiental

Ante o exposto, torna-se cada vez mais imprescindível a busca de soluções que considerem o respeito à diversidade cultural como fundamento para uma efetiva proteção da diversidade biológica (DIEGEUS, 1996, p. 186). Recentemente, o ICMBio vem adotando entendimentos que visam à compatibilização da defesa ambiental em coexistência com a ocupação de unidades de conservação de proteção integral por povos indígenas, populações quilombolas e outros grupos de populações tradicionais (DIEGUES, 1996, p. 186).

Em 2021, a Procuradoria-Federal Especializada do ente, por meio do Parecer 00175/2021/CPAR/PFE-ICMBIO/PGF/AGU – aprovado pelo DESPACHO n. 00635/2021/GABINETE/PFE-ICMBIO/PGF/AGU – apontou a necessidade de uma reinterpretação da Lei 9985/2000, em especial o art. 42, à luz da Constituição e de outros instrumentos legislativos, a fim de viabilizar a presença de populações tradicionais – em seu sentido amplo – em áreas de conservação.

No mesmo ano, a referida procuradoria produziu o PARECER n. 00115/2021/COMAF/PFE-ICMBIO/PGF/AGU – Aprovado pelo Procurador-Chefe Nacional do ICMBio, no DESPACHO n. 00668/2021/GABINETE/PFE-ICMBIO/PGF/AGU –, em que se analisa concretamente a possibilidade de sobreposição de unidade de conservação de proteção integral e de território de comunidade remanescente de quilombo. No caso em questão, analisava-se a sobreposição entre a reserva biológica do Rio Trombetas e as comunidades quilombolas do Alto Trombetas, ante a existência de conflito judicializado, nos autos de Ação Civil Pública nº 0004405-91.2013.4.01.3902, ajuizada pelo MPF contra a União, do Incra, do ICMBio e da Fundação Cultural Palmares. Ao final, o referido parecer decide, em resumo, pela possibilidade de manutenção da comunidade quilombola em questão na unidade de conservação de proteção integral, à luz do que restou aprovado no Parecer 115/2021.

Tais medidas representam uma relevante mudança de paradigma e parecem melhor se ajustar à realidade brasileira, a partir do respeito à diversidade socioambiental (DIEGUES, 1996, p. 187) e do reconhecimento à relevância dos manejos e práticas tradicionais realizadas pelos grupos sociais marginalizados para a proteção da diversidade biológica (GOMES *et al.*, 2016).

Sobre os entendimentos recentes no âmbito da advocacia pública federal, acima expostos, afirmam Raquel Scalco e Bernardo Gontijo:

quando se tratam de interesses de comunidades quilombolas ou outras categorias de comunidades tradicionais no uso dos recursos naturais no interior das UCs (mesmo que de proteção integral), o melhor caminho é a conciliação de interesses e a gestão participativa, podendo ser implementada a dupla afetação, conforme aponta o recente parecer da AGU. (GONTIJO, 2022, p. 368)

Por outro lado, em favor de uma maior segurança jurídica, torna-se absolutamente relevante a criação de atos normativos infralegais pela administração pública – federal, estadual e municipal – no sentido de regular e viabilizar a coexistência das unidades de conservação e da ocupação por povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais.

O Plano Plurianual da União para o período de 2016 a 2019, Lei nº 13.249/2016, esta-

beleceu como objetivo 1013 a promoção da “gestão territorial e ambiental das terras indígenas”, nesse sentido a Iniciativa 04M8 prevê a “Articulação da elaboração de instrumentos que promovam a gestão compartilhada em Terras Indígenas e Unidades de Conservação Federais”. Nesse âmbito, destacam-se também o objetivo 1070 de – “Fortalecer o Sistema Nacional de Unidades de Conservação e Consolidar as Unidades de Conservação Federais” e a Iniciativa 0539 que defende o “Fortalecimento do envolvimento dos povos e comunidades tradicionais na gestão territorial para conservação da biodiversidade por meio da qualificação e implementação dos instrumentos de gestão existentes”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização dos direitos das minorias, como se dá no caso das populações indígenas e das comunidades descendentes dos quilombolas, e, conseqüentemente, a imposição de obrigações ao Estado e à sociedade em geral de preservar a cultura, os costumes, os modos de vida e as tradições desses povos, em que pese tenha significado um incontestável avanço na efetivação material dos direitos fundamentais, representou a necessidade de adequar a posição de outros valores constitucionais.

No presente trabalho, a questão ambiental foi apresentada como um relevante valor, que deve ser pensado não como algo voltado apenas a si mesmo, mas, pelo contrário, como um instrumento que visa à garantia da sobrevivência do homem, aí consideradas as presentes e futuras gerações. Trata-se, portanto, de uma abordagem dos direitos sob um aspecto socioambiental.

Nesse sentido, entende-se que a biodiversidade não deve ser concebida de forma oposta à sociodiversidade, motivo pelo qual esses conceitos têm sido cada vez mais conjugados, seja pela legislação (interna e internacional), seja pelas evidências que a realidade dos desafios globais nos impõe. Esse enfoque socioambiental vem, cada vez mais, norteadando o direito pátrio, como se verifica nas importantes leis e decisões judiciais apontadas nos tópicos anteriores. Ademais, observa-se que a mesma tendência parece encontrar paralelo no direito internacional.

Enfim, a busca pela compatibilização entre a preservação de unidades de conservação e a preservação de modos de vida dos povos indígenas e de outras populações tradicionais tem sido identificada em recentes e relevantes legislações, decisões judiciais e ações da administração pública. Desse modo, o movimento produzido por esse debate tem lançado novas luzes para aproximar o direito ambiental aos direitos fundamentais de importantes grupos nacionais historicamente marginalizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Ana Valéria e LEITÃO, Sérgio. **Socioambientalismo, direito internacional e soberania**. In: SILVA, Leticia Borges e Oliveira, Paulo Celso da. *Socioambientalismo: uma realidade*. Juruá. 2007.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BENATTI, José Heder. **Sobreposição de área protegida em território tradicional: o caso do Parque Nacional do Jaú e o Quilombo de Tambor, Amazonas, Brasil.** Revista Videre. V. 13, n. 26, jan./abr. 2021, p. 367 a 392.

BERNARDO, Leandro Ferreira. **A aplicação da jurisprudência do “marco temporal” nos processos demarcatórios e a legitimação do discurso do “vazio demográfico” na região platina brasileira pelo judiciário.** Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia, v. 11, p. 163-178, 2019.

_____. **A declaração das nações unidas sobre os direitos dos povos indígenas e os direitos humanos, direitos humanos e socioambientalismo.** *In:* Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI. Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Raul Cezar Bergold (Org.). Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 59-74

_____. **Povos indígenas e direitos territoriais.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3. Ed. modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad: Carlos Nelson Coutinho; Apresentação: Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 6ª reimpressão.

BONANOMI, José; TORTATO, Fabrício R.; GOMES, Renato S. R.; PENHA, Júlia M. P.; SALDANHA, André B.; PERES, Carlos. **Protecting forests at the expense of native grasslands: Land-use policy encourages open-habitat loss in the Brazilian cerrado biome.** *In:* Perspectives in Ecology and Conservation, 2019.

COSTA, Nicolau Dino de Castro e. **Texto-base 3: Direito ambiental brasileiro. Espaços naturais especialmente protegidos.** Brasília - DF: CEAD/UnB, 2009. 38 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/13/Biblioteca/UNIDADE_II_DIREITO_AMBIENTAL_BRASILEIRO/3_-_Texto-base_Topico_III.pdf> Acessado em: 23 de mar. de 2010.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **As sociedades indígenas no Brasil e seus sistemas simbólicos de representação: os direitos de ser.** *In:* SILVA, Letícia Borges e Oliveira, Paulo Celso da. Socioambientalismo: uma realidade. Juruá. 2007.

DEUS, Teresa Cristina de. **Tutela da Flora em face do Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada.** São Paulo: Hucitec, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **O dever de indenizar os ocupantes de terras indígenas: análise da proposta de emenda à Constituição 409 de 2001.** *In:* SILVA, Letícia Borges e Oliveira, Paulo Celso da. Socioambientalismo: uma realidade. Juruá. 2007.

FAGUNDES, Guilherme Moura. **Fire normativities: environmental conservation and quilombola forms of life in the Brazilian savana.** Dossier “Technique, power, transformation - Environments and territories”. *Vibrant, Virtual Braz. Anthr.* 16, 2019 <https://doi.org/10.1590/1809-43412019v16d501>

FANZERES, Andreia. **Campos do Cerrado estão mais protegidos nas terras indígenas.** *In: Amazônia Real.* Disponível em: <http://amazoniareal.com.br/campos-do-cerrado-estao-mais-protetidos-nas-terras-indigenas>. Acessado em 02 de out. de 2023.

FUNAI – FUNDAÇÃO NACIONAL DOS POVOS INDIGENAS. **Dados do Censo 2022 revelam que o Brasil tem 1,7 milhão de indígenas.** Publicação em 07.08.2023. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2023/dados-do-censo-2022-revelam-que-o-brasil-tem-1-7-milhao-de-indigenas>. Acessado em 03 de out. de 2023.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil.** 34 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GOMES, Marquiana de Freitas Vilas Boas; GOMES, Emerson de Souza; e JUNIOR, Raimundo Nonato. **Cartografia das unidades de conservação e territórios dos povos tradicionais no Paraná.** *Revista franco-brasileira de geografia*, n. 27, 2016. Disponível em: <http://journals.openedition.org/confins/11000>. Acessado em 04 de agost. 2023.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População quilombola é de 1,3 milhão, indica recorte inédito do censo.** Publicado em 07.08.2023. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2023/07/populacao-quilombola-e-de-1-3-milhao-indica-recorte-inedito-do-censo>. Acessado em 23 de agos. De 2023.

INCRA – INSTITUTO NACIONAL DE REFORMA AGRÁRIA. **Processos de regularização de territórios quilombolas abertos.** Disponível em: https://www.gov.br/incra/pt-br/assuntos/governanca-fundiaria/processos_regularizao_territorios_quilombolas_abertos_06.04.2023.pdf. Acessado em 23 de agos. de 2023.

ISA – INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Terras Indígenas protegem as florestas.** Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/faq/tis-e-meio-ambiente>. Acessado em 02 de out. de 2023.

LIBERATO, Ana Paula Gularte. **Educação ambiental e desenvolvimento sustentável: Uma abordagem para a proteção internacional do meio ambiente.** *In: SILVA, Letícia Borges e Oliveira, Paulo Celso da. Socioambientalismo: uma realidade.* Juruá. 2007.

MADEIRA, João Augusto et al. **Interfaces e sobreposições entre Unidades de Conservação e territórios de povos e comunidades tradicionais: dimensionando o desafio.** *In: Anais do VII SAPIS e II ELAPIS, Florianópolis, 2015..*

MMA – MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE E MUDANÇAS CLIMÁTICAS. **Unidades de Conservação.** Disponível em: <https://dados.gov.br/dados/conjuntos-dados/unidadesdeconservacao>. Acessado em 03 de agost. de 2023.

MORENO, Sayonara. **Mais de 200 terras indígenas aguardam demarcação em todo o Brasil.** Publicado em 20/04/2023. Agência Brasil. Brasília. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional>. Acessado em 22 de agos. de 2023.

MORIN, Edgar. **O método 5: a humanidade da humanidade.** Trad. Juremir Machado da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012.

NASCIMENTO, Maria Medrado. **Conflitos socioambientais em áreas de preservação: o caso das comunidades tradicionais do Parque Nacional da Chapada Diamantina.** Revista Tempos Históricos. Volume 23.1., p. 299-327. EDUNIOESTE, Cascavel, 2019. Disponível em: <https://saber.unioeste.br/index.php/temposhistoricos>. Acessado em 04 de agos. de 2023.

NEVES, Eduardo Góes. **Sob os tempos do equinócio: oito mil anos de história na Amazônia Central.** São Paulo: Ubu Editora / Editora da Universidade de São Paulo, 2022.

NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina.** *In:* Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502958>>. Acessado em 27 de dezembro de 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais e direitos civis e políticos.** *In:* SILVA, Letícia Borges e Oliveira, Paulo Celso da. Socioambientalismo: uma realidade. Juruá. 2007.

PRIZIBISCZKI, Cristiane. **Orçamento do MMA tem recomposição de meio bilhão e retorna aos valores pré-Bolsonaro.** *In:* O Eco. Disponível em: <https://oeco.org.br/reportagens/orcamento-do-mma-tem-recomposicao-de-meio-bilhao-e-retorna-aos-valores-pre-bolsonaro/>. Acessado em 03 de out. de 2023.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos.** São Paulo: Peirópolis, 2005.

SCALCO, Raquel Faria & GONTIJO, Bernardo Machado. **Sobreposição entre territórios quilombolas e unidades de conservação de proteção integral: mudanças de paradigma no tratado do conflito.** Caderno de Geografia (2022) v.32, n.68.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Introdução ao direito socioambiental.** *In:* O direito para o Brasil socioambiental. André Lima (organizador). Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 2002.

_____. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1^a. ed., (ano 1998), 5^a reimpr. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Os direitos invisíveis**. *In*: Os sentidos da democracia: políticas de dissenso e a hegemonia global. Org.: Equipe de Pesquisadores do Núcleo de Estudos dos Direitos da Cidadania – NEDIC. Petrópolis, Rio de Janeiro. Vozes; Brasília: NEDIC, 1999.

TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2007.

VULCANIS, Andréa. **Presença humana em unidades de conservação**. *In*: SILVA, Letícia Borges e Oliveira, Paulo Celso da. Socioambientalismo: uma realidade. Juruá. 2007.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



Data de recebimento: 29/10/2023

Data de aceite: 22/11/2023

.....

A CONCRETIZAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA E A CONVENÇÃO OIT 169 NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

.....

*THE IMPLEMENTATION OF THE PRIOR, FREE
AND INFORMED CONSULTATION AND THE ILO 169
CONVENTION IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

Felipe Pires M. de Brito¹

SUMÁRIO. Introdução. 1. Consulta Prévia, Livre e Informada na Convenção OIT nº. 169. 2. A ausência de regulamentação da Convenção OIT nº. 169 no Brasil. 3. A aplicação da Consulta Prévia, Livre e Informada na jurisprudência brasileira. 4. Parâmetros objetivos para a Consulta Prévia, Livre e Informada no sistema jurídico brasileiro. 5 Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 - Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito de Lisboa. Pós-Graduado em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-Rio. Pós-Graduado em Direito e Meio Ambiente Sustentável pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Pós-Graduado em Estado e Direito pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Pós-Graduado em Direito Minerário pelo CEDIN. LLM em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-RJ. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Apoio Jurídico Especializado da PFE ICMBio. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2071-0611>. E-mail: felipepiresmb@gmail.com.

RESUMO: A ausência de regulamentação da Convenção OIT n.º. 169 no Brasil – em parâmetros mais objetivos e específicos do que o estipulado no campo internacional – causa insegurança jurídica na proteção dos direitos indígenas. Isso ocorre porque o documento internalizado no direito brasileiro por meio do Decreto n.º. 5.051/2004, revogado pelo Decreto n.º. 10.088/2019, apenas reproduziu o texto da referida Convenção, sem adaptar suas propostas ao contexto nacional. Diante desse cenário, o presente trabalho busca avaliar a aplicação dos conceitos de Consulta Prévia, Livre e Informada (CPLI), a partir de uma pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial. Para tanto, apresenta-se exemplos brasileiros práticos, mas também de outros países, especialmente os latino-americanos, no intuito de verificar a viabilidade do estabelecimento de critérios que comprovem o cumprimento da Consulta Prévia, Livre e Informada, como determinado pela legislação. Discute-se, nessas medidas, temas, como a forma de consulta; a legitimidade dos representantes; as diferenças entre consulta e consentimento; o caráter vinculante; e as linguagens mais adequadas para a realização desses procedimentos em consonância com a Convenção OIT n.º. 169. Além disso, busca-se ainda contribuir para o avanço do tema na doutrina brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos indígenas. Convenção OIT n.º. 169. Consulta Prévia, Livre e Informada. Consulta e consentimento. Protocolos comunitários.

ABSTRACT: *Abstract. The lack of regulation of ILO Convention 169 in Brazil through more objective and specific parameters than stipulated in the international field causes legal uncertainty in the protection of indigenous rights. This is because the document was internalized in domestic law through Decree no. 5.051/2004, revoked by Decree no. 10.088/2019 and only reproduced what was established in the international field and, therefore, without the necessary adaptations to the Brazilian context. Given this scenario, the present work seeks to evaluate the application of the concepts of prior, free and informed consultation present in ILO Convention 169 with bibliographical, normative and jurisprudential research. For this purpose, practical Brazilian examples are presented, but also in other countries, especially Latin American ones, in order to verify the feasibility of establishing criteria so that it is possible to prove compliance with the prior, free and informed consultation as determined by legislation. In these measures, topics such as the form of consultation, the legitimacy of the consultation representatives, the differences between consultation and consent, the binding nature and the most appropriate languages to be carried out in accordance with ILO Convention 169 are discussed. intends to contribute to the advancement of the theme in Brazilian doctrine.*

KEYWORDS: *Indigenous rights; Convention 169; Free, prior and informed consent; Consultation and Consent; Community Protocols.*

INTRODUÇÃO

Os direitos indígenas estão em constante evolução, marcadamente em países como o Brasil, em que a população indígena “chegou a 1.693.535 pessoas, o que representa 0,83% do total de habitantes com significativo papel na proteção ambiental no território brasileiro”. Desses, “Conforme o IBGE, pouco mais da metade (51,2%) da população indígena está concentrada na Amazônia Legal” (FUNAI, 2023).

Dada a importância das populações originárias, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 estabelece que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (art. 231, *caput* - CRFB/88) (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 22).

De forma mais específica, o Brasil também passou a ser signatário da Convenção da Organização Internacional do Trabalho - OIT n.º. 169 sobre povos indígenas e tribais, internalizada no direito pátrio por meio do Decreto Federal n.º. 5.051/2004. Nesse documento, um dos pontos mais relevantes é o estabelecimento da Consulta Prévia, Livre e Informada (CPLI) aos grupos afetados por medidas administrativas ou legislativas.

Ocorre, contudo, que a estipulação da necessidade de Consulta Prévia, Livre e Informada não foi regulamentada de forma mais detalhada no Brasil, o que produz no campo do direito ambiental uma série de controvérsias jurídicas que acabam requerendo solução do Poder Judiciário. Entre as principais questões, discute-se, por exemplo, quem deve ser consultado (legitimidade); como e em quais momentos deve ser consultado (*modus operandi*); e qual a vinculação do procedimento (consulta vs. consentimento).

Diante desse contexto, o presente trabalho busca analisar os termos da Consulta Prévia, Livre e informada no Brasil, a partir de exemplos de normatizações e jurisprudências de países latino-americanos, e indicar caminhos para o estabelecimento de critérios mais objetivos – a serem instituídos por meio de lei específica elaborada pelo Congresso Nacional e debatidos com toda a sociedade, especialmente com os grupos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Nesse âmbito, pretende-se contribuir para que, por um lado, os direitos indígenas sejam cada vez mais respeitados e, por outro, seja constituído um cenário de maior segurança jurídica acerca do assunto.

1 CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA NA CONVENÇÃO OIT N.º. 169

A Convenção OIT n.º. 169 estabeleceu uma mudança de paradigma em relação ao diploma anterior, a Convenção n.º. OIT n.º. 107, na medida em que passou a valorizar os povos indígenas e as comunidade tribais por suas próprias características – usos, costumes, tradições e autodeterminação (RIBEIRO, 2017, p. 07).

Antes, a norma era pautada pela ideia de integracionismo, o que significa dizer que as políticas voltadas para tais grupos deveriam ser fundamentadas na integração com a sociedade em geral (ANTUNES, 2019, p. 33-37; SILVA, 2017, p. 124). Nessa linha de transformações, a Convenção OIT n.º. 169 substituiu o termo semitribal presente na Convenção OIT n.º. 107 – “aqueles que, embora prestes a perderem suas características tribais, não se achem ainda integrados na co-

munidade nacional” (Art. 1º. 2. Convenção OIT nº. 107) – por comunidades indígenas ou tribais (Art. 1º. “a” e “b”. Convenção OIT nº. 169).

Nesse quadro de reconhecimento de autodeterminação dos povos, a Convenção OIT nº. 169 estabelece a necessidade de Consulta Prévia, Livre e Informada a esses grupos, quando medidas legislativas ou administrativas possam afetá-los diretamente (HEEMANN, 2018, p. 14). Para tais casos, a Convenção OIT nº. 169 estabelece (OIT, 1989):

Artigo 6º. Convenção OIT 169. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Como se depreende do trecho acima, a Convenção OIT nº. 169 dispõe sobre os seguintes critérios para as consultas prévias, livres e informadas: (i) a consulta deve ser realizada através dos meios apropriados; (ii) a participação dos povos interessados deve ser livre; (iii) deve existir boa-fé entre as partes. Em outro ponto, a esse documento determina ainda (OIT, 1989):

Art. 15. 1. Convenção OIT 169. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados. 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Ocorre que tais estipulações são abertas e imprecisas e, desse modo, não respondem de maneira concreta se determinadas situações complexas estão ou não em consonância com os ditames da Convenção OIT nº. 169, no que diz respeito à Consulta Prévia, Livre e Informada. Cabe, dessa forma, aos Estados-partes, signatários do documento, estipularem quem deve ser consultado, como deve ser consultado, em quais momentos se deve consultar e se a consulta é ou não vinculante, posto que todos esses pontos são passíveis de questionamentos (ANTUNES, 2019, p. 100).

No que se refere aos sujeitos passivos da consulta, ou seja, quem deve ser consultado, com base nos art. 6º e 15º da Convenção OIT nº. 169, estão incluídos os povos indígenas e tribais,

mas não há uma definição mais detida desses grupos. No Brasil, considera-se, por exemplo, como grupos tribais as comunidades quilombolas, que são “grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição (ALBUQUERQUE, 2013, p. 57-58), com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida” (Art. 2º, caput, § 1º, § 2º, § 3º do Decreto Federal n. 4.887/2003); e as comunidades tradicionais, ou seja, aqueles que são

culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (Política, Povos e Comunidades Tradicionais - Decreto Federal n. 6.040/2007).

Apesar disso, a própria ideia de autorreconhecimento pode tornar mais complexa a situação de definição de quem deve ser consultado, mesmo que se aponte aqui a concordância de que tanto as comunidades quilombolas como as comunidades tradicionais devem ser abarcadas pela Convenção OIT n.º. 169 (BIM, 2014, p. 207).

Os outros questionamentos acima apresentados (como deve ser consultado; em que momento se deve consultar; e se a consulta é ou não vinculante) são tratados genericamente para determinar que a consulta seja prévia, livre, informada, com a participação efetiva dos interessados e a boa-fé entre as partes. Por se tratar de um diploma internacional, a abordagem mais ampla serve ao objetivo de abarcar o maior número possível de países com distintas realidades e, por outro lado, permitir que cada um deles possa adaptar as determinações às suas realidades locais. No entanto, nem todos os Estados-signatários, após internalizarem a Convenção OIT n.º. 169, elaboraram normas específicas para parametrizar a CPLI, como é o caso do Brasil. Permanecer na generalidade favorece um ambiente de instabilidade e insegurança jurídica sobre o tema (MENDONÇA, 2019, p. 69-75).

Em resumo, apesar de a OIT n.º. 169 determinar a Consulta Prévia, Livre e Informada, é preciso que o direito interno dos países faça as complementações necessárias para viabilizar a concretização dessa determinação internacional, o que implica definir detalhes sobre o *modus operandi* da consulta. Nesse sentido, nos tópicos subsequentes, busca-se apresentar as aplicações práticas, normativas e jurisprudenciais no Brasil e no mundo, especialmente na América Latina, para contribuir com uma futura (e necessária) aprovação de lei específica sobre o tema pelo Congresso Nacional.

2 A AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DA CONVENÇÃO OIT N.º. 169 NO BRASIL

Apesar de recomendável para solucionar conflitos e dubiedade interpretativas, o Brasil não regulamentou a Convenção OIT n.º. 169, apenas internalizou o documento no direito brasileiro por meio do Decreto Federal n.º. 5.051/2004, que reproduz *ipsis litteris* o compromisso assinado internacionalmente pelo país (ALBUQUERQUE, Sofia, 2013, p. 54). Após mais de uma década, o referido diploma foi substituído pelo Decreto Federal n.º. 10.088/2019, que “consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil”.

No direito comparado, a situação é diferente, especialmente no que diz respeito aos países latino-americanos. Na América Latina, existem outros exemplos sobre a regulamentação da Consulta Prévia, Livre e Informada entre leis e propostas legislativas, tais como a Recomendación n.º. 27/2016 (MÉXICO, 2016); Decreto Supremo n.º. 66/2013 (CHILE, 2013); Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. n.º. 38.344/2005 (VENEZUELA, 2005); Proyecto de Ley n.º. 134/2018 (COLÔMBIA, 2018); Proyecto de Ley 5450/2018 (GUATEMALA, 2018) e Proyecto de Ley n.º. 793-D/2020 (ARGENTINA, 2020).

De forma mais específica, a República do Peru, por meio do artigo 8º da Ley n.º. 29.785/2011 definiu alguns pontos norteadores para a CPLI (ANTUNES, 2019. p. 127-138), conforme se depreende do trecho a seguir (PERU, 2011):

Artículo 8. Ley n.º. 29.785/2011. Perú. Etapas del proceso de consulta. Las entidades estatales promotoras de la medida legislativa o administrativa deben cumplir las siguientes etapas mínimas del proceso de consulta: 1. Identificación de la medida legislativa o administrativa que debe ser objeto de consulta. 2. Identificación de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados. 3. Publicidad de la medida legislativa o administrativa. 4. Información sobre la medida legislativa o administrativa. 5. Evaluación interna en las instituciones y organizaciones de los pueblos indígenas u originarios sobre la medida legislativa o administrativa que les afecten directamente. 6. Proceso de diálogo entre representantes del Estado y representantes de los pueblos indígenas u originarios.

Noutro exemplo, o Panamá, ao estabelecer as finalidades da consulta, elencou o seguinte na Ley 37/2016 (PANAMÁ, 2016):

Artículo 2. Ley 37/2016. Panamá. Es obligatorio que la consulta a que se refiere esta Ley sea realizada directamente por entidades estatales antes de la adopción y aplicación de medidas legislativas o administrativas que afecten directamente los derechos colectivos, la existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo de los pueblos indígenas. Se incluyen también en esta consulta los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, comarcal y regional que afecten directamente estos derechos.

Com efeito, considera-se que os exemplos supracitados das legislações aplicadas em alguns países latino-americanos, desde que adaptados ao direito indígena no contexto brasileiro e com as devidas atualizações, podem ser utilizados pelo Congresso Nacional brasileiro para regulamentar, por meio de lei específica, a Consulta Prévia, Livre e informada em território nacional.

Além de tomar essas legislações como parâmetro, o Congresso Nacional também pode utilizar regramentos já estabelecidos pelos Estados, como o Maranhão – disposto por meio da Portaria da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Naturais do Estado do Maranhão n.º. 76/2019 (MARANHÃO, 2019); e o Paraná – pela Instrução Normativa do Instituto de Água e Terra do Estado do Paraná n.º. 07/2020 (PARANÁ, 2020). No primeiro caso, estabelece-se:

Art. 2º. Portaria da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Naturais do Estado do Maranhão n.º. 76/2019. § 2º Antes de iniciar a Consulta Livre, Prévia e Informada-CLPI, o responsável legal pelo empreendimento deverá acordar previamente com o representante do povo/comunidade tradicional a metodologia para a realização do procedimento. § 3º. A Consulta Livre, Prévia e Informada-CLPI ocorrerá antes da abertura do processo para solicitação da Licença Ambiental, devendo-se apresentar o Relatório correspondente acompanhado das respectivas evidências, além dos demais documentos e

estudos ambientais previamente exigidos. § 4º. Caso o empreendedor identifique na fase da Consulta Livre, Prévia e Informada-CLPI a existência de protocolos de consultas já constituídos pelo povo/comunidade tradicional, estes devem ser reconhecidos durante a consulta. § 5º. Deverá constar no Relatório da Consulta Livre, Prévia e Informada-CLPI, no mínimo: a) a metodologia definida em comum acordo com a comunidade; b) as formas de divulgação; c) o número de eventos (reuniões/encontros/audiências), bem como locais/dias/horários dos eventos; d) número de participantes em cada evento (representantes do empreendedor, da comunidade, dos órgãos intervenientes ligados às comunidades e demais interessados); e) as propostas preliminares do empreendedor e da comunidade e, se possível (no caso de consenso), a proposta final assinada por ambas as partes, acompanhadas das respectivas evidências (fotografias, listas de presença, atas dos eventos e demais documentos comprobatórios).

Na regulamentação do Estado do Paraná, por sua vez, verifica-se (PARANÁ, 2020):

Art. 2º. Instrução Normativa do Instituto de Água e Terra do Estado do Paraná nº. 07/2020. § 3º. Na existência de protocolos de consultas livre, prévia e informada já constituídos pelo povo/comunidade tradicional, estes devem ser respeitados e cumpridos durante a consulta. § 4º. O Processo de Consulta Livre, Prévia e Informada – CLPI deverá ser acompanhado pelo Conselho Estadual de Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais do Estado do Paraná (CPICT/PR). (...). § 7º. A Consulta Livre, Prévia e Informada não constitui, nem se confunde com Audiência Pública. Também não substitui e nem se confunde com a anuência/manifestação do órgão representativo conforme definidos na Portaria Federal Interministerial nº 60, de 24 de março de 2015. § 8º. Devem ser respeitadas todas as fases do processo de consulta prévia, de boa-fé, em cumprimento ao protocolo e/ou metodologia de maneira adequada às circunstâncias e que permita a livre participação dos interessados, com o objetivo de se chegar a um acordo e buscar o entendimento acerca das medidas propostas. § 9º. Deve ser assegurado uma ampla participação das comunidades tradicionais, com efetiva participação de seus membros, seus representantes e convidados, preferencialmente no espaço físico onde vivem, antes das tomadas de decisões, utilizando metodologia adequada às peculiaridades culturais e organizacionais de cada povo e permitindo não apenas o acesso à informação, mas sobretudo a emissão de opiniões, sugestões e manifestação de oposição às medidas pretendidas. Devem ser disponibilizadas previamente, todas as informações necessárias para uma manifestação qualificada das comunidades e em formato compatível com seu idioma e tradições.

É possível extrair da leitura combinada dos dois dispositivos acima apresentados que a Consulta Prévia, Livre e Informada deve ocorrer de forma prévia, com a apresentação de um Relatório que proponha uma metodologia em comum acordo com a comunidade e em respeito aos Protocolos preexistentes – caso existam – de comunidades indígenas, tradicionais e quilombolas. A título de exemplo, pode-se citar alguns desses documentos: Protocolo de Consulta Krenak; Protocolo de Consulta Enseada da Baleia; e Protocolo de Consulta Território Quilombola Bom Remédio. (GIFFONI, 2020, p. 101-175; SILVA, 2020, p. 119-135).

Ademais, outro destaque presentes nessas normativas estaduais é a indicação de uma metodologia adequada para melhor informar aos grupos interessados. No caso paranaense, por exemplo, pontua-se que a consulta deve ser acompanhada pelo Conselho Estadual de Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais do Estado do Paraná (CPICT/PR), não podendo ser confundida com a Audiência Pública nem com a anuência/manifestação do órgão representativo,

conforme definido na Portaria Federal Interministerial nº 60, de 24 de março de 2015. Depreende-se, nesse cenário, que o Conselho Estadual de Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais do Estado do Paraná (CPICT/PR) deve acompanhar a Consulta Prévia, Livre e Informada, mas não pode ser o ambiente em que essa será realizada, mediante interpretação do próprio vocábulo escolhido: “acompanhar”

Esse tema também tem sido debatido no ICMBio, na medida em que, em alguns casos, há sobreposição entre Unidades de Conservação Federais e áreas indígenas, quilombolas e/ou de comunidades tradicionais. Por esse motivo, foi criado um Grupo de Trabalho (GT), na Autarquia, com especialistas do tema que possam desenvolver uma regulamentação interna sobre a matéria da Consulta Prévia, Livre e Informada.

Diante do exposto no presente tópico, considera-se que o Congresso Nacional deve uniformizar a questão da Consulta Prévia, Livre e Informada e estabelecer critérios de aplicação mais específicos em todo o território nacional. Para tanto, torna-se imprescindível abarcar as experiências internacionais, especialmente as de países latinos, como Peru e Guatemala, que possuem lei própria sobre o assunto; além de avaliar a adequação dos termos previamente estabelecidos em alguns Estados, como o Maranhão e o Paraná, sem perder, no entanto, outras possibilidades de fazer avançar a questão.

3 A APLICAÇÃO DA CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA NA JURISPRUDÊNCIA

As questões controvertidas sobre Consulta Prévia, Livre e Informada passaram a ser julgadas tanto no Poder Judiciário no Brasil, marcadamente em Tribunais Regionais Federais - TRFs e nos Tribunais Superiores, como pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDHs e por outros tribunais da América Latina.

Dentre a variedade de decisões sobre o tema, destaca-se o caso do Povo Saramaka vs. Suriname (Sentença de 28.11.2007), importante precedente judicial, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que, “quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka”, o Estado precisa ter a “[...] obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições” (OLIVEIRA, 2012, p. 51). Compreende-se, segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o grau de intervenção deve embasar a necessidade de consulta ao grupo afetado (ANTUNES, 2019, p. 118-119).

A Corte Constitucional Colombiana também é uma relevante fonte de pesquisa para compreender o real alcance da Consulta Prévia, Livre e Informada, conforme previsto na Convenção OIT nº. 169 (RODRÍGUEZ, 2014, p. 149-163). No âmbito de delimitação, a Corte Colombiana compreende que a participação deve ser realizada em três níveis de distintas intensidades: “(i) participação simples frente a medidas que suponham um interesse indireto e só acidental para a comunidade; “(ii) a consulta prévia frente a medidas que as afetem diretamente”; e “(iii) o consentimento prévio, livre e informado em relação com aquelas que supõem uma afetação especialmente intensa, segundo foi definido pela jurisprudência constitucional” (ANTUNES, 2019, p. 118-119) (*Sentencia T-376/12*) (COLÔMBIA, 2012).

Em outro julgado, a Corte Colombiana elenca o seguinte (COLÔMBIA, 2019):

(i) “la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida”; (ii) “es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) “debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida”; (iv) “en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”; (v) “cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social” (Sentencia T-021/2019).

No Brasil, a temática da Consulta Prévia, Livre e Informada tem sido discutida nos Tribunais Regionais Federais - TRFs e nos Tribunais Superiores. O reconhecimento da referida Consulta pode, por exemplo, ser admitida para suspender procedimentos de licenciamento ambiental ou mesmo contratos, como se observa da decisão transcrita a seguir (TRF-4, 2021):

De fato, o procedimento da consulta livre, prévia e informada deve ser adotado antes de qualquer conduta administrativa e também não se confunde com a audiência pública relativa ao procedimento de licenciamento ambiental, exigível nos casos em que previsto significativo impacto ambiental (prevista no art. 3º da Resolução CONAMA n. 237/1997). A consulta às comunidades tradicionais tem como finalidade assegurar a participação plena e efetiva destes grupos minoritários na tomada de decisões que possam afetar sua cultura e seu modo de viver [...]. Provimento ao agravo de instrumento, para se determinar a suspensão do contrato de concessão de Parcerias Ambientais Público-Privadas-BR – M1120, adjudicado à empresa CONSTRUCAP, que visa à concessão de exploração dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral, até que sejam concluídos os processos de consulta e consentimento prévio, livre e informado, o estudo antropológico e a regularização fundiária da área quilombola que está sobreposta aos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral.

Noutra oportunidade, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF-1 - decidiu (TRF-1, 2016):

Nesse quesito a Convenção 169 da OIT é bem clara, ao mencionar que essa consulta aos índios deve ser feita “antes de se empreender ou autorizar qualquer programa” (art. 15, parágrafo 2º). [...] pois bem. A ausência de consulta prévia, nos moldes referidos acima, às populações tradicionais, restou evidenciada no transcorrer do inquérito civil realizado pelo MPF. Assim não merece reparos a decisão recorrida, pois não logrou êxito o agravante em desconstituir os relevantes fundamentos adotados da r. decisão agravada, baseado em robustos documentos, razão pela qual aparentemente necessária a análise detalhada de eventuais provas ou realização de perícia técnica, a fim de verificar a real localização da exploração e sua distância das áreas indígenas ou a ocorrência ou não de sobreposição da área de exploração com as áreas legalmente protegidas, bem como o real impacto ambiental na região.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, se manifestou da seguinte forma (STF, 2021):

A necessidade de estudos de impacto ambiental e a consulta prévia e participação de povos indígenas na aprovação de projetos empresariais que poderão causar impactos ambientais em suas comunidades devem observar os procedimentos previstos na Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que foi incorporada ao Direito Brasileiro e tem legitimidade nos postulados de proteção e garantia dos direitos dos índios previstos nos arts. 231 e 232 da Constituição da República.

Diante dos julgados supracitados, percebe-se que, em maior ou menor grau, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os Tribunais latino-americanos (ex. Corte Constitucional Colombiana) e os Tribunais Regionais brasileiros buscam delimitar o alcance da Consulta Prévia, Livre e Informada.

4 PARÂMETROS OBJETIVOS PARA A CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Expostas as premissas normativas, as jurisprudências e as bases teóricas acerca da Consulta Prévia, Livre e Informada no contexto brasileiro e no exterior, cabe, aqui, apresentar uma proposta com parâmetros mais objetivos que consiga, em tese, dirimir eventuais conflitos jurídicos a serem instados à apreciação do Poder Judiciário. Tais sugestões, aliás, também poderiam ser encampadas para a criação necessária de uma legislação federal que uniformize os critérios da CPLI em todo o território nacional, diante da lacuna legislativa sobre o assunto. Ademais, vale reiterar que a elaboração de lei específica pelo Congresso Nacional deve ser guiada com a participação direta de grupos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais para que seus pleitos sejam contemplados, e não se colocar como uma imposição estatal desmedida e em desacordo com a CRFB/88 e a Convenção OIT n.º. 169 (BERNARDI; AHMED, 2018, p. 20).

Nessa perspectiva, a proposição de critérios de realização da Consulta Prévia, Livre e Informada está baseada nos seguintes pilares: (i) quais grupos são os sujeitos passivos; (ii) quem são os representantes legitimados; (iii) como e em quais momentos a consulta deve ser realizada; (iv) a vinculação (ou não) da CPLI (consulta vs. consentimento); e (v) avaliação da possibilidade de se empreender uma consulta específica. Assim, passa-se a análise de cada um desses pontos .

Os sujeitos passivos da Consulta Prévia, Livre e Informada, conforme os moldes da Convenção OIT n.º. 169, são definidos genericamente como comunidades indígenas e tribais. Adequados ao contexto nacional, a primeira categoria diz respeito, como já mencionado aqui, aos povos indígenas – que obtiveram destaque na CRFB/88, com capítulo próprio e direitos constitucional previamente definidos (art. 231, *caput*, § 1º ao 7º e art. 232, *caput* - CRFB/88). O conceito de comunidades tribais, por sua vez, pode incluir – no caso brasileiro – os quilombolas (Art. 2º, *caput*, § 1º, § 2º, § 3º do Decreto Federal n. 4.887/2003) e as comunidades tradicionais (Política, Povos e Comunidades Tradicionais - Decreto Federal n.º. 6.040/2007).

Outro ponto de debate é da representatividade dos grupos afetados sujeitos à consulta. Deve-se atentar que a metodologia precisa ser convencionada com os representantes indicados, mas, por vezes, algumas questões internas podem gerar, por exemplo, divergências sobre a legitimidade do representante escolhido. No intuito de afastar esse tipo de discussão, a legislação poderia prever meios adequados para essas indicações, seja por comunidades indígenas, quilombolas ou comunidades tradicionais. Frisa-se, nesse aspecto, o respeito ao pluralismo cultural. Há, por óbvio, dificuldades de metodologias diante da adequação de diferentes culturas, mas a nomeação da(s) liderança(s) no procedimento deve ser definida para garantir segurança jurídica à consulta.

O momento da Consulta Prévia, Livre e Informada, como aponta a nomenclatura, é prévio, ou seja, anterior às medidas legislativas e administrativas a serem desenvolvidas, por expressa previsão do art. 6º da Convenção OIT n.º. 169. É imprescindível, ainda, a boa-fé entre as partes. Nesse quadro, Paulo de Bessa Antunes afirma que “embora não se possa afirmar o conceito jurí-

dico de boa-fé, certamente é possível identificar-se um comportamento de má-fé” (ANTUNES, 2019, p. 158) e conclui que “o oferecimento de empregos para líderes comunitários, seus parentes, a apresentação de informações parciais, truncadas, inverídicas são comportamentos que indicam má-fé nas negociações” (ANTUNES, 2019, p. 18); portanto, “a forma apropriada é aquela que não agride a cultura do povo interessado” (ANTUNES, 2019, p. 18).

O *modus operandi* da CPLI deve ser também “informada”, o que significa que o uso de uma linguagem acessível, em idioma partilhado pelos grupos consultados, deve ser privilegiado. Além disso, quando existente, os protocolos previamente elaborados por eles devem ser respeitados (SILVA, 2020, p. 119-135), pois possuem força vinculante (MARÉS, 2019, p. 48).

O debate sobre a vinculação da consulta também está posto. Isso porque prescinde de uma diferenciação direta entre consulta e consentimento. Nesse aspecto, Eduardo Bim discorre que “a consulta/oitiva não se destina a obstar o empreendimento em suas terras, apenas a saber qual a extensão dos eventuais prejuízos que os povos indígenas poderiam sofrer, auxiliando o procedimento de tomada de decisões estatais” (BIM, 2014, p. 208-209), ou seja, trata-se da natureza da consulta, e não de consentimento. Nessa linha, o autor conclui que “o fato de a consulta não ser um meio de se obter um sim ou um não dos povos afetados, sendo um importante meio de diálogo, não impõe consulta nesses casos, mas obriga ao Estado levar em conta a opinião dos povos indígenas e tribais em sua decisão” (BIM, 2014, p. 208-209).

Concorda-se, pois, que a legislação deve definir a necessidade de composição, mas, caso seja impossível, isso deve ser bem fundamentado para que a consulta não passe de mera formalidade burocrática. Além disso, o grau de intensidade dos impactos deve ser levado em consideração na Consulta Prévia, Livre e Informada, posto que quanto maior o impacto, mais detalhados precisam ser os mecanismos de informações, debates e escutas perante os grupos afetados.

Ademais, a Consulta Prévia, Livre e Informada deve ser realizada de forma específica, adequada ao caso concreto e com metodologia composta entre as partes, inclusive os(as) representantes dos grupos afetados (indígenas ou quilombolas ou comunidades tradicionais). Inexiste, desse modo, possibilidade de a consulta ser realizada, por exemplo, em Conselhos preestabelecidos, mesmo com a presença de representantes de tais grupos. A Convenção OIT n.º. 169 trata de um procedimento específico com métodos a serem construídos entre as partes que, de boa-fé, devem buscar um acordo possível entre os que afetam e os que são afetados.

5 CONCLUSÃO

A Consulta Prévia, Livre e Informada é um importante instrumento previsto na Convenção OIT n.º. 169, que visa à manifestação dos povos indígenas e das comunidades tradicionais sobre empreendimentos que possam afetar os seus respectivos territórios. Para tanto, o documento estabelece os seguintes critérios para o procedimento em questão: (i) a consulta deve ser realizada através dos meios apropriados; (ii) a participação dos povos interessados deve ser livre; e (iii) há necessidade de boa-fé entre as partes.

Nessa linha, os ordenamentos jurídicos do Brasil e dos demais países da América Latina passaram a prever essas possibilidades a partir da ratificação e da internalização desse diploma internacional. No que se refere ao Brasil, o documento foi internalizado no direito pátrio por meio

do Decreto Federal nº. 5.051/2004, mas ainda carece de uma regulamentação mais específica que possa dirimir dúvidas sobre o ponto da Consulta Prévia, Livre e Informada, conforme ocorreu em outros países, como a *Ley nº. 29.785/2011* da República do Peru (PERU, 2011) e a *Ley nº. 37/2016* do Panamá (PANAMÁ, 2016).

Com a ausência de uma legislação específica sobre a Consulta Prévia, Livre e Informada que abranja todo território brasileiro, proliferam-se casos no Poder Judiciário relacionados à questão. Discute-se, por exemplo, quem deve ser consultado (legitimidade); como e em quais momentos deve ser consultado (*modus operandi*) e a vinculação do procedimento (consulta vs. consentimento).

Nesses termos, conclui-se que a Consulta Prévia, Livre e Informada da Convenção OIT nº. 169 (i) se trata de uma consulta, ou seja, é preciso o uso de mecanismos de escuta, para fazer ouvir os povos indígenas e as comunidades tradicionais e chegar a um consenso possível; (ii) os legitimados devem ser aqueles que possuam real poder de representatividade do grupo em questão; e (iii) o momento da consulta deve ser prévio. Esses parâmetros, aliás, podem (e devem) ser delineados por uma legislação específica a ser aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Sofia Frota. O Direito Indígena de Consulta prévia no Brasil: Um estudo do caso Belo Monte. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2013.

ARGENTINA, Proyecto de Ley nº. 793-D, 17 marzo de 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. O processo constituinte de 1987/88 e a leitura intercultural da Constituição. Revista OAB-RJ. Edição Especial sobre Povos Indígenas. Rio de Janeiro: OAB-RJ, 2018.

BERNARDI, Larissa; AHMED, Flávio. A proteção aos direitos indígenas e aos conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica. Revista OAB-RJ. Edição Especial sobre Povos Indígenas. Rio de Janeiro: OAB-RJ, 2018.

BIM, Eduardo Fortunato. A participação dos povos indígenas e tribais. Oitavas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da FUNAI (IN FUNAI 01/2012). Revista de Informação Legislativa. Ano 51. n. 204. out./dez. Brasília, 2014.

CERVANTES, Silvia Gabriela Ruiz. El derecho es el consentimiento, la consulta un procedimiento: reflexiones desde américa latina sobre el derecho a la consulta. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos. Universidad Nacional de Costa Rica. v. 26 (1), I Semestre. Heredia, 2015.

CEVALLOS, José García. La Consulta previa como derechos de los pueblos indígenas. Sentencia

No.001-10-SIN-CC, Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados) Declaración de inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la ley de Minería. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*. pp. 59-78. Año IV, n. 1, mayo de 2015.

COLÔMBIA, Proyecto de Ley nº. 134. 11 de *septiembre* de 2018.

CHILE, Decreto Supremo nº. 66, 15 de *noviembre* de 2013.

DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *Revista Culturas Jurídicas*. Revista do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da UFF. Niterói, RJ, v. 1, n. 1, p. 51-72, 2014.

FAJARDO, Raquel. Derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta, consentimiento: Fundamentos, balance y retos para su implementación. *Revista de Antropología Amazônica*. v. 1. n. 2. UFPA. Belém, 2009.

FUNAI, Dados do Censo 2022 revelam que o Brasil tem 1,7 milhão de indígenas. Disponível em <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2023/dados-do-censo-2022-revelam-que-o-brasil-tem-1-7-milhao-de-indigenas>. Acesso em 25 out. 2023.

GUATEMALA, Proyecto de Ley 5450 de *diciembre* del 2018.

GIFFONI, Johny Fernandes. Protocolos comunitários-autônomos de consulta e consentimento quilombolas: Direito e Negacionismo. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Federal do Pará. Belém, 2020.

HEEMANN, Thimotie Aragon. Por uma releitura do direito dos povos indígenas: Do Integracionismo ao Interculturalismo. *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, DF, v. 109, n. 1, p. 5-18, 2018.

MARANHÃO, Portaria da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Naturais do Estado do Maranhão nº. 76 de 29 de maio 2019.

MARÉS, Carlos Frederico. A força vinculante do protocolo de consulta. In: MARÉS, Carlos Frederico; DA SILVA, Liana Amin Lima; OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de; MOTOKI, Carolina; GLASS, Verena (org.). *Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação*. – São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

MENDONÇA, Ygor de Siqueira Mendes. Consulta prévia no Estado do Pará: Um Estudo sob a Perspectiva Interdisciplinar da Participação. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável no Trópico Úmido) - Universidade Federal do Pará. Belém, 2019.

MÉXICO, “Recomendación nº. 27, 11 de *julio* de 2016.

MIRANDA, João Paulo Rocha de. As Inconvencionalidades do Marco Legal Da Biodiversidade

Frente ao Instituto Da Consulta Prévia, Livre e Informada: Um Processo e Colonialismo Biocultural. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Pará. Belém, 2017.

MOLLEDA, Juan Carlos Ruiz. Problemas Jurídicos en la Implementación de la Consulta Previa en el Perú: o los Pretextos Jurídicos del Gobierno para Incumplirla. Derecho e sociedad. Asociación Civil. Facultad de derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. n. 42. Lima, 2014.

OIT, Convenção nº 169 da OIT, de 07 de junho de 1989.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Sensibilidade jurídica e embate colonial: análise do caso Saramaka vs. Suriname. Direito e Práxis, v. 04, n. 01, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

PARANÁ, Instrução Normativa do Instituto de Água e Terra do Estado do Paraná nº. 07 de 05 de novembro de 2020.

PERU, Ley nº. 29.785, 7 de *setiembre* de 2011.

VÍLCHEZ, Karen Maribel Rebaza; TUPIA, Diana Mileny Uchuypuma e NICOLÁS DE LA CRUZ, Jakelín Verónica. Una mirada crítica a la aplicación de la consulta previa en el Perú a propósito del 30º aniversario del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Lumen: Revista de la Facultad de Derecho Universidad Femenina del Sagrado Corazón. v. 2. n. 15. Lima, 2019.

RIBEIRO, Thayana; LOSURDO, Federico. A autodeterminação e o direito dos povos indígenas à consulta prévia no ordenamento brasileiro e no internacional: Análise do caso da Hidrelétrica Belo Monte. Rev. Brasileira de Direito Internacional. Maranhão. v. 3. n. 2. p. 78-98. jul/dez 2017.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. De la consulta previa al consentimiento libre, previa e informado a pueblos indígenas en Colombia. Colección Diversidad Étnica y Cultural. Bogotá: Ibañez, 2014.

SILVA, Liana Amin. Consulta prévia e livre determinação dos povos indígenas e tribais na América Latina: Re-existir para Co-existir. Tese (Doutora em Direito Socioambiental e Sustentabilidade) - Pontificia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2017.

SILVA, Jamilly Izabela de Brito. Protocolo autônomo de consulta do povo indígena Krenak: uma releitura de(s)colonial e intercultural da constituição de 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Amazonas. Manaus, 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. RE 1312132-RS. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 02 mar. 2021. Publicado em DJE nº 55, 22 mar. 2021.

TRF-1. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo nº. 00084674120164010000. Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Publicação: 10 jun. 2016.

TRF-4. Tribunal Regional da 4ª Região. Agravo de Instrumento nº. 5003779-88.2021.4.04.0000/
SC. Julgamento em 27 abr. 2021.

VENEZUELA, Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. nº. 38.344, 27 de *diciembre*
de 2005.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



Data de recebimento: 27/10/2023

Data de aceite: 18/12/2023

.....

O PROJETO DE LEI 2630 E O IMPACTO DA DESINFORMAÇÃO NAS DEMOCRACIAS: DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO À TIRANIA DA MENTIRA DIRECIONADA

.....

*THE BILL 2630 AND THE IMPACT OF FAKE NEWS ON
DEMOCRACIES: FROM FREEDOM OF EXPRESSION TO
THE TYRANNY OF TARGETED LIES*

Alessandra Knoll¹

Alvaro Fernandes Martins²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Fundamentação teórica; 1.1. Direitos fundamentais; 1.2. as Fake News e seu impacto nas democracias; 1.3. Análise do projeto de Lei nº 2630, de 2020; 1.4. Colisão de princípios fundamentais e a Regra da Proporcionalidade; 2. Conclusão; Referências bibliográficas.

1 - Doutora, Mestre e Graduada em Administração de Empresas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), onde também foi monitora das disciplinas de Recursos Humanos I e II; tutora de ensino (EaD); coordenadora de tutoria no Núcleo Multiprojetos de Tecnologia Educacional (NUTE) e professora substituta de Administração Pública (EaD). Advogada, graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Lecionou as disciplinas de Teoria Geral das Organizações; Recursos Humanos e Projeto de Monografia na Universidade Barriga Verde (UNIBAVE), onde também foi coordenadora de pesquisa e extensão dos cursos de Direito, Administração e Contabilidade. Atualmente é professora de gestão no SENAI. E-mail: alekawaii@gmail.com.

2 - Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL); pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera; em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER); e em Gestão Pública pelo Instituto Federal de Santa Catarina (IFSC). Atualmente atua no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina como chefe da Seção de Execução de Atos de Resistência – Divisão de Processamento Remoto de Execuções Fiscais. E-mail: alvarofernandesmar@gmail.com.

RESUMO: O presente artigo teve como objetivo descrever a colisão entre os direitos fundamentais no debate acerca do Projeto de Lei nº 2630, de 2020, no Brasil. A partir desse contexto, pretendeu-se compreender a liberdade de expressão no rol desses direitos, bem como a sua aplicação no Estado Democrático de Direito; analisar o fenômeno das *fake news* e dos perfis falsos e suas influências na democracia; debater o Projeto de Lei 2630/2020; conceituar a colisão de direitos fundamentais; e descrever como essa colisão é analisada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Quanto à metodologia, empregou-se o pensamento dedutivo, de natureza qualitativa, por meio do estudo da documentação indireta, como a doutrina, textos jornalísticos e jurisprudência. Ao final, concluiu-se que a propagação de *fake news* é um dos fatores que fomentam o descrédito em relação ao Estado Democrático de Direito e às demais instituições democráticas frente à população, na medida em que leva os cidadãos a questionarem sua validade e funcionamento o que, conseqüentemente, isso oferece risco à sua manutenção e coloca em risco também os direitos fundamentais. Já em relação ao direito fundamental à liberdade de expressão, concluiu-se que esse não é irrestrito, com base na jurisprudência do STF, ao analisar a colisão desse princípio liberal com os princípios sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia de Direito. *Fake News*. Colisão de princípios fundamentais do Direito. Liberdade de expressão restrita.

ABSTRACT: *This article aims to describe the collision between fundamental rights. The specific objectives are as follows: understanding freedom of expression in terms of its dimensions within the list of Fundamental Rights and its application within the Democratic State of Law; analyzing the phenomenon of fake news and fake profiles and their influence on the maintenance or destruction of democracy; analyzing Bill 2630/2020; conceptualizing the collision of fundamental rights and how it is analyzed by the jurisprudence of our Federal Supreme Court. The research employs a deductive thinking methodology, utilizing qualitative analysis through a monographic procedure involving indirect documentation using doctrine, journalistic texts, and jurisprudence. In conclusion, the research finds that the spread of fake news is one of the factors that contributes to the discredit of the Democratic State of Law and other democratic institutions in the eyes of the population. This leads citizens to question their validity and functioning, posing a risk to their maintenance. Regarding the principle of freedom of expression, it is concluded that it is not unrestricted, based on the jurisprudence of the STF when analyzing the collision of this liberal principle with social principles.*

KEYWORDS: *Democratic rule of Law. Fake News. Collision of fundamental principles of Law. Restricted freedom of expression.*

INTRODUÇÃO

Com o advento da rede mundial de computadores e dos avanços dos meios de comunicação, ao final do século XX, a sociedade adentrou na Era da Informação, caracterizada pelo aumento da quantidade e rapidez da disseminação de dados. Esse contexto, aliado ao fenômeno das redes sociais, à permissividade dos perfis falsos e à utilização dos dados para automatizar mensagens com base em algoritmos de leitura do comportamento dos usuários (como o Método *Ocean* usado pela *Cambridge Analytics*), pode acarretar a perda do controle quanto à veracidade das informações, fazendo surgir a chamada Era da pós-verdade.

Nesse contexto, o problema de pesquisa trazido neste artigo tem como centro a análise do Projeto de Lei 2630/2020, conhecido no Brasil como “Lei das *Fake News*” ou por “Lei da censura”. Diante do debate ensejado pelo Projeto, questiona-se: a liberdade de expressão é irrestrita? Partindo-se da hipótese de que há dois tipos de direitos fundamentais em colisão nesse cenário, sendo um deles um direito à liberdade individual e outro um direito social, como decidiu o Supremo Tribunal Federal a respeito do tema?

Este artigo objetivou descrever a colisão entre direitos fundamentais no contexto de liberdade irrestrita das redes sociais. Como objetivos específicos, tem-se: compreender a liberdade de expressão no rol de direitos fundamentais e sua aplicação dentro do Estado Democrático de Direito; analisar o fenômeno das *fake news* e sua influência na manutenção ou destruição da democracia; debater o Projeto de Lei 2630/2020; conceituar a colisão de direitos fundamentais; e, por fim, descrever como esse problema é analisado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Diante do perigo iminente que as *Fake News* representam à democracia, urge-se compreender a atual dinâmica de sua utilização. Considerando o crescente uso de perfis falsos automatizados via inteligência artificial, o tema ganha ainda mais relevância. Com o surgimento do projeto de lei, faz-se necessária a reflexão da sociedade acerca dos riscos da não regulamentação das redes sociais, que se tornaram espaços de livre manifestação, mas também de manifestações anônimas que disseminam conteúdos falsos.

Para empreender a análise aqui proposta, utilizou-se como método neste estudo o pensamento dedutivo, de natureza qualitativa, partindo da verificação do conceito do direito à informação dentro do Estado Democrático de Direito para atingir o objetivo de analisar o surgimento das *fake news* e como essas lesam tal garantia constitucional. Já o método de procedimento é o monográfico, cuja técnica de pesquisa ocorre por meio de bibliografias, a partir da leitura de doutrinas, livros, artigos e teses.

1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1 Direitos Fundamentais

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, rompeu o Estado autoritário que a antecedeu por 20 anos, durante o período da Ditadura Militar. Diante do desafio de reconstruir o Estado democrático, a Carta, ao estabelecer os direitos fundamentais, garantiu direitos que já haviam sido incorporados *a priori* e estabeleceu vedações expressas como

respostas para problemas do passado (por exemplo, a proibição à tortura). Nesse sentido, pode-se afirmar que a Constituição Federal brasileira transcende o sentido liberal do constitucionalismo, funcionando como uma resposta ao passado, uma garantia do presente e uma perspectiva esperançosa para o futuro, munida, assim, de um significado e uma força simbólica (SCHIER, 2014).

Assim, foi somente com o advento da Carta Magna, de 1988, que o constituinte estabeleceu um conjunto de princípios constitucionais, os quais foram rotulados de direitos fundamentais e fixados no corpo permanente da Constituição, mais especificamente nos Títulos I e II (BRASIL, 1988). Dizer que esses direitos se encontram concentrados nos referidos títulos não significa afirmar que eles estão limitados à essa seção, uma vez que é expressivo o número de princípios espalhados ao longo de toda a Carta Magna (SARLET, 2017).

Alexy (2015) impõe aos direitos fundamentais a expressão teórica-estrutural de garantias de liberdade, em que para todo e qualquer direito fundamental, existe uma norma que irá garantir o seu exercício. Cumpre frisar que “a democracia [...] aponta para a realização dos direitos políticos, que apontam para a realização dos direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais, de que a liberdade é a expressão mais importante” (SILVA, 2006, p. 132). Nesse ambiente de afirmação do direito fundamental à liberdade, surge a informação pública e a liberdade de manifestação do pensamento como alguns dos mecanismos asseguradores da consolidação do ideal democrático, implicando o exercício do controle social, sem o qual todas as premissas acima se tornariam letra morta.

Com relação aos direitos fundamentais e sua teoria, foi estabelecido por Carl Schmitt, conforme ensina Paulo Bonavides (2017), dois critérios formais de caracterização. Pelo primeiro, designa-se direito fundamental todo direito ou garantia nomeado e/ou especificado na Constituição. Por sua vez, o segundo critério estabelece que os direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um *status* mais elevado de garantia e proteção, sendo, portanto, imutáveis ou, ao menos, de mudança dificultada, uma vez que somente podem ser alterados mediante emenda constitucional. A respeito do ponto de vista material, Bonavides (2017) acrescenta que os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra.

Esses direitos, conforme ensina Pedro Lenza (2016, p. 1159), são dotados das seguintes características: a) historicidade, uma vez que possuem toda uma evolução histórica desde o nascimento do Cristianismo, chegando até os dias atuais; b) universalidade, por serem destinados, de modo indiscriminado, a todos os seres humanos; c) limitabilidade, uma vez que não são absolutos, e sim relativos, o que pode gerar conflitos, cabendo ao intérprete ou ao magistrado decidir qual direito, dentro de determinado caso concreto, deverá prevalecer; d) concorrência, pois podem ser exercidos cumulativamente; e) irrenunciabilidade; f) inalienabilidade; e g) imprescritibilidade.

Sarlet (2012) afirma que os direitos fundamentais são também protetivos, uma vez que se propõem a assegurar e a proteger bens essenciais dos indivíduos ou do coletivo. Apresenta, ainda, outro ponto de partida, no qual além dos direitos materialmente fundamentais, pode-se encontrar ainda direitos prestacionais.

Cavalcante Filho (2019) assevera que, antigamente, acreditava-se que os direitos fundamentais possuíam apenas eficácia vertical, incidindo numa relação restrita entre um poder “su-

perior” (Estado) e um poder “inferior” (indivíduo). Entretanto, em meados do século XX, surgiu na Alemanha a “Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Humanos”, que defendia a incidência desses direitos também no âmbito das relações privadas.

A sociedade pré-Revolução Industrial era, em sua maioria, comandada por regimes absolutistas, nesse contexto, as revoluções burguesas (Puritana e Gloriosa, no século XVII, e a Revolução Francesa, no século XVIII) empreenderam um grande avanço no campo democrático. Ou seja, os direitos fundamentais de primeira geração são precipuamente burgueses, nascem como uma “barreira erigida pela sociedade contra abusos do poder” (CADEMARTORI, 2006, p. 26), sendo então vistos como “prerrogativas que têm o indivíduo em face do Estado” (BASTOS, 1989, p. 151). Partem, portanto, de “uma concepção *individualista* da sociedade, a qual postula que o Estado surge a partir do acordo entre indivíduos livres e iguais” (CADEMARTORI, 2006, p. 26, grifos do autor).

Tem-se também os direitos de terceira geração, que podem ser entendidos como o direito ao meio ambiente sadio e à paz internacional. Porém, neste artigo, a análise é restrita ao conflito entre os direitos da primeira e da segunda geração, por estar mais evidente no que concerne ao Projeto de Lei 2630.

No Brasil, essa teoria horizontal é aceita pacificamente na jurisprudência tanto do STF quanto do STJ. Verifica-se sua aplicabilidade, por exemplo, no seguinte julgamento:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS

RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. [...]

A Constituição brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais [...]. (BRASIL, 2006, p.01).

Os direitos fundamentais de primeira geração, segundo ensina Sarlet (2016), inicialmente foram firmados como direitos de defesa (ações negativas), para demarcar o limite de intervenção do Estado em relação a uma esfera de autonomia do indivíduo, sendo complementados por uma leva de liberdades, conhecidas como liberdades de expressão coletiva, quais sejam liberdades de expressão, imprensa, manifestação, bem como pelos direitos de participação política (direito ao voto, entre outros), firmando sua relação direta com a democracia.

Por direitos de segunda geração, a autora considera que esses não se tratam mais de direitos de limitação do Estado, mas sim de obtenção de liberdade por intermédio do Estado, na qual se inserem as garantias relativas à seguridade social e às liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve e do reconhecimento dos direitos dos trabalhadores etc. No tocante aos direitos de terceira geração, esses se destinam à proteção de grupos humanos, caracterizando-se como um “direito de titularidade coletiva ou difusa”; nesse rol, enquadram-se, por exemplo, o direito ao meio ambiente e o direito à informática.

Cavalcante Filho (2019) afirma que os direitos de terceira geração tem sua origem com o advento da Revolução Técnico-Científica, que tornou a sociedade conectada a diversos valores, fazendo-a perceber que, “na sociedade de massa, há determinados direitos que pertencem a grupos de pessoas, grupos esses, às vezes, absolutamente indeterminados”. Para caracterizar esse cenário, o autor apresenta o exemplo da contaminação de um riacho que, por se tratar de um dano ambiental, não atinge apenas os moradores das redondezas do riacho, mas tem impacto sobre a vida de pessoas que moram em regiões mais afastadas.

Por fim, Sarlet (2016) complementa que o reconhecimento de uma quarta e quinta geração de direitos fundamentais aguarda sua consagração dentro do direito internacional, assim como na esfera das ordens constitucionais internas, ressaltando que todas as suas dimensões orbitam em torno dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à fraternidade, tendo por base o direito supremo da dignidade da pessoa humana. Há quem defenda que esta geração se destina à defesa dos direitos de engenharia genética, como é a posição de Norberto Bobbio, já outros destacam a luta pela participação democrática, que é o posicionamento de Paulo Bonavides (CAVALCANTE FILHO, 2019).

1.2 Fake News e seu Impacto nas Democracias

Mais do que um princípio inscrito na Lei Magna, a democracia constitui fundamento e valor essencial das sociedades ocidentais, transformando-se em referência para o modo como elas existem e atuam. Assim, o artigo XXI, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, elevou-a ao *status* de direitos humanos.

Por essa razão, assevera Marilena Chauí, “A democracia é invenção porque, longe de ser a mera conservação de direitos, é a criação ininterrupta de novos direitos, a subversão contínua dos estabelecidos, a reinstalação permanente do social e do político”. (CHAUÍ, 1983, p. 07). Nesse sentido, qualquer definição que se encontre para democracia parece reduzir seu significado, delimitar sua concepção. Porém, há aspectos que lhe são intrínsecos, elementares. Com efeito, não há como se assegurar sua manutenção, caso não haja observância aos princípios democráticos elementares, os quais são identificados por Azambuja como as próprias condições de existência da democracia, tais como: a) uma constituição; b) direitos individuais; c) governantes eleitos periodicamente (AZAMBUJA, 2003, p. 321-324).

A democracia de partido, surgida no final do século XIX, é caracterizada pelo surgimento dos partidos de massa e por promover a substituição dos vínculos pessoais entre representantes e representados por identificações partidárias. Nesse modelo, as agremiações partidárias e as ideologias por elas representadas constituíam o atalho informacional que poupava o eleitor de se inteirar sobre as várias questões presentes nas eleições (ALDÉ, 2004, p. 22-23).

Para além das concepções teóricas acerca da democracia, do Estado Democrático de Direito e da democracia constitucional, vinculadas à sua consolidação como organização do Estado, a questão que este artigo ressalta é a importância de analisar também a transformação e instabilidade desse regime ante à ausência (planejada) de controle das redes.

O termo *Fake News* e a sua incidência dentro do processo democrático dos países se popularizaram a partir do *Brexit*, no Reino Unido; da eleição de Donald Trump, nos Estados Unidos; e, no Brasil, desde 2014, porém com atividade mais impactante nas eleições presidenciais de 2018. Nesse sentido, a BBC realizou uma série de reportagens denominadas “Democracia Ciborgue”, em que se analisa a atividade de um exército de perfis *fakes* na internet, criados para influenciar a opinião pública nas eleições de 2018 no Brasil. Segundo a reportagem, esses perfis falsos foram utilizados por uma empresa com sede no Rio de Janeiro, a fim de conduzir, principalmente, o pleito de 2018, a partir das mesmas estratégias de manipulação utilizadas por russos nas eleições americanas, quando o presidente Trump fora eleito.

Ainda sobre os perfis e notícias falsas, o site *Buzzfeed*, em um recente estudo, publicou que durante as eleições de 2016 nos Estados Unidos, as *Fake News* eleitorais divulgados pela *Big Tech Facebook* geraram mais engajamento social do que as notícias veiculadas pelo canais jornalísticos tradicionais e da grande mídia, como o *New York Times*. Nesse cenário, das vinte matérias disseminadas, a grande maioria era pró-Trump ou contra Hillary Clinton, “incluindo uma que afirmava que Hillary havia vendido armas para o Estado Islâmico e outra que dizia que o papa apoiava Trump” (KAKUTANI, 2018, p. 153-154).

Runciman (2018) explica que dentro de um panorama político, a dependência da tecnologia faz com que os seres humanos sejam explorados, afinal, “em terra de dependentes da tecnologia, quem navega com esperteza é rei”. Nesse sentido, o autor completa que os sinais visíveis dessa exploração são as *Fake News* e o microdirecionamento de mensagens aos eleitores, cujos conteúdos são gerados por máquinas, construídas de modo a “apelar aos preconceitos de cada um”, desse modo que, “[...] se cair em mãos erradas, o poder dos computadores de apertar nossos botões pode assinalar o fim da democracia” (RUNCIMAN, 2018, p. 134).

Ao encontro do pensamento de Runciman, Kakutani (2018, p. 149) assevera que “quando se trata da disseminação de Fake News e de minar a crença na objetividade, a tecnologia se provou um combustível altamente inflamável”. Nesse cenário, “Cada vez mais nos damos conta do lado sombrio do que foi imaginado, a princípio, como um catalisador de inovação e mudanças”. O autor apresenta exemplos do uso irresponsável da tecnologia para fins políticos e destaca que, na campanha de Donald Trump, nos Estados Unidos, foi feito um uso “perspicaz e maquiavélico das redes sociais” (KAKUTANI, 2018, p. 157). Durante o período de eleições naquele ano, as informações contidas no *Facebook* e na *Cambridge Analytica* (empresa de dados que trabalha com mapeamento de perfil psicológico para fins eleitorais) foram utilizadas para fazer o direcionamento da publicidade do então candidato e o seu planejamento de campanha.

Assim, nota-se um colapso generalizado da confiança, base da Era da pós-verdade, de tal forma que a honestidade que as sociedades democráticas dependem para preservar sua ordem é minada (D'ANCONA, 2018, p. 42). A sociedade, de uma forma global, vive uma Era de fragilidade institucional, na qual há espaço para as *Fake News* se espalharem e corroerem gradativamente os órgãos de um dos pilares mais importantes do Estado Democrático de Direito, qual seja: o direito do cidadão à informação séria e honesta. Nesse cenário, emergem perfis falsos e anônimos, aliados a empresas que pagam por sua divulgação, com interesse de manipular os resultados do jogo eleitoral, minando a confiança popular na já tão maculada democracia.

A desinformação, quando fomentada no contexto político, representa um verdadeiro risco ao funcionamento e manutenção do Estado Democrático, pois coloca o cidadão contra as instituições, fazendo com que ele perca a confiabilidade na democracia, na Constituição Federal e nos políticos. O resultado disso é a criação de uma perigosa atmosfera de insegurança. No contexto nacional, por exemplo, “cerca de metade da população brasileira declarou apoio a uma intervenção militar temporária como uma alternativa à atual crise política e econômica no país” (RUNCIMAN, 2018, p. 233).

Verifica-se, portanto, que a existência de um dever com a verdade, bem como o comprometimento em regulamentar, tutelar e proteger o direito fundamental à informação do cidadão são pontos cruciais para a manutenção de uma democracia saudável e forte. Nesse sentido, O PL 2630/2020 surge com o objetivo de solucionar essa questão, por isso, abordaremos o texto do projeto, a seguir.

1.3 Análise do Projeto de Lei Nº 2630 de 2020

O Projeto de Lei nº 2630, também denominado Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, tem o objetivo de estabelecer normas, diretrizes e mecanismos de transparência para provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada, a fim de garantir segurança e ampla liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento.

Proposto originalmente pelo senador Alessandro Vieira e aprovado pelo Senado em 2020, o texto que será votado sofreu modificações incorporadas pelo relator do projeto na Câmara, o deputado Orlando Silva (PC do B-SP). O conhecido PL das *Fake News* tem parte do seu conteúdo inspirado na alemã *Netzwerk Durchsetzungsgesetz*, ou *NetzDG*, a Lei de Fiscalização da Rede, em tradução livre, que

ficou conhecida no país europeu como “Lei do Facebook”. Implementada em 2017, a lei alemã rapidamente serviu de modelo para outras legislações mundo afora, e foi citada no voto do relator do projeto brasileiro. O texto mira especialmente redes sociais com mais de 2 milhões de usuários na Alemanha e teve como principal motivação o combate à divulgação online de conteúdo extremista. (STRUCK, 2023, p. 01)

A intenção tanto do Projeto de Lei brasileiro quanto da já em vigor lei alemã é ter um controle mais rígido das grandes empresas de mídias sociais, como o *Facebook*. Dessa forma, o PL, em seu parágrafo primeiro do art. 1º, confirma que a Lei “não se aplica aos provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada que oferecem serviços ao público brasileiro com menos de 2.000.000 (dois milhões) de usuários registrados”, o que confere à proposta um caráter moderador focado nas grandes empresas de tecnologia, chamadas popularmente de *Big Techs*, sediadas no exterior. Situação essa que fica mais clara quando seguimos a leitura do artigo supracitado:

§ 2º O disposto no caput aplica-se, inclusive, aos provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada sediados no exterior, desde que ofereçam serviço ao público brasileiro ou que pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

No parágrafo único do artigo 3º, o Projeto de Lei exclui as empresas jornalísticas dessa Lei, nos termos do art. 222 da Constituição Federal, garantindo a elas o exercício da livre imprensa. Além disso, as vedações não implicam restrição à manifestação artística, intelectual ou de conteúdo satírico, religioso, político, ficcional ou literário, ou a qualquer outra forma de manifestação cultural, nos termos dos arts. 5º, inciso IX, e 220 da Constituição Federal, nos quais se delineiam como direitos fundamentais a liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); a liberdade de expressão artística; a liberdade de ensino e pesquisa; a liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); e a liberdade de expressão religiosa.

No artigo 3º, o Projeto de Lei enumera os princípios que a regem, e não menciona se há uma hierarquia entre eles, porém percebe-se a relevância social atribuída à liberdade de expressão, que aparece como primeiro item no rol:

Art. 3º Esta Lei será pautada pelos seguintes princípios:

I – liberdade de expressão e de imprensa;

II – garantia dos direitos de personalidade, da dignidade, da honra e da privacidade do indivíduo;

III – respeito ao usuário em sua livre formação de preferências políticas e de uma visão de mundo pessoal;

IV – responsabilidade compartilhada pela preservação de uma esfera pública livre, plural, diversa e democrática;

V – garantia da confiabilidade e da integridade dos sistemas informacionais;

VI – promoção do acesso ao conhecimento na condução dos assuntos de interesse público;

VII – acesso amplo e universal aos meios de comunicação e à informação;

VIII – proteção dos consumidores; e

IX – transparência nas regras para veiculação de anúncios e conteúdos pagos

Os dois primeiros princípios destacados dizem respeito a direitos individuais. O inciso terceiro reafirma o primeiro, a liberdade de expressão, e soa um tanto redundante. Já a responsabilidade pelo que é comunicado nas redes sociais vem descrita apenas no inciso quarto. Na sequência, no inciso quinto, fala-se sobre a confiabilidade dos dados, e, quase ao final da listagem presente no artigo, apresenta-se a proteção do consumidor como um princípio relevante a ser protegido pela Lei.

Apesar de o PL não informar uma hierarquia entre os incisos elencados, existe a disposição de uma hierarquia informal em que a liberdade de expressão aparece antes da responsabilidade. Cabe aqui o questionamento acerca da aplicabilidade desse princípio. Deve-se ressaltar que a liberdade de expressão nos termos das redes sociais nem sempre reflete a vontade da maioria

no sentido numérico do termo (maior parte da população), mas funciona como um instrumento da maioria econômica (visto que se paga pela projeção das notícias), que pode gerar impacto negativo na vida das pessoas socialmente vulneráveis. Logo, nesse caso, observa-se dois direitos fundamentais em conflito: de um lado, a liberdade; de outro, a segurança de grupos vulneráveis afetados por discurso de ódio. Dito em outros termos, restam em conflito a liberdade de expressão e a segurança social.

Em relação à liberdade de expressão, sabe-se que ela não é irrestrita, assim como nenhuma liberdade individual é irrestrita, visto existir, inclusive, pena de restrição de liberdade como punição legal para criminosos. Nesse sentido, o artigo quinto da Constituição Federal dispõe que “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”, e o art. 220 veda “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Por conseguinte, o PL 2630/2020, em seu artigo 1º, afirma que vem garantir a ampla liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, por meio de um mecanismo de “boas práticas” no combate ao “comportamento inautêntico”, assim:

Art. 1º Esta Lei, denominada Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, estabelece normas, diretrizes e mecanismos de transparência para provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada a fim de garantir segurança e ampla liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento. (BRASIL, 2020, p. 01).

Dessa forma, ao contrário de coibir a liberdade, o que a lei prevê é a regulamentação das contas anônimas – algo que a própria Constituição já proíbe, porém sem regulamentação e punições específicas –, a partir da previsão de que as plataformas de mídias sociais criem suas instituições de autorregulação. No entanto, sem uma lei que realmente crie sanções (principalmente econômicas), é ingênuo pensar que as próprias empresas que lucram com a desinformação, que é uma fonte de engajamento, por gerar reações emotivas fortes, com notícias chocantes e difíceis de serem ignoradas, vão estabelecer mecanismos eficazes para o enfrentamento ao problema. O mito da autorregulação advém de outro mito, comum ao liberalismo: o da mão invisível do mercado. Sabe-se que, sem regulação, o mercado tende ao monopólio e à concorrência desleal. Esse mecanismo é o mesmo utilizado por perfis falsos, que são automatizados e se valem do algoritmo e do patrocínio pago para chegar de forma mais fácil ao alvo: a população votante. Assim, “a mídia ocupa espaço fundamental no âmbito da política, pois representa o principal elo entre a esfera política e a sociedade civil, exercendo o papel de mediadora de interesses heterogêneos” (FONSECA, 2000, p. 146).

Diferente das normas, as quais se aplica o sistema de “tudo ou nada” para solucionar um conflito (eliminando a aplicação de uma norma para a aplicação da outra), os direitos fundamentais, quando em conflito, devem ser analisados caso a caso. Assim, “deve o operador-intérprete proceder à *ponderação* entre os valores subjacentes aos princípios em colisão para descobrir qual o mais adequado *para o caso*” (CADEMARTORI, 2006, p. 30, grifos do autor).

Dessa forma, há uma falsa conclusão de que liberdade e regulação são opostos inconciliáveis. Esse mito advém da visão de mundo “tudo ou nada”, dicotômica e excludente, que é normalmente aplicada quando se tem duas leis em conflito. Nesse caso, apenas uma lei pode ser válida, o que faz da outra, automaticamente, inválida. É um tipo de conflito em que um lado é o vencedor invicto, e o outro é o aniquilado.

1.4 Colisão de Princípios Fundamentais e a Regra da Proporcionalidade

Antes de passar à análise crítica de julgados que vêm sendo aplicados de forma majoritária pelos tribunais brasileiros, cumpre fazer uma breve introdução acerca das questões relacionadas às *Fake News*, à liberdade de expressão, ao direito de informação e da preservação do Estado Democrático de Direito, que suscitam o questionamento sobre a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais em jogo.

Como sabido, os direitos fundamentais não podem ser analisados como absolutos e inflexíveis. Desta feita, por possuírem escopo aberto, sem amplitude previamente definida, deve-se compreender como se soluciona juridicamente uma colisão entre eles, justamente, para evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros.

Conforme Steinmetz, o conflito estará posto sempre que a Constituição defender paralelamente dois valores ou bens em contradição concreta:

[...] os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões *in concreto*. (STEINMETZ, 2001, p. 63).

Nesse contexto, afirma-se que, para a solução da colisão entre normas constitucionais, além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige-se, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade (STEINMETZ, 2001, p. 69).

A regra da proporcionalidade, conforme concebida por Robert Alexy, apresenta estrutura composta por três sub-regras: a idoneidade ou adequação; a necessidade; e a proporcionalidade, em sentido estrito, ou ponderação. Essas sub-regras possuem uma relação de subsidiariedade e de complementaridade entre si, relacionando-se em uma ordem pré-definida, de modo que, se determinada medida falha no teste da idoneidade ou adequação, essa não pode ser considerada como uma medida proporcional, não sendo sequer objeto de verificação das demais (e sucessivas) regras parciais (SILVA, 2002, p. 35). O teste de adequação, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, consiste na conclusão de que uma medida apenas será considerada idônea quando contribuir ou fomentar, de alguma forma, a realização do objetivo pretendido (SILVA, 2002, p. 37). Desse modo, uma medida será proporcional apenas se os meios escolhidos atingirem os objetivos perquiridos.

O exame da regra da necessidade consiste na comparação da existência de uma medida que obtenha o mesmo grau de idoneidade para a realização do fim pretendido, mas que intervenha com menor intensidade no direito fundamental ou no bem jurídico constitucionalmente tutelado colidente (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 245).

A terceira regra parcial da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido restrito, que diz respeito à correta relação entre os benefícios sociais da realização da medida e os benefícios sociais da permissão da limitação de um direito constitucional (SCHLINK, 2012, p. 744). Isto é, é necessário investigar se o ato pretendido supera a restrição a outros valores constitucionalizados.

Coelho (2007, p. 109) esclarece que o princípio da proporcionalidade, em essência, substancia uma pauta de natureza axiológica, que emana diretamente das ideias de justiça, equi-

dade, bom senso, prudência, moderação, proibição de excesso, condicionando a atividade legislativa e servindo de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

A proporcionalidade, nesses termos, representa uma ferramenta que confere, por meio de um procedimento rigorosamente técnico, maior racionalidade ao processo decisório. Isso porque, dentro de um Estado Democrático de Direito, a decisão judicial “não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada” (STRECK, 2017, p. 116).

De acordo com os estudos de Silva (2002, p. 31), o Supremo Tribunal Federal parece aplicar um raciocínio simplista e mecânico em relação à proporcionalidade, aproximando e confundindo esse postulado com o princípio da razoabilidade. De acordo com os estudos do autor, apesar de salientar a importância da proporcionalidade “para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”, o Supremo Tribunal Federal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. Ao analisar um caso específico, Silva afirma que “não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados” (SILVA, 2002, p. 31).

Ele prossegue, afirmando que “nem sempre o recurso à regra da proporcionalidade é justificado nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Muitas vezes é a fundamentação simplesmente pressuposta, como se se tratasse da utilização de um princípio constitucional de larga tradição no direito brasileiro” (SILVA, 2002, p. 32).

Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes:

[...] não há como discordar de Virgílio Afonso da Silva, quando este critica a falta de precisão e rigor técnico-metodológico, seja por parte dos Tribunais brasileiros, notadamente o STF, que parece ter encontrado na “proporcionalidade” o remédio taumaturgo (milagroso) para todos os problemas constitucionais, ou por parte dos juristas pátrios – seja por descuido epistemológico (equivocado que se corrige com estudo), seja por perversidade ideológica (mal a ser combatido) – que abraçam tal tese de maneira acrítica e irrefletida, sem pesar (ou por que não dizer, como querem, “sopesar”) as consequências para a construção do paradigma de um direito afeito a um Estado Democrático (SILVA, 2002 *apud* FERNANDES, 2017, p. 229-230).

Desta feita, analisadas as críticas contundentes da doutrina de Virgílio Afonso da Silva quanto à aplicação da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, e considerando as consequências advindas da divulgação de manifestações pautadas na desinformação para a manutenção da própria ordem democrática, este estudo deve prosseguir no sentido de analisar o tratamento dado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário ao tema da liberdade de expressão.

Para fins de demonstração dos riscos advindos da ponderação, o *habeas corpus* 82.424/RS representa um grande paradigma, em que pese a importância de todas as decisões que contenham referência simultânea tanto à liberdade de expressão quanto à regra da proporcionalidade. A medida foi impetrada por Siegfried Ellwanger contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que o condenou pela prática de racismo. Ellwanger, como sócio da Editora

Revisão, havia publicado diversas obras de conteúdo considerado antissemita, de sua autoria e de outros escritores nacionais e estrangeiros. Ele fora acusado, com base no art. 20 da Lei n.º 7.716/89 (que aborda os crimes de preconceito de raça ou cor), de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, etnia, cor, religião, ou procedência nacional, com a redação alterada pela Lei n.º 8.081/90, que inclui religião, etnia ou procedência nacional no conceito de racismo (PINHO, 2023, p. 07).

Oferecida a denúncia, Ellwanger foi absolvido na primeira instância. No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou-o, asseverando a imprescritibilidade do crime, em decorrência do art. 5º, XLII, da CF/88. Contra essa decisão, Ellwanger impetrou um *habeas corpus*, primeiro no STJ, denegado, e depois no STF, sob a alegação de que, como os judeus não seriam, propriamente, uma raça, ele teria sido condenado por discriminação de cunho não racial, e seu crime não seria abrangido pela norma excepcional de imprescritibilidade, que a CF/88 só reservaria à “prática de racismo” (PINHO, 2023, p. 08).

O caso sinaliza, portanto, a colisão entre dois direitos fundamentais, o da liberdade de expressão e o da dignidade do povo judeu. Assim, ministros do STF recorreram ao procedimento da ponderação para justificar seus respectivos votos. E, embora o *habeas corpus* tenha sido denegado por maioria de votos, três julgadores chegaram a conclusões divergentes, utilizando o mesmo mecanismo de ponderação.

Com efeito, o Ministro Marco Aurélio concluiu que, considerado o princípio da proporcionalidade, a condenação proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não foi o meio mais adequado, necessário e razoável para desestimular a discriminação e preservar a dignidade do povo judeu (BRASIL, 2003, p. 897-901).

De modo destoante, pautado no conceito de preferência, pelo princípio que impõe menos sacrifício aos demais princípios constitucionais, o Ministro Ayres Britto concedeu a ordem de ofício para reconhecer a atipicidade da conduta do escritor (BRASIL, 2003, p. 790-791). Já o Ministro Celso de Mello invocou o “[...] método – que é apropriado e racional – da ponderação de bens e valores” (BRASIL, 2003, p. 632) para sustentar seu voto denegatório.

Diante disso, evidencia-se os riscos da utilização da ponderação para a resolução de conflitos que envolvem o direito à liberdade de expressão, especialmente, no atual cenário em que se predomina a propagação de informações falsas e fraudulentas através de contas virtuais falsas e massivo impulsionamento de mensagens via promoção paga. Ademais, a ponderação pode induzir pronunciamentos que vislumbram a propagação da desinformação como uma faceta da liberdade de expressão.

Conforme alertado por Tassinari e Neto (2013, p. 31), os direitos fundamentais não podem se resumir à subjetividade dos julgadores, “[...] sob o risco de esvaziar o núcleo do Estado democrático de direito”, concedendo aos juízes e desembargadores alto poder decisório diante de direitos fundamentais em risco.

Por conseguinte, torna-se imprescindível repensar numa solução alternativa para o oferecimento de respostas adequadas aos conflitos que envolvem a liberdade de expressão.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição de 1988, considerada a mais democrática da história do Brasil, tornou-se um símbolo da redemocratização do país, por instituir princípios basilares e asseverar, no âmbito do seu Preâmbulo, que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, depois de ter chegado ao fim de mais um governo ditatorial e antidemocrático. Apesar dessa conquista, a propagação de informações falsas pode colocar em risco os avanços experimentados pela Era democrática. Ademais, não há como construir perspectivas emancipatórias se os cidadãos são manipulados pela desinformação.

A partir das premissas levantadas ao longo deste estudo, foi possível concluir que nem sempre a ponderação dos tribunais oferece razoável resposta para a colisão de princípios, razão pela qual torna-se imprescindível pensar uma alternativa que ultrapasse a discricionariedade judicial, especialmente, em relação aos conflitos que envolvem o direito à liberdade de expressão.

A solução seria a criação de uma lei própria que, ao ser debatida pelos parlamentares e pela população como um todo, poderia oferecer uma solução mais democrática do que um mero julgamento praticado por uma mesa de Ministros, a exemplo do PL 2630. Nesse contexto, além do excesso de poder dos Ministros, deve-se também ter cuidado com o excesso de poder econômico e tecnológico das *Big Techs*, que, diante da possível aprovação desse PL, fizeram *Lobby* e propagandas contra a proposta, sob a alegação de censura.

As *Big Techs* resistem à aprovação desse Projeto de Lei e divulgaram notas, afirmando que o tema precisava de mais debate, embora o projeto esteja em discussão há três anos no Congresso e tenha sido tema de audiências públicas. Dessa forma, percebe-se que, atualmente, a tirania legislativa está no *laissez-fair*, ou seja, na inércia legislativa frente a ofensa clara a direitos fundamentais sociais. Como exemplos da omissão seletiva do legislador, além da falta de regulamentação das *Big Techs*, temos a falta da taxação de embarcações, aeronaves e grandes fortunas. Em contrapartida, quando há a tentativa de o Estado subsidiar a taxação dos carros populares, cria-se uma barreira para esse tipo de alívio ao excesso de encargos em relação ao consumo da população mais pobre.

Assim, diante da colisão de conflitos entre dois importantes direitos fundamentais (liberdade de expressão e direitos fundamentais sociais), percebe-se que o excesso de poder de decisão na mão de um juiz ou de um grupo de Ministros pode representar um perigo ao direito fundamental em foco. Portanto, a solução mais condizente é a discussão mobilizada por meio de audiências públicas, uma forma mais democrática e inclusiva, procedimento observado em relação ao Projeto de Lei 2630.

Conclui-se que há urgência na aprovação do PL aqui debatido, pois, diante da inércia legislativa, as *Big Techs* ganham; enquanto a democracia e o povo brasileiro perdem, permanecendo à mercê das *fake news* divulgadas por perfis automatizados.

Por conseguinte, torna-se imprescindível não apenas debatermos os riscos da ponderação para o tratamento da liberdade de expressão, sob a ótica judicial, mas, de igual forma e com a mesma intensidade, discutir mecanismos mais efetivos de combate ao discurso de ódio, a partir da premissa de que existe uma zona cinzenta entre a defesa da livre manifestação e a legitimação de discursos que ultrapassam as fronteiras da tolerância.

REFERÊNCIAS

ALDÉ, Alessandra. **A construção da política:** democracia, cidadania e meios de comunicação de massa. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

ANDRADE, Léo Rosa de. **Liberdade privada e ideologia.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 85.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado.** 44 ed. São Paulo: Globo, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 maio 2023.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade:** uma abordagem garantista. 2 ed. Campinas: Millenium, 2006.

CHAIA, Vera; CHAIA, Miguel (orgs.). **Mídia e política.** São Paulo: Educ, 2000.

CHAUÍ, Marilena de Souza. In: LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária.** Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** 3. ed. rev. e aum. São Paulo, 2007.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-Verdade:** a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news. Barueri: Faro Editorial, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. Rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KAKUTANI, Michiko. **A Morte da Verdade:** Notas sobre a mentira na era Trump. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. A atualidade do caso Ellwanger para os julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal em matéria de liberdade de expressão. **Rev. Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, Ahead of Print, Vol. XX, N. X, 2023, p.1-28.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim.** São Paulo: Todavia, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality (1). In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SCHIER, Paulo Roberto. **Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**. In: CLEVERSON, Merlin (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. V. 1. P. 45-60

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRUCK, Jean-Philip Struck. Entenda o PL das Fake News, inspirado em lei alemã.

Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/ultimas-noticias/deutschewelle/2023/04/29/entenda-o-pl-das-fake-news-inspirado-em-lei-alema.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 19.07.2023.

TASSINARI, Clarissa; MENEZES NETO, Elias Jacob de. Liberdade de Expressão e Hate Speeches: As Influências da Jurisprudência dos Valores e as Consequências da Ponderação de Princípios no Julgamento do Caso Ellwanger. In: **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 9, n. 2, p. 07-37, 2013. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/461>. Acesso em: 16 jul. 2023.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



Data de recebimento: 08/10/2023

Data de aceite: 31/10/2023

TERMOS DE SERVIÇO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM CONFLITO ILUSÓRIO

*TERMS OF SERVICE AND FREEDOM OF SPEECH:
AN ILLUSORY CONFLICT*

Victor Augusto Lima de Paula¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Termos de serviço e regras comunitárias; 2. Liberdade de expressão e controle nas redes sociais; 3. O caso Trump e *Twitter*; 4. Considerações finais.

1 - Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) - Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduação em Gestão Pública (*lato sensu*) pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Procurador do Estado do Paraná. Desenvolve pesquisas nos temas relacionados a leis fundamentais, democracia, acesso à internet e direito e tecnologia. Editor e redator do *site* Legal Index. E-mail: victoraugustolp@gmail.com



RESUMO: O presente ensaio se debruça sobre a complexa relação entre a liberdade de expressão e a aplicação de mecanismos de controle previstos nos termos de serviços e nas regras comunitárias de redes sociais como Twitter (hoje X) e o Facebook, que hoje representam relevantes âmbitos de discussão político-social. Por meio de casos concretos, especialmente o emblemático embate desenvolvido entre Donald J. Trump e a rede social Twitter no curso de 2020 e 2021, analisamos se a aplicação desse conjunto normativo pode ser considerada como uma forma de cerceamento à liberdade de expressão e que parâmetros e contornos jurídicos legitimam a aplicação desse controle, tendo em vista o acirramento.

PALAVRAS-CHAVE: Redes sociais. Liberdade de expressão. Controle social.

***ABSTRACT:** This essay focuses on the complex relation involving freedom of speech and the application of control mechanisms portrayed in terms of services and community rules of social networks like Twitter (renamed recently to X) and Facebook, that nowadays represent important spaces of political and social discussion. Through the analysis of real cases, especially the emblematic conflict involving Donald J. Trump and Twitter during the years 2020 and 2021, we investigate if the enforcement of these norms can be considered somehow a form of restraint of freedom of speech and which juridical parameters and guidelines legitimize this form of enforcement.*

KEYWORDS: Social networks. Freedom of speech. Social control.

INTRODUÇÃO

No âmbito digital, há uma definição jocosa que revela bem como os internautas veem os termos de serviço de redes sociais, aplicativos, fóruns e outras utilidades no meio virtual: “aquele texto enorme que ninguém lê”.

Essa despreocupada e descompromissada abordagem revela muito sobre nossos comportamentos no mundo virtual e sobre o distanciamento que muitos ainda mantêm entre a “vida real” e o meio digital. Mostra, por exemplo, que os usuários de serviços digitais não veem tais serviços como, de fato, serviços derivados de relações contratuais civis. Revela, também, que o internauta não cogita que, ao aderir aos termos de uso de determinado serviço, está contratando uma prestação e se obrigando a observar as respectivas diretrizes de utilização.

Essa dissociação entre a abordagem que temos perante algo no meio digital e algo semelhante no meio real traz desafios às ciências jurídicas e sociais, na medida em que o “ciberespaço” se torna cada vez mais presente no cotidiano das pessoas, apresentando-se, por vezes, como o palco principal para o exercício de inúmeras facetas da atividade humana: o trabalho, o entretenimento, os relacionamentos, o exercício de capacidades cidadãos etc.

Contudo, apesar da crescente presença do recurso digital na experiência humana, o comportamento projetado virtualmente não amadureceu no mesmo ritmo, carecendo do mesmo nível de seriedade e responsabilidade que se espera em interações “reais”. De fato, ainda hoje é comum, devido ao relativo anonimato propiciado pela Rede, que se repute o ciberespaço como uma terra de ninguém, um espaço sem lei e sem consequências ou obrigações concretas.

É nesse contexto que se vislumbra um dos dilemas mais atuais e controversos do ciberespaço: o aparente conflito entre a liberdade de expressão e as regras de comportamento previstas em termos de serviço de redes sociais, tendo em vista que tais serviços tornaram-se extremamente populares, sendo utilizados por bilhões de pessoas. Com efeito, segundo o *New York Times*², o *Facebook* hoje já conta com mais de dois bilhões de usuários ativos, montante que põe em perspectiva e antecipa a complexidade da moderação do conteúdo disponibilizado a todos esses usuários, evitando a propagação de desinformação e discurso de ódio.

Essa temática alcançou ampla notoriedade em 2021 com a suspensão por tempo indefinido da conta de Donald J. Trump, ex-Presidente dos Estados Unidos da América, da plataforma social *Twitter* (hoje “X”), por propagação de desinformação e incitação à violência, em janeiro de 2021, após uma série de medidas restritivas aplicadas pela plataforma no curso de 2020.

O simbólico ato da rede social veio acompanhado de respostas polarizadas, não sendo incomum que até mesmo vozes moderadas do meio público questionassem a medida, sugerindo uma possível violação ao direito constitucional de liberdade de expressão ou uma desproporção entre ilícito e sanção.

Nesse contexto, o presente artigo visa a se debruçar sobre os contornos da liberdade de expressão dentro das redes sociais, observando o contrato firmado pelos usuários e o consenti-

2 - Reportagem disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/11/24/technology/facebook-election-misinformation.html>>. Acesso em: 3 out. 2023.

mento em se submeter a regras comunitárias que visam ao respeito, à saúde e à idoneidade das relações ali desenvolvidas.

Dessa forma, por meio de uma pesquisa qualitativa e de cunho exploratório, objetiva-se compreender as nuances do aparente conflito entre liberdade de expressão e controle nas redes sociais.

A metodologia da pesquisa, ademais, se foca tanto em uma abordagem bibliográfica e documental, dado o crescente enfoque doutrinário nacional e internacional do tema e dos eventos investigados, como em uma abordagem analítica dos respectivos eventos e fatos registrados.

1. TERMOS DE SERVIÇO E REGRAS COMUNITÁRIAS

Os “termos de serviço” são um conjunto de normas que regulam as condições e regras de uso de um determinado serviço. Em se tratando de serviços prestados em meio digital, como as redes sociais, tais termos explicitam os direitos e deveres do usuário, as regras de comportamento comunitário, a idade mínima exigida para criação de contas, a política de privacidade e *marketing* e a responsabilidade do usuário pelo conteúdo publicado. A concordância expressa com tais disposições é condição prévia ao registro e utilização dessas redes.

Em poucas palavras, os termos de uso integram parte de um contrato que é mantido entre usuário e prestador, por mais que aquele não tenha efetivamente lido tais termos. Esses, invariavelmente, ainda lhe vinculam simplesmente como decorrência do registro voluntário e do uso deliberado do serviço, tal como um indivíduo é vinculado por qualquer contrato com objeto lícito que tenha assinado sem ler.

Com efeito, Garrido (2016) relembra que contratos eletrônicos nada mais são do que contratos atípicos, guiados pela liberdade de contratação e pelo princípio da autonomia da vontade. A autora também relembra a necessidade de as partes acautelarem-se sobre a fixação das normas contratuais, que são válidas desde que não contrariem princípios gerais do Direito, os costumes e as normas de ordem pública (GARRIDO, 2016).

Outros autores também reconhecem a natureza contratual e vinculante desses ajustes, explicitando, também, sua natureza adesiva, do ponto de vista do direito brasileiro:

Muitas vezes, esses contratos são apresentados em pequenas caixas de textos com uma imensa barra de rolagem e com um simples checkbox marcado com um “Aceito os termos do site”, o que, em tese, significaria a aprovação das regras impostas pelo proprietário do domínio de internet.

Regras definidas por uma das partes, configuram no direito brasileiro como um contrato de adesão, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor. (Lima, 2016, ponto 13, recurso digital).

Em uma esclarecedora pesquisa, Maronick (2014) estuda essa falta de cautela com a leitura de termos de serviço. O pesquisador relata que, na condução de enquetes com usuários, 85% dos participantes confirmam ter selecionado uma opção na tela que supria a necessidade de leitura integral dos termos de serviço dos *softwares* utilizados. Segundo os dados coletados, 61% dos usuários relataram dedicar no máximo um minuto para a leitura desse conteúdo.

Adentrando nos motivos do desinteresse na leitura integral, o pesquisador percebeu que o tamanho do texto, o jargão utilizado e a percepção de que os termos são genéricos são motivos que desincentivam a leitura atenta desses. Em suas conclusões, Maronick (2014) confirma a hipótese de que os usuários de *softwares*, em geral, não leem os termos de serviço que lhe são apresentados.

Esse comportamento parece se assemelhar ou se intensificar quando estamos falando de redes sociais, que podem ser acessadas diretamente de um navegador, sem a necessidade de se instalar um *software* próprio.

Uma primeira percepção que se pode assentar, sem muita dificuldade, é esta: os usuários de serviços digitais, como redes sociais, estão sujeitos aos respectivos termos de serviço e às regras comunitárias lícitas.

Com efeito, tais termos, sendo contratos vigentes dentro de um ordenamento jurídico, devem atender aos preceitos legais que delimitam as interações lícitas entre pessoas. Assim, por exemplo, uma rede social com atuação no Brasil não poderia estipular cláusulas contrárias aos arts. 166 e seguintes, do Código Civil, sob pena de serem anuladas.

Sendo lícitas as diretrizes e regras de comportamento estipuladas para determinado ambiente social, o seu desrespeito corresponde a um ato ilícito e antissocial por parte do usuário. Essa conclusão permanece inalterada quando se vislumbram essas situações em meio digital. Reforça esse parâmetro Lima (2016), que aponta para a necessidade de respeito das normas de cada “microespaço” da Rede, desde que essas não afrontem outras normas, como o Marco Civil da Internet e a Constituição.

Tomemos como exemplo o indivíduo que compra o ingresso para adentrar o cinema, aperfeiçoando um contrato de prestação de serviços. Ele tem direito de acessar as dependências de uma empresa, e essa tem o dever de exibir o conteúdo estipulado mediante a contraprestação pecuniária. Pela convenção e pelo costume, o contratante tem como dever a adoção de um comportamento social compatível com o objeto contratual. Se ele decidir utilizar a sala de cinema para outras finalidades incompatíveis ao regular aperfeiçoamento do contrato, estará sujeito à reprimenda pela sua postura antissocial, que quebra o contrato, podendo ser removido da sessão ou admoestado.

No meio digital, os contornos jurídicos aplicáveis à relação são mantidos. O usuário concorda em não se portar de determinada maneira. Essa concordância é expressa, contratual e vinculante. Se decidir desobedecer a tal dever, passa a ficar sujeito às proporcionais sanções aplicáveis. Trata-se, basicamente, da mais simples forma de incidência de uma estrutura normativa: norma, inobservância da norma, sanção.

De uma forma geral, em relação ao papel e força normativa dos termos de serviço e regras comunitárias entre atores privados, pode-se concluir pela sua plena aplicabilidade, contanto que: 1) sejam lícitas e razoáveis as regras e termos; 2) seja livre a manifestação de adesão do usuário. Adimplidas essas duas condições, estaremos diante de um válido negócio jurídico que regula uma relação entre um usuário e um prestador de um serviço.

Com base nessa perspectiva, podemos adentrar no estudo das repercussões e da respon-



sabilidade pelas manifestações dos usuários nas redes sociais, em exercício regular ou irregular da sua liberdade de expressão.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CONTROLE NAS REDES SOCIAIS

Apesar de a liberdade de expressão comumente estar associada às vedações constitucionais impostas ao Estado (vedação da censura e da exigência de licença prévia), há autores que lembram que essa liberdade também tem reflexos horizontais, entre atores privados: “A proibição à censura e à licença é genérica. Aplica-se ao Estado, aos poderes sociais, às entidades privadas e aos meios de comunicação de massa” (BULOS, 2014, p. 580).

Com amparo nesse entendimento, pode-se afirmar que a liberdade de expressão também tem reflexos na relação mantida entre um usuário e uma rede social, mas, assim como no espaço real, a liberdade vem acompanhada da respectiva responsabilidade decorrente de seu exercício, exercício esse que ocorre invariavelmente dentro de um panorama normativo mais amplo. Nesse cenário, o exercício do direito não é um ato isolado, mas sim um ato com repercussão na teia de normas envolvidas.

Com efeito, o conteúdo material desse direito fundamental é explicitado pela doutrina, que aponta também que a liberdade de expressão não é uma figura jurídica isolada e absoluta, mas sim uma garantia que existe em concomitância com outros direitos fundamentais e valores constitucionais:

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não - até porque “diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista”. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 264)

Em poucas palavras, a liberdade de expressão garante a possibilidade de emitir uma expressão independentemente de censura ou licença prévia, sem prejuízo da responsabilidade que pode advir do efeito causado pelo conteúdo do que foi manifestado.

Mendes e Branco reiteram esse ponto, mostrando que tal liberdade não isenta o autor da expressão de responsabilidade e de consequências:

Convém compreender que censura, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal. A proibição de censura não obsta, porém, a que o indivíduo assuma as consequências, não só cíveis, como igualmente penais, do que expressou. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 265)

Essa assentada visão doutrinária, já robusta no âmbito das interações físicas cotidianas, é transposta sem prejuízo para o âmbito virtual, revelando que, apesar de ser vedada a censura prévia da expressão, até mesmo em uma rede social, o usuário que expressou conteúdo ilícito ou criminoso, segundo as leis postas ou as normas pactuadas, está sujeito às reprimendas legais e convencionais.

Nesse sentido, é de se frisar que a veiculação da mensagem foi garantida, respeitando-se a liberdade de expressão. Contudo, a danosidade da expressão pode justificar sua exclusão, evitando a lesão de bens jurídicos e a responsabilização civil e criminal do emitente.

Uma comparação é fácil de observar: se uma pessoa erige um *outdoor* na rua com intuito de caluniar um desafeto, estará sujeito à retirada forçada da mensagem e à responsabilização penal pela realização de conduta tipificada no Código Penal. No âmbito digital, o mesmo ocorre, mas com potencial lesivo ainda maior, tendo em vista o alcance das mídias sociais contemporâneas.

O apenamento do usuário que, inequivocamente, desrespeita os termos de serviço e as regras comunitárias, portanto, é mera aplicação de um conjunto normativo sobre o qual paira a concordância do próprio usuário sancionado. Percebe-se, assim, que o suposto conflito entre o regramento comunitário e a liberdade de expressão do usuário é ilusório.

Objetivamente, inexistente violação à liberdade de expressão, visto que o usuário, ao escolher usar uma determinada rede social privada para se expressar, voluntariamente, se sujeitou às respectivas condições, mesmo que tenha sido negligente com a leitura atenta das regras de uso. Contudo, como é sabido: a ignorância da norma não é escusa para desobedecê-la, apesar de ser um motivo hábil à amenização da sanção na primeira infração, algo que não beneficia o violador contumaz.

Assim, percebe-se que a efetiva aplicação de termos de serviço e de regras comunitárias em redes sociais, gerando a advertência, suspensão e banimento de usuários antissociais, são formas de controle social prévia e explicitamente acordadas. É um controle que visa a reforçar um conjunto de valores que buscam comunidades digitais sadias, tal como um regimento interno de um condomínio.

Esse controle, assim como os que existem no nosso dia a dia longe de uma tela, é necessário para alcançar um exercício harmonioso da liberdade de expressão em um contexto comunitário, reduzindo as situações nas quais o abuso desse direito venha a constranger outras garantias fundamentais e até a própria democracia. Nesse sentido:

Na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão nas suas mais diversas dimensões, por um lado, e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, por outro, mas também o de operar como instrumento para a afirmação, do ponto de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de tolerância e reconhecimento. Sem isso, o próprio Estado Democrático de Direito, necessariamente livre, plural e igualitário, estará em risco. (SARLET, 2019, p. 1209-1210).

A necessidade de um determinado nível de controle é bem demonstrada em um estudo de Venkatraman, Garg e Kumar (2015), que apontam que, na chamada *Web 2.0* (termo utilizado pelos pesquisadores para definir modelos de *sites* e redes sociais cada vez mais interativos e dependentes do conteúdo produzido pelos próprios usuários), quão maior é a proporção de conteúdo gerado pelos usuários, também maior é a presença de desinformação.

No referido estudo, investigou-se como a informação falsa de que “vacinas causariam autismo” se fazia presente em plataformas mais ou menos interativas, sendo o *YouTube* a mais

aberta, e o PubMed, a mais fechada. Na conclusão da investigação, observou-se que o conteúdo presente na plataforma mais aberta e acessível era 74,3% enganoso, enquanto na PubMed, como plataforma relacionada às ciências médicas, apenas 17% do conteúdo apresentava-se como desinformativo (Venkatraman et al, 2015).

Isso revela que a liberdade ampla de postagem sem consequências e sem qualquer controle no atual estágio da internet favorece a proliferação de um conteúdo antissocial e potencialmente danoso a uma diversidade de bens jurídicos em variados níveis.

Para os citados autores, essa tendência de vozes alarmistas dominarem os campos digitais pode ser modulada por um “controle editorial” (Venkatraman et al, 2015), algo que, na prática, é o que estamos começando a ver desde 2020 em algumas plataformas, como *Twitter*, *Facebook* e *YouTube*, que começam a aplicar seus termos de serviço e suas regras comunitárias.

Para Sarlet (2019), por exemplo, a inclusão digital e a difusão de uma cultura do respeito e da tolerância seriam formas mais duradouras de solução dos problemas relacionados à desinformação e ao discurso de ódio na Rede, mas a concretização dessa perspectiva ainda parece longínqua, o que denota que esforços advindos de atores privados (como os mantenedores das próprias redes sociais, associações civis e grupos de usuários) e públicos (por meio de legislatura, fiscalização e investigação) ainda são imprescindíveis.

Nesse sentido, uma recente pesquisa publicada no *American Journal of Public Health* aponta como forma possível de intervenção a mobilização de usuários influentes para impulsio-narem as informações corretas sobre determinados temas (YOUNG et al, 2021). Esses atores privados, membros dessas mesmas comunidades, seriam os campeões (“*champions*”), uma espécie de patrocinadores do conteúdo verídico sobre temas que, como vimos, tendem a sofrer com a desinformação e o discurso de ódio, hoje automatizado e organizado.

O estudo também observa como o sectarismo e a viralização podem ser utilizados no combate à desinformação e ao discurso de ódio, sendo uma forma de usar as próprias ferramentas utilizadas na veiculação de mensagens antissociais para fins legítimos (YOUNG et al, 2021). Aprofundando ainda mais na raiz do problema, Young et al (2021) também sugerem medidas mais estruturais, como a mudança na dinâmica de funcionamento das redes (como a exclusão de robôs maliciosos) ou o redesenho dessas redes para que a desinformação possa ser identificada e barrada com mais agilidade. Nesse contexto, percebe-se que um controle social se torna necessário, dada a tendência de dominância de posturas ilícitas nas redes sociais, em determinados temas.

Por outro lado, o histórico do controle social operado pelos próprios serviços é motivo ensejador de insegurança jurídica e social, visto que, por muitos anos, as principais redes sociais mantiveram posturas negligentes ou erráticas perante a execução de seus próprios termos de serviço. Em outras palavras, assentou-se um clima de impunidade que foi confundido por muitos como uma autorização para descumprir os termos de serviço, como se esses não existissem ou fossem letra morta, da mesma forma como se assenta uma sensação de anomia em sociedades que não combatem certos crimes ou o fazem de forma deliberadamente ineficiente.

Essas circunstâncias, contudo, não revogam a norma, assim como a impunidade do crime não abole o tipo penal. Não se aplicam, ademais, institutos como a *supressio* (supressão de prerrogativa/direito pela sua falta de uso) e a *surrectio* (estabelecimento de prerrogativa/direito não pactuada pelo seu exercício continuado e não questionado), tendo em vista que a prerrogativa buscada pelo usuário nesse caso (descumprimento de regra de conduta) é, por natureza, contrária à boa-fé objetiva que é exigida nas relações civis.

Dessa forma, o usuário que se depara com a sanção por uma manifestação que não fora objeto de reprimenda antes, se vê ilusoriamente injustiçado e censurado, passando a invocar uma violação à liberdade de expressão.

Contudo, como vimos, essa retumbante invocação a um direito fundamental é desacompanhada da análise do ato próprio em relação àquilo com o que se concordou anteriormente. Na mesma medida, o usuário confunde o exercício da sua liberdade de expressão com a responsabilidade civil oriunda do seu ato jurídico, como se fosse irresponsável por aquilo que é expressado sob o pálio da liberdade de expressão. Percebemos, portanto, que o usuário está, em verdade, agindo contra ato próprio, violando a boa-fé objetiva e incidindo em um ilícito, que, por vezes, pode se revestir até mesmo de índole penal.

Com base nessas perspectivas, podemos nos aprofundar no caso mais marcante de sanção de um usuário pelas redes sociais: a suspensão de Donald J. Trump no *Twitter* em 2021.

3. O CASO TRUMP E TWITTER

Como mencionado no curso do trabalho, um dos eventos mais marcantes no processo de saneamento das redes sociais e cumprimento dos termos de serviço, por meio de efetivas ações de controle, foi a suspensão da conta de Donald J. Trump do *Twitter* (@realDonaldTrump) em 2021, fato que foi amplamente noticiado em meios de comunicação nacionais e internacionais. Atualmente, frise-se, sob nova gestão da rede social, o referido perfil já foi restabelecido, mas seu aspecto histórico pode ser estudado.

O caso é analisado pela própria plataforma em uma página dedicada a relatar o evento (*Twitter*, 2021). Nela, explica-se que, no contexto da recente invasão violenta ao Capitólio em 6 de janeiro, a plataforma entendeu que as mensagens de Trump aos seus seguidores, logo após o ocorrido, amoldavam-se à hipótese de glorificação de violência prevista nos termos de serviço e nas regras comunitárias da rede social.

O *Twitter*, assim, relatou que as mensagens de Trump, notadamente aquelas em que ele exalta e chancela a pauta dos invasores e reafirma que não estaria presente na posse de Joe Biden, presidente eleito, teriam grande potencial de inspirar e encorajar novos atos violentos e criminosos (*Twitter*, 2021).

No relatório, a plataforma aponta como riscos concretos desses temores o fato de que, poucos dias antes da posse do presidente eleito, planos para a realização de protestos armados já proliferavam dentro e fora do *Twitter*. A rede social conclui o relatório nos seguintes termos:

Dessa forma, nossa determinação é que os dois Tweets acima podem inspirar outras pessoas a replicarem os atos violentos que ocorreram em 6 de janeiro de 2021, e que existem múltiplos sinais de que esses tweets estão sendo compreendidos como um encorajamento para fazê-lo. (TWITTER, 2020, tradução livre).

A suspensão de Trump quando ainda estava ocupando a presidência norte-americana traz uma simbologia que vai além da mera aplicação concreta dos termos de serviço de uma rede social. Ela revela que as normas vinculam todos os usuários de uma rede social, não se excepcionando nem mesmo a autoridade máxima daquele país. No mais, o alcance e a influência do usuário perante seus seguidores é um ponto a ser levado em consideração quando se analisa os riscos derivados das respectivas manifestações.

Com base nas perspectivas estudadas nos tópicos anteriores, torna-se possível averiguar se o controle exercido nesse caso é legítimo. De fato, vimos que, do ponto de vista da criação de ambientes sociais lícitos e saudáveis, reais ou virtuais, um certo grau de controle é imprescindível, sem que isso implique violação às liberdades do indivíduo, mas sim a mera aplicação do princípio da responsabilidade e da defesa de outros bens jurídicos.

Esse controle, também, não pode se confundir com uma censura ou licença, devendo idealmente atuar de forma célere o suficiente para evitar o agravamento de prejuízos a bens e valores protegidos. Nesse tocante, Brashier e outros (2021) apontam que o momento em que se aborda um conteúdo desinformativo, por exemplo, pode levar a diferentes resultados na percepção entre veracidade e mentira entre usuários que são expostos à retificação do conteúdo mentiroso. Com efeito, diversos graus de adesão psicológica foram detectados a partir da análise do momento em que o usuário foi exposto à informação retificada: antes, em seguida ou tempos depois da leitura do conteúdo enganoso. Por fim, esse controle, em primeiro momento, deve ter correspondência direta com a violação objetiva de regras de conduta com as quais concordou o usuário infrator.

É valiosa, portanto, uma breve investigação dos pilares principais que sustentam as regras comunitárias do *Twitter*. De início, observe-se que a plataforma adota hoje uma abordagem bastante simplificada no que diz respeito a suas regras comunitárias. Com efeito, diferente dos longos e tradicionais termos de serviço de outrora, redes sociais, como o *Twitter*, cada vez mais reduzem seus termos a pontos de fácil e rápida compreensão, buscando educar de forma célere o usuário e incentivar a efetiva leitura das regras com a quais ele concorda ao se registrar no serviço. É o que se vê na página própria de regras da rede, que aponta cinco tópicos dentro dos quais se explicitam regras claras sobre o comportamento que se espera alcançar naquele meio: segurança, privacidade, autenticidade, aplicação e apelações e publicidade de terceiros em conteúdo de vídeo (Twitter, 2021b).

Dentro do tópico “segurança”, por exemplo, a rede social indica quais conteúdos são vedados:

Violência: não é permitido fazer ameaças de violência contra um indivíduo ou um grupo de pessoas. Também proibimos a glorificação da violência. Saiba mais sobre nossas políticas contra ameaças violentas e glorificação da violência.

Terrorismo/extremismo violento: não é permitido ameaçar nem promover terrorismo ou extremismo violento. Saiba mais.

Exploração sexual de menores: o Twitter tem uma política de tolerância zero em relação à exploração sexual de menores. Saiba mais.

Abuso/assédio: não é permitido se envolver no assédio direcionado a alguém nem incitar outras pessoas a fazer isso, inclusive desejar que alguém sofra lesões. Saiba mais.

Conduta de propagação de ódio: também não é permitido promover violência, ameaçar ou assediar outras pessoas com base em raça, etnia, nacionalidade, casta, orientação sexual, gênero, identidade de gênero, religião, idade, deficiência ou doença grave. Saiba mais.

Suicídio ou automutilação: não é permitido promover nem incentivar o suicídio ou a automutilação. Saiba mais.

Mídia sensível, incluindo violência explícita e conteúdo adulto: não é permitido publicar mídias que contêm conteúdo excessivamente sangrento nem compartilhar conteúdo violento ou adulto em vídeos ao vivo ou fotos de capa ou de perfil. Mídias que representam violência sexual e/ou agressão também não são permitidas. Saiba mais.

Produtos ou serviços ilegais ou regulamentados: não é permitido usar nosso serviço para nenhuma finalidade ilegal ou como auxílio a atividades ilegais. Isso inclui venda, compra ou facilitação de transações em produtos ou serviços ilegais, bem como determinados tipos de produtos ou serviços regulamentados. Saiba mais. (TWITTER, 2021b, on-line).

Tais regras estão em consonância com os princípios e com as normas que regem a maior parte dos ordenamentos jurídicos democráticos e, também, se mostram razoáveis, considerando que a finalidade da rede social, conforme descrito por ela mesma:

A finalidade do Twitter é proporcionar o diálogo público. Violência, assédio e outros tipos de comportamentos semelhantes impedem que as pessoas se expressem e diminuem o valor do diálogo público global. Nossas regras foram criadas para garantir que todas as pessoas possam participar do diálogo público com liberdade e segurança. (TWITTER, 2021b, on-line).

Essas regras de conduta inseridas no eixo da segurança buscam, em suma, afastar atos que são ilícitos independentemente do meio em que são propagados: a prática de violência, a incitação ou glorificação da violência, a promoção do terrorismo, a exploração sexual de menores, o assédio, a propagação do ódio e o auxílio ou prática de atos ilegais. A exceção se dá em relação à “mídia sensível” como conteúdo explícito, que, mesmo que não seja ilícito, tende a ter sua propagação ampla desestimulada como forma de evitar sua apresentação a faixas etárias não maduras, tendo em vista tratar-se de um ambiente público.

Sob o pilar “autenticidade”, a plataforma elenca regras que visam à proteção da verdade, da idoneidade de processos cívicos e de direitos autorais:

Spam e manipulação da plataforma: não é permitido usar os serviços do Twitter com o intuito de amplificar ou suprimir informações artificialmente ou se envolver em comportamento que manipule ou prejudique a experiência das pessoas no Twitter. Saiba mais.

Integridade cívica: você não pode usar os serviços do Twitter para manipular ou inter-

ferir em eleições ou outros atos cívicos. Isso inclui publicar ou compartilhar conteúdo que suprima a participação ou induza as pessoas ao erro sobre quando, onde ou como participar de um ato cívico. Saiba mais.

Falsa identidade: não é permitido assumir a identidade de indivíduos, grupos ou organizações com a intenção de iludir, confundir ou enganar. Saiba mais.

Mídias sintéticas e manipuladas: não é permitido compartilhar de maneira enganosa mídias sintéticas ou manipuladas que provavelmente causarão danos. Além disso, podemos marcar Tweets que contêm mídias sintéticas e manipuladas para ajudar as pessoas a entender a autenticidade delas e fornecer mais contexto. Saiba mais.

Direitos autorais e marca registrada: não é permitido violar os direitos de propriedade intelectual de outras pessoas, incluindo direitos autorais e de marca registrada. Saiba mais sobre a política de marcas registradas e a política de direitos autorais. (TWITTER, 2021b, on-line).

Sob esse eixo, elenca-se vedações de condutas que tendem à manipulação e preterimento do público de forma geral. Essas condutas, mesmo que não sejam intrínseca e necessariamente ilícitas, são indesejadas por serem antissociais e antidemocráticas, contrastando com a finalidade da plataforma. As regras trazidas pelo *Twitter*, assim, não se revelam como desarrazoadas, razão pela qual são válidas e exigíveis perante os usuários que aderem à plataforma, concordando com seus termos de serviço e regras comunitárias.

Com base nessas diretrizes, o *Twitter* denomina de “medidas corretivas” as ações de controle que podem ser tomadas. Essas medidas envolvem desde a restrição à visibilidade da mensagem até a suspensão permanente da conta, conforme se vislumbra no sítio da plataforma (TWITTER, 2021c). Existe uma gradação que invoca uma análise sobre a proporcionalidade da sanção. Outrossim, por força da política de responsabilidade de figuras públicas, a plataforma tende a não excluir mensagens de líderes políticos, mesmo que essas violem seus termos de uso, apenas restringe o seu alcance.

Nesse cenário, o caso de Donald Trump é valioso, pois mostra esse escalonamento em ação. Em maio de 2020, a primeira medida foi aplicada ao ex-presidente, quando ele falou sobre fraude eleitoral por meio da votação postal. O *Twitter*, na ocasião, considerando o papel público do usuário, sinalizou as mensagens como de conteúdo impreciso³. No mesmo mês, o então líder de Estado teve postagens restringidas por enaltecimento à violência, quando tratou da resposta que esperava perante protestos antirracistas que ocorriam nos EUA⁴. As mensagens não eram facilmente acessíveis e não podiam ser compartilhadas.

Nos meses seguintes, as postagens de Donald Trump que questionavam a lisura do processo eleitoral e desincentivavam a participação legal dos cidadãos no processo eleitoral por meio da via postal passaram a ser sinalizadas como potencialmente enganosas⁵. O acúmulo de sanções

3 - Reportagem do O Globo publicada em 26 de maio de 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/pela-primeira-vez-twitter-sinaliza-postagem-de-donald-trump-como-informacao-incorreta-24447277>>. Acesso em: 4 set. 2023.

4 - Reportagem do G1 publicada em 29 de maio de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/05/29/twitter-marca-mensagem-de-trump-sobre-protestos-de-minneapolis-por-enaltecer-a-violencia.ghtml>>. Acesso em: 4 set. 2023.

5 - Reportagem do UOL publicada em 17 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/reuters/2020/09/17/twitter-coloca-aviso-em-publicacao-de-trump-sobre-votacao-pelo-correio.htm>>. Acesso em: 4 set. 2023.

findou com a suspensão definitiva da conta de Trump, após suas mensagens de apoio aos atos violentos ocorridos no dia 6 de janeiro de 2021 (TWITTER, 2021).

Diante desse panorama, muito questiona-se se a suspensão de Trump teria sido razoável e proporcional. Sob escrutínio objetivo, nos parece que a resposta é positiva, eis que a contumácia do infrator e a concretização cada vez mais intensa dos efeitos indesejados de suas manifestações apontam objetivamente para a improbabilidade de ressocialização e reeducação do infrator por meio de sanções mais amenas.

Na mesma esteira, as alegações de censura e cerceamento da liberdade de expressão não se sustentam, na medida em que, como vimos, o ex-presidente norte-americano, independentemente de seu cargo, era um usuário submetido a um conjunto normativo contratual com o qual concordou ao se registrar.

Como relatado, tal suspensão hoje já foi levantada por decisão unilateral da nova gerência da rede social⁶, situação que põe em perspectiva a fragilidade do controle e da real efetividade (ou do interesse em promover alguma efetividade) das regras comunitárias da rede social, com aplicação sujeita às determinações unilaterais de seu presidente. Trata-se de uma situação que reforça a necessidade de estudo e a exigência de controle social dessas plataformas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este curto ensaio teve como objetivo analisar algumas perspectivas de estudo da relação entre liberdade de expressão e a aplicação dos termos de serviço e das regras comunitárias de redes sociais, sem a pretensão de esgotar esse novel, polarizador e instigante tema.

O trabalho inicialmente consolida uma visão segundo a qual os serviços prestados por redes sociais são prestações de índole contratual e que, no bojo dessa contratação, as empresas mantenedoras dessas redes sociais, tal como quaisquer empresas que prestam serviços, podem determinar termos e regras de utilização (regras comunitárias), contanto que tais regras não contrariem normas ou valores dos ordenamentos jurídicos em que se inserem.

Nessa mesma toada, concluímos que, à semelhança da “vida real”, a negligência do usuário perante a leitura das cláusulas com as quais concordou para usar esses serviços digitais não é motivo hábil para o escusar de seguir esses parâmetros comportamentais, vinculando-o e sujeitando-o a mecanismos razoáveis e proporcionais de sanção (controle). Podemos concluir, ademais, que esse controle é imprescindível, dada a tendência de manifestações ilícitas (como o discurso de ódio e a desinformação) sobreporem manifestações lícitas sobre determinados assuntos em ambientes virtuais formados majoritariamente por conteúdo dos usuários. A forma e o tempo de realização desse controle também é um tema que permite mais profundas incursões científicas.

Por fim, por meio da análise do caso Donald Trump *versus* Twitter, pudemos abordar o tema central do ensaio e alcançar a conclusão de que a aplicação de formas legítimas, proporcionais e razoáveis de controle social pelas redes sociais, oriunda do desrespeito a termos de serviço e regras comunitárias previamente estabelecidas, não consistem em cerceamento da liberdade de expressão.

6 - Reportagem da BBC publicada em 20 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-63692369>>. Acesso em: 3 set. 2023.

Outrossim, o restabelecimento da conta de Donald Trump por decisão do novo presidente da rede social também revela graus arbitrários de discricionariedade da real aplicação desses termos de serviço, renovando a perspectiva de muitos de que esse tipo de contrato não tem eficácia jurídica.

Nota-se, portanto, que a liberdade de expressão tende a florescer e se expandir dentro de um espaço público onde manifestações de índole manipulativa ou desinformativa são combatidas, pois isso impede um processo de envenenamento e cooptação dos demais membros de uma comunidade virtual, permitindo uma maior liberdade e autenticidade das expressões emitidas. Da mesma forma, a falta de responsabilização pelos atos antissociais praticados e a aplicação puramente potestativa e discricionária das regras comunitárias enfraquecem a liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASHIER, Nadia M. Timing matters when correcting fake news. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, v. 118, n. 5, fev. 2021. Disponível em: <<https://www.pnas.org/content/118/5/e2020043118.short>>. Acesso em: 4 set. 2023.

GARRIDO, Patrícia Peck. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Glaydson de Farias. **Manual de direito digital: fundamentos, legislação e jurisprudência**. Curitiba: Appris, 2016.

MARONICK, Thomas J. Do Consumers Read Terms of Service Agreements When Installing Software? A Two-Study Empirical Analysis. **International Journal of Business and Social Research**, v. 4, n. 6, 2014. Disponível em: <<https://thejournalofbusiness.org/index.php/site/article/view/535>>. Acesso em: 2 set. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, 2019, p. 1207-1233.

TWITTER. **Permanent suspension of @realDonaldTrump**. 2021. Disponível em: https://blog.twitter.com/en_us/topics/company/2020/suspension.html. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. **As Regras do Twitter**. 2021b Disponível em: <<https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/twitter-rules>>. Acesso em: 4 set. 2023.

_____. **Abordagem de elaboração de políticas e filosofia de medidas corretivas do Twitter**. 2021c. Disponível em: <<https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/enforcement-philosophy>>. Acesso em: 4 set. 2023.

VENKATRAMANA, Anand; GARG, Neetika B.; KUMAR, Nilay. Greater freedom of speech on Web 2.0 correlates with dominance of views linking vaccines to autism. **Vaccine**, v. 33, n. 12, mar. 2015, p. 1422-1425.

YOUNG, Lindsay et al. Disrupting the COVID-19 Misinfodemic With Network Interventions: Network Solutions for Network Problems. **American Journal of Public Health**, 21 jan. 2021. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33476229/>>. Acesso em: 4 set. 2023.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License





Data de recebimento: 15/11/2023

Data de aceite: 15/12/2023

.....

POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADAS EM EVIDÊNCIAS: A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADA EM EVIDÊNCIAS

.....

EVIDENCE-BASED PUBLIC POLICY: THE ROLE OF PUBLIC ADVOCACY IN THE FORMULATION OF EVIDENCE-BASED PUBLIC POLICY

Marcos Vinícius Martins Cavalcante¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Definição de política pública, 1.1. Fases de formação das políticas públicas; 2. A formulação das políticas públicas baseada em evidências; 3. A atuação da advocacia pública na formulação de políticas públicas baseada em evidências; 4. Conclusão; Referências.

1 - Advogado da União. Especialista em Advocacia Pública pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União. Participou da comissão de seleção de artigos jurídicos para a "Edição Comemorativa ao Sesquicentenário do Santos Dumont", publicada pela Escola Superior da Advocacia-Geral da União. E-mail: marcosvmcavalcante@gmail.com.



RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a atuação e o potencial da advocacia pública na formulação eficiente de políticas públicas, especialmente, as baseadas em evidências, as quais têm o condão de contribuir para a concretização de direitos fundamentais. Para tanto, o estudo será descritivo, de abordagem qualitativa, com foco voltado à análise de bibliografias, leis e de documentos (artigos, informativos e pareceres). Inicialmente, serão analisadas a definição, as fases de formação e a importância das políticas públicas. Depois, será explorada a formulação de políticas públicas baseada em evidências, para, por fim, analisar a atuação da advocacia pública nesse processo complexo. Como conclusão, observa-se que a eficiência de uma determinada política pública pode estar atrelada à utilização de evidências em sua formação.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas. Evidências. Atuação da advocacia pública. Segurança jurídica e humana.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the role of public advocacy in the formulation of evidence-based public policy. The research will focus on the potential that public advocacy has to increase the efficiency of public policies, especially when based on evidence, contributing to the realization of fundamental rights. For this purpose, the study will be descriptive, with a qualitative approach, and focused on the analysis of bibliographies and documents (informative, laws, and opinions). Initially, the definition, phases of formation, and importance of public policies will be analyzed. Then, the formulation of evidence-based public policy will be explored, in order to finally analyze the role of public advocacy in this complex process. It is observed that the efficiency of a particular public policy may be linked to the use of evidence in its formation.*

KEYWORDS: *Public policies. Evidence. Public advocacy. Legal and human security.*

INTRODUÇÃO

A formulação eficaz de políticas públicas é um desafio enorme para os governos democraticamente eleitos. Não poderia ser diferente, uma vez que o objetivo principal de um governo é prover a população de direitos fundamentais.

Apesar de não ser um tema muito explorado no Brasil, a utilização de evidências no processo de formulação dessas políticas vem colaborando com a efetividade da ação estatal provedora de direitos fundamentais. Isso foi perceptível, sobretudo, durante a crise sanitária gerada pela pandemia de covid-19.

As evidências podem proporcionar segurança técnica e jurídica para a tomada de decisão dos gestores responsáveis pela implementação de políticas públicas. Outrossim, elas podem ser utilizadas como ferramentas de avaliação do impacto socioeconômico da política pública implementada, contribuindo para a melhoria de processos futuros.

Nesse contexto, é importante estudar o papel desempenhado pela advocacia pública na formulação de políticas públicas baseada em evidências. Os advogados públicos buscam garantir a juridicidade das políticas públicas, o que inclui aspectos relacionados à eficiência da ação estatal. Assim, o objetivo principal do trabalho será analisar questões relacionadas à atuação da advocacia pública na formulação de políticas públicas baseada em evidências.

Desse modo, este artigo está organizado em 3 (três) seções. A primeira destina-se à apresentação da definição de política pública, considerando a sua importância para a concretização de direitos fundamentais e as suas fases de formação (ciclo de políticas públicas). O segundo tópico, por sua vez, será destinado ao estudo da formulação de políticas públicas baseada em evidências. Por fim, na terceira seção, analisa-se atuação da advocacia pública na formulação desse tipo de política, especialmente, na busca de garantir segurança jurídica e humana para a solução a ser implementada.

1. DEFINIÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

As políticas públicas são importantes para o desenvolvimento da sociedade, pois promovem equidade social, desenvolvimento econômico do país e, por consequência, qualidade de vida às pessoas. Observa-se que essas ações robustecem a dignidade das pessoas. Por exemplo, as políticas públicas de saúde, educação e assistência social do Brasil buscam garantir que todos tenham acesso a esses direitos, independentemente da condição social da pessoa a ser beneficiária.

O fato é que essas soluções ainda são particularmente importantes para o contexto social brasileiro, uma vez que a nossa pátria ainda enfrenta diversos problemas socioeconômicos, como desigualdade social, pobreza e violência. Portanto, no cenário nacional, são ferramentas que podem ajudar a máquina estatal a enfrentar diversos desafios, contribuindo para construir uma sociedade brasileira mais justa, próspera e solidária.

Demonstrada a importância dessa solução no contexto socioeconômico brasileiro, faz-se importante estudar sua definição. O conceito de política pública é definido como uma atividade complexa, por englobar questões técnicas, políticas, sociais, econômicas, jurídicas etc. Desse modo, considera-se que esse tipo de política tem caráter multidisciplinar. Ademais, sua criação e

implementação envolvem um número elevado de pessoas que vivem em um determinado território e têm a possibilidade de impactá-las de forma positiva ou negativa. Ou seja, elas interferem diretamente na vida das pessoas de um determinado território.

As políticas públicas podem ser definidas por meio de aspectos políticos, sociais ou jurídicos. Sob uma visão política e social, essa solução é definida como uma intervenção estatal que objetiva concretizar diretrizes governamentais voltadas a melhorar algum aspecto da sociedade (SMITH, 2018 *apud* SILVA, 2022, p. 30). Nesse sentido, Leonardo Secchi (2015, p. 2 e 11) descreve que a política pública é uma diretriz formada para enfrentar um problema público ou coletivo, revestida da intencionalidade estatal, que pode ser materializada por meio de instrumentos variados. Para Maria Paula (2002, p. 241), essas intervenções estatais definem os programas (ações) governamentais que objetivam coordenar os instrumentos à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de fins socialmente relevantes e politicamente determinados. Portanto, a visão política e social de uma política pública considera as intervenções intencionais do Estado que objetivam melhorar aspectos sociais.

Sob uma perspectiva jurídica, as políticas públicas são instrumentos legais do Estado destinados à efetivação de direitos fundamentais de índole prestacional (FONTE, 2021, p. 62). De uma forma mais detalhada, esse tipo de intervenção é vista sob o aspecto jurídico como uma ferramenta estatal de concretização (realização) de direitos fundamentais voltados a uma determinada sociedade, sendo delimitada pela ordem jurídica vigente no Estado (BITENCOURT; RECK, 2021, p. 24 e 49). Nessa esteira, para Vlória Pompeu (2015, p. 33 e 34), a política pública é um instrumento eficaz para materializar direitos e garantir dignidade material equitativa às pessoas, devendo ocorrer por meio de um processo de conformação da sociedade e dos atores políticos, com objetivo de contribuir para o fortalecimento da cidadania ativa e da confiança dos cidadãos na democracia.

Juridicamente, a política pública considera os instrumentos legais que são utilizados pelo Estado para a concretização de direitos fundamentais. Dessa forma, essa solução é um instrumento legal de que se vale o Estado para, de forma intencional, melhorar aspectos socioeconômicos da sociedade e efetivar direitos fundamentais. Nessa seara, a formação e a execução dessas políticas demandam uma atuação enérgica da advocacia pública, órgão vocacionado à promoção de segurança jurídica para as políticas públicas estatais.

Dada a definição de política pública, é importante pontuar os ciclos de sua formação, atos que demandam ações estatais complexas e envolvem atores diversos da sociedade.

1.1. FASES DE FORMAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS (CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS)

O processo de formação das políticas públicas é conhecido como ciclo de políticas públicas. Esse ciclo é uma estrutura que permite a visualização e a interpretação das fases sequenciais e interdependentes de formação de uma política pública (SECCHI, 2015, p.43). A análise das fases de formação facilita a compreensão da atuação dos advogados públicos nesse processo complexo, especialmente, no que diz respeito à sua etapa de formulação.

O “Guia de Políticas Públicas”, da Escola Nacional de Administração Pública - Enap

(2014, p. 21), descreve que a formação de uma determinada política pública passa por cinco fases: 1) definição de agenda; 2) formulação da política pública; 3) tomada de decisão; 4) implementação; e 5) avaliação. Por sua vez, Leonardo Secchi (2015, p. 43) defende que essa criação passa por sete fases: 1) identificação do problema; 2) formação da agenda; 3) formulação de alternativas; 4) tomada de decisão; 5) implementação; 6) avaliação; e 7) extinção.

Observa-se que é na fase de formulação das políticas públicas (formulação de alternativas) que os aspectos jurídicos da proposta são mais debatidos, o que demanda uma atuação especial dos órgãos de advocacia pública.

Ademais, para uma melhor compreensão acerca da forma como ocorre o surgimento de uma intervenção dessa ordem, registra-se que os problemas ou desejos sociais identificados pelos agentes estatais (identificação do problema) podem ser capturados pelos agentes políticos de um determinado Estado (definição da agenda).

Definida a agenda da ação, os agentes estatais (técnicos e políticos) passam a formular alternativas para tratar dos problemas identificados. Assim, constroem-se métodos, programas e estratégias para tentar resolver as questões socialmente relevantes que foram inseridas na agenda política (formulação da política pública). Após essa formulação, cabe aos agentes públicos competentes decidir sobre a implementação (ou não) das alternativas estatais desenvolvidas para intervir nas questões sociais inseridas na agenda política (tomada de decisão).

Na fase da implementação da política pública, as alternativas desenvolvidas pelos agentes estatais são colocadas em execução. Nessa etapa, a ação criada toma forma e passa a gerar efeitos para a sociedade. Por fim, passadas essas fases, a política pública deve ser avaliada (monitorada) pelo Estado, ação fundamental para o seu aperfeiçoamento. Por oportuno, consigna-se que muitas evidências científicas são retiradas dessa etapa de avaliação das políticas.

Em resumo, as etapas de implementação envolvem: a identificação de uma questão socialmente relevante pelo Estado que formará a agenda de política pública, com o desenvolvimento de instrumentos legais para tentar solucionar a demanda identificada. Após o desenvolvimento desses instrumentos, o agente público competente deverá decidir se implementa (ou não) a política pública formulada. Caso a decisão sobre a implementação da política pública seja positiva, passa-se ao ciclo de implementação, de fato, seguida posteriormente de uma análise de resultados.

Analisadas essas etapas, é importante elencar os benefícios que as evidências científicas podem proporcionar para a formulação de políticas públicas.

2. A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADA EM EVIDÊNCIAS

A questão referente à formulação de políticas públicas baseada em evidências ainda não é muito explorada no Brasil. Contudo, essa questão vem ganhando força após a terrível crise sanitária gerada pela pandemia de covid-19. Nesse sentido, Mariana Batista (2022, p.31) defende que essa crise, especificamente, fez com que o Estado voltasse sua atenção para a criação das políticas públicas baseadas em evidências. Esse cenário evidenciou o embate entre opinião pessoal e evidência científica.

Atualmente, a política pública de saúde é a que mais se beneficia da utilização de evidências. À época, estudos científicos foram desenvolvidos, por exemplo, para dar embasamento às ações estatais executadas para combater a covid-19, como os utilizados para o desenvolvimento de vacinas. Nesse contexto, Michelle Fernandez (2022, p. 659-660) cita exemplos de algumas das medidas não farmacológicas baseadas em evidências científicas que foram adotadas durante o período da pandemia: manter as mãos limpas, distanciamento social entre os indivíduos e uso adequado de máscaras.

Mas, qual é a importância das evidências na formulação de políticas públicas? De uma forma geral, as evidências nesse processo são importantes por diversos motivos: 1) segurança para a tomada de decisão do gestor responsável pela implementação da política pública; 2) redução do risco de falhas na implementação da política pública; 3) aumento da eficiência dos atos estatais voltados à solução de problemas socialmente relevantes; e 4) melhora na qualidade das decisões do Estado.

Ademais, as evidências podem ser utilizadas como ferramentas de avaliação do impacto socioeconômico da política pública implementada, na medida em que permitem avaliar a eficácia de uma determinada política e, caso necessário, apontar pontos de melhoria. Essa avaliação pode ainda se dar, especialmente, quanto ao seu custo-efetividade, no sentido de verificar o custo e o benefício da política pública implementada e de ponderar se a intervenção atendeu aos anseios da sociedade, por meio de pesquisa de opinião da população atingida pela política pública.

Maurício Mota (2020, p. 30-33) descreve que a evidência é capaz de transformar uma crença (ou opinião pessoal) em algo justificado, fundamentado ou epistemicamente credenciado. Nessa perspectiva, registra-se que as evidências científicas podem ser utilizadas para comprovar ou refutar hipóteses, teorias ou conclusões sobre questões naturais e físicas que podem impactar as políticas públicas.

A falta de consenso sobre o conceito de políticas públicas baseadas em evidências torna, por vezes, o estudo acerca desse tema uma tarefa difícil. Sobretudo, se considerarmos que próprio o conceito individual de evidências é complexo. No entanto, e apesar das dificuldades, observa-se que a influência das evidências no sucesso das políticas públicas vem sendo debatida por seus formuladores. (PINHEIRO, 2020, p.7 e 8).

Na busca de compreender melhor essa questão, as políticas públicas podem ser abordadas a partir de duas perspectivas, a prescritiva (como deve ser feita) ou a descritiva (como é feita). A abordagem de política pública que melhor observa o uso das evidências é a prescritiva, pois direciona como o Estado deve atuar para melhor implementar as ações (CORTÊS; LARA; OLIVEIRA, 2018, p. 436).

Uma questão especial a ser destacada é a de que os agentes formuladores de políticas públicas devem avaliar custos, benefícios e riscos das alternativas hábeis para tratar de determinada questão inserida na agenda estatal de política pública. Como apontado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), a finalidade dessas avaliações é demonstrar potenciais impactos sociais gerados pela política pública a ser implementada, assim como fornecer evidências para os responsáveis pela implementação (BRASIL, 2021, p. 16).

Nessa perspectiva, Mariana Batista (2022, p. 2) salienta que a formulação de políticas baseadas em evidências é uma alternativa a um processo dominado por ideias pré-estabelecidas, sem fundamento científico. Dessa forma, a utilização de evidência pelo Estado na formação de políticas públicas pode distinguir o que funciona do que não funciona, o que facilita o direcionamento de investimentos estatais para intervenções com probabilidade maior de sucesso.

Por sua vez, Dayson Pereira (2017, p. 249) defende o seguinte sobre tema:

De maneira simplificada, entende-se por evidência tudo aquilo que pode ser usado para corroborar, ou não, a veracidade de determinada assertiva; cientificamente, uma evidência é o conjunto de elementos utilizados para suportar a confirmação ou a negação de uma determinada teoria ou hipótese. No contexto das políticas públicas, trata-se de informações que podem ser coletadas, avaliadas e transmitidas aos interessados (stakeholders) sobre a efetividade da intervenção projetada pelos formuladores da política para lidar com um problema social/econômico em determinada localidade e contexto [...] As evidências, portanto, são estratégicas para o sucesso das políticas públicas e para o uso responsável dos recursos do cidadão: prestam-se a mitigar os riscos de inefetividade e de desperdício passivo decorrentes de ideologias, voluntarismos, maniqueísmos e/ou equívocos eventualmente impregnados no desenho das intervenções públicas (PEREIRA, 2017, p. 249 – grifo nosso).

Dayson Pereira (2017, p. 251) observa que muitos são os casos em que o Estado sofre prejuízos de grande monta causados por políticas públicas criadas a partir de visões míopes e de teorias apaixonadas, quando deveriam ter sido formuladas a partir de uma base sólida de evidências. Assim, as evidências – baseadas em informações, dados ou resultados obtidos por meio de investigações, estudos ou pesquisas – são essenciais para embasar intervenções estatais eficazes. Isto é, a política pública eficaz deve encontrar fundamento em evidências, processo que pode tornar o que inicialmente era crença em algo justificado e, sobretudo, tornar as ações do Estado mais assertivas.

É importante destacar, ainda, que a utilização de evidências na formulação dessas intervenções pode contribuir com o aumento da capacidade estatal em garantir a efetividade dos direitos fundamentais (CORTÊS; LARA; OLIVEIRA, 2018, p. 442 e 450). Contudo, a burocracia dirigente brasileira não parece estar ciente dessa importância. Nesse seguimento, Mariana Batista (2022, p.12 e 19) ressalta que a principal fonte de informação que subsidia a tomada de decisão desse grupo dirigente é a experiência prática individual ou de colegas, desse modo, a mobilização de evidências fica em último plano. Para a autora, a solução desse problema demanda:

[...] investir na profissionalização e na capacitação dos quadros dirigentes assim como na estabilidade dos servidores em determinadas áreas para que o acúmulo de conhecimento prático possa ocorrer e para que esse interaja com as informações de estudos e pesquisas e assim as políticas sejam mais informadas por aspectos concretos e sistemáticos que apontem na direção do que de fato funciona (BATISTA, 2022, p.12 e 19 – grifo nosso).

Portanto, formular políticas públicas a partir de evidências é de suma importância para o Estado brasileiro concretizar, de forma mais eficiente e racional, os preceitos voltados à defesa de direitos fundamentais.

Os principais impactos que a utilização de evidências científicas na criação de políticas públicas pode proporcionar para o Estado são: 1) aumento da eficácia das ações estatais, com a

alocação eficiente de recursos públicos no desenvolvimento de instrumentos (soluções) de políticas públicas; 2) transparência, controle e prestação de contas das políticas públicas; 3) desenvolvimento científico contínuo do Estado (estímulo à pesquisa e à inovação tecnológica); 4) fortalecimento da ação estatal voltada à concretização de direitos fundamentais; e 5) maior nível de adaptação do Estado para enfrentar crises e emergências sociais. Além disso, a adoção dessa perspectiva de formulação também pode impactar positivamente a sociedade, promovendo melhorias na qualidade de vida da população e redução das desigualdades sociais.

Analisada a questão da importância da utilização de evidências no processo de formulação das políticas públicas, é válido abordar como ocorre a atuação da advocacia pública nesse processo.

3. A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADA EM EVIDÊNCIAS

A advocacia pública é responsável pela representação judicial e extrajudicial dos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assim como pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, nos termos dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Assim, os advogados públicos desempenham funções essenciais para a manutenção da República Federativa do Brasil.

Diante da necessidade de adequação das intervenções estatais ao sistema jurídico, a advocacia pública deve ser um instrumento estatal essencial para garantir essa regulação, o respeito aos interesses públicos e, conseqüentemente, a eficiência da administração pública, que deve atuar dentro dos limites legais.

Nesse sentido, consigna-se que a atuação da advocacia pública na fase de formulação de uma política pública pode contribuir para diminuir o risco de sua judicialização, uma vez que as atividades consultivas e de assessoramento jurídico devem preservar a juridicidade da ação estatal. Portanto, as atividades de consultoria e de assessoramento jurídico são ações preventivas que orientam juridicamente os agentes públicos formuladores de políticas públicas, o que contribui para afastar eventuais injuridicidades (SILVA FILHO, 1989 *apud* MADUREIRA, 2015, p. 94).

Nessa seara, a atuação do advogado público nas políticas públicas é necessária ao Estado para que ele elabore uma linha de ação estratégica, capaz de contribuir com a redução de demandas judiciais, além de evitar eventuais ilegalidades, inexistências e inconstitucionalidades dos atos administrativos adotados para implementação de uma determinada política (ANAGUCHI; SIMIONI, 2021, p. 40). Resumidamente, pode-se dizer que o advogado público abre as portas do sistema jurídico para a política pública. Dessa forma, os órgãos de consultoria e de assessoramento jurídico devem concentrar sua atuação na análise de eventuais consequências e riscos jurídicos que cada decisão administrativa pode gerar (GUIMARÃES, 2012, p. 13).

Nessa perspectiva, Viviane Alfradique (2018, p. 182) confirma que a CF/88 conferiu aos advogados públicos a atribuição legal de estabelecer o diálogo permanente entre os subsistemas do direito e da democracia representativa. A autora salienta que os advogados públicos têm a função de conformar as políticas públicas desenhadas pelos representantes do povo às molduras do ordenamento jurídico. Em outras palavras, esse profissional deve, ao mesmo

tempo, falar em nome do direito e da vontade política daqueles que foram escolhidos democraticamente para formular e implementar as políticas públicas. Nesse ponto, é importante ressaltar que não cabe a ele apenas se posicionar sobre a legalidade (ou ilegalidade) de uma determinada política pública, mas também demonstrar soluções jurídicas para conformá-la ao ordenamento jurídico.

A Boa Prática Consultiva nº 21 da Advocacia-Geral da União (AGU) descreve que as atividades consultivas e de assessoramento jurídico ocorrem por meio de manifestações voltadas a conferir segurança jurídica à atuação dos gestores. Na falta de parâmetros de legalidade desejados, o órgão consultivo não deve restringir sua apreciação à negativa jurídica do ato, mas deve apresentar alternativas adequadas e fundamentadas aos gestores competentes (BRASIL, 2016, p. 58). Por oportuno, registra-se que a vigente estrutura institucional da AGU demonstra a preocupação do Poder Executivo federal em relação à juridicidade das políticas públicas a serem implementadas no âmbito da União.

Por meio do Decreto nº 11.328, de 2023, o governo federal criou diversos órgãos no âmbito da AGU que objetivam cuidar, direta ou indiretamente, de políticas públicas, como a Procuradoria Nacional da União de Políticas Públicas – que acompanha, em articulação com os órgãos interessados, os riscos referentes à judicialização de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, ao direito econômico e à infraestrutura – e a Consultoria Federal em Políticas Públicas – responsável por estudar e propor ao subprocurador federal de consultoria jurídica medidas com vistas à prevenção e ao encerramento de divergências de entendimento jurídico quanto à implementação de políticas públicas relacionadas a mais de uma autarquia ou fundação pública federal (BRASIL, 2023).

Destaca-se, ainda, que a atuação da advocacia pública na implementação de políticas públicas baseadas em evidências encontra fundamento no artigo 37 da CF/88, especialmente no princípio da eficiência estatal (BRASIL, 1988). Tendo em vista esse dever, compete a ela controlar a juridicidade das políticas públicas formuladas, englobando aspectos relacionados à eficiência e à circunstância que demanda a utilização de evidências na formação das ações estatais.

No controle de juridicidade desse tipo de política, o advogado público arca com a função técnica-jurídica, enquanto que ao gestor público compete decidir qual linha de ação legalmente permitida será implementada para concretizar a política pública (CURY, 2017, p. 46-48).

É importante descrever que o sucesso de uma determinada política demanda o controle de resultados, o qual deve ocorrer por meio de informações autênticas que demonstrem a real efetividade da ação governamental implementada. A coleta desses dados será útil para a formação de novas intervenções, o que reforça a perspectiva de formação de políticas públicas baseada em evidências (ALMEIDA, 2017, p. 270).

Nesse entendimento, ao considerar a utilização de evidências na análise jurídica de uma determinada política pública, a advocacia pública trabalhará no sentido de garantir eficiência e maior segurança jurídica para o ato estatal que, provavelmente, concretizará os direitos fundamentais para a população, o que pode ser denominado de segurança jurídica e humana da política pública (CAVALCANTE, 2022, p. 14).

Os processos de alocação de recursos públicos e de atuação dos agentes estatais devem ser eficientes, pois os recursos financeiros do Estado são escassos. Desse modo, a procura de eficiência no processo de criação e implementação de intervenções estatais deve fazer parte do modelo estratégico dos governos eleitos. Portanto, a eficiência da política pública demanda a utilização de evidências em sua formulação, circunstância que deve nortear a atuação dos advogados públicos, o que contribuirá de forma direta com a segurança jurídica e humana da política pública a ser implementada pelo Estado.

Dessa forma, a advocacia pública deve desempenhar o seu papel fundamental na formação das políticas públicas, garantido que essas sejam juridicamente viáveis, éticas e eficazes, contribuindo com o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou demonstrar a atuação da advocacia pública na formação das políticas públicas baseadas em evidências. A advocacia pública desempenha papel de suma importância nesse processo, pois garante que essas soluções estatais estejam em conformidade com os preceitos legais e, por fim, concretizem direitos fundamentais.

Inicialmente, apresentou-se a definição de políticas públicas, também as fases de sua formação, como instrumentos legais de que o Estado se vale para intencionalmente efetivar direitos fundamentais. Em razão disso, a sua formulação demanda uma atuação enérgica da advocacia pública, órgão vocacionado à promoção de segurança jurídica e humana para essas intervenções estatais.

Em um segundo momento, abordou-se a questão da formulação de políticas públicas baseada em evidências, considerando que sua eficácia deve encontrar fundamento em comprovações. Partir dessa perspectiva pode tornar o que era inicialmente crença em algo justificado e, sobretudo, tornar as políticas públicas do Estado mais assertivas. Ademais, formular essas intervenções baseadas em fatos é de suma importância para o Estado brasileiro concretizar, de forma mais eficiente e racional, preceitos voltados à defesa dos direitos fundamentais. As evidências podem impulsionar a efetividade das políticas públicas, promovendo o progresso da sociedade.

Por fim, analisou-se a atuação da advocacia pública na formulação de políticas públicas baseada em evidências. A advocacia pública é um instrumento estatal essencial para a adequada formulação desse tipo de política, pois é responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico dos gestores encarregados pela formulação e implementação das ações estatais. Nesse contexto, a advocacia pública deve controlar a juridicidade das políticas públicas formuladas, considerando os aspectos relacionados à sua eficiência; processo que, por sua vez, precisa ser pautado em evidências. Isso contribuirá para a segurança jurídica e humana da política pública a ser implementada.

Diante do exposto, conclui-se que a eficiência da política pública (segurança jurídica e humana) demanda a utilização de evidências em sua formulação, circunstância que deve nortear de forma cristalina a atuação dos advogados públicos na análise da juridicidade dessas soluções estatais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dayson Pereira de. Desempenho: eficiência, eficácia e efetividade. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz de (org). **O Controle da administração pública na era digital**. Belo Horizonte: Fórum, p. 239-270, 2017. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1471/1525/2399>. Acesso em: 18 mar. 2023.

ANAGUCHI, Alexandre Moreira de Souza; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Quebrando o mito da advocacia de Estado como mera executora das leis: em busca de uma atuação ativa em relação às políticas públicas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. Lisboa, ano 7, n.2, p. 29-58, 2021. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-7-2021-n-2/214>. Acesso em: 08 mar. 2023.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas**. Curitiba: Íthala, 2021. 201 p.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Portaria Conjunta nº 1, de 2 de dezembro de 2016**. Aprova o Manual de Boas Práticas Consultivas. 4.ed. Boa Prática Consultiva nº 21. Brasília, p. 58, dez. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/conjur/biblioteca-eletronica/manuais/manual-de-boas-praticas-consultivas>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023**. Aprova a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções de confiança da Advocacia-Geral da União e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11328.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Escola Nacional de Administração Pública. **Guia de políticas públicas: gerenciando processos**. Brasília, 2014. 160 p. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2555/1/Guia%20de%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20Gerenciando%20Processos.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Política Pública em 10 passos**. Brasília, 2021. 32 p. Disponível em: file:///C:/Users/Marcos/Desktop/AGU%20-%20P%C3%93S/P%C3%93S%20-%20AGU/LIVROS%20-%20ARTIGOS%20-%20TRABALHO%20FINAL/Politica%20Publica%20em%20Dez%20Passos_web%20-%20tcu.pdf. Acesso em: 13 de abr. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. 298 p.

CAVALCANTE, Marcos Vinícius Martins. **O papel da advocacia pública nas políticas de saúde: análise da atuação da Consultoria Jurídica adjunta ao Comando do Exército na**

implementação de políticas públicas na área de saúde durante o período mais crítico da pandemia de Covid-19 (ano de 2020). Brasília: Escola Superior da Advocacia-Geral da União, mar. 2022. 25 p.

CORTÊS, Pâmela de Rezende; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; OLIVEIRA, André Matos de Almeida. Políticas públicas baseadas em evidências comportamentais: reflexões a partir do Projeto de Lei 488/2017 do Senado. **Revista Brasileira de Políticas Públicas.** Brasília, v. 8, n. 2, p. 429-454, ago. 2018. Disponível em <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5327>. Acesso em: 21 mar. 2023.

CURY, Tiago Gubert. Entre a judicialização e a juridicização da política: o espaço que cabe à advocacia de Estado. **Revista Brasileira de Advocacia Pública.** Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 4, p. 31-55, 2017. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/154/20911/34370>. Acesso em: 15 mar. 2023.

FERNANDEZ, Michelle. Uso de evidências científicas para a tomada de decisão diante da pandemia de Covid-19: Uma aproximação à atuação do Ministério da Saúde. **Políticas públicas e usos de evidências no Brasil: Conceitos, métodos, contextos e práticas.** Brasília: Ipea, ed. 1, p. 653-671, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11388>. Acesso em: 21 mar. 2023.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book* (898 p). Disponível em <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/783825>. Acesso em 09 mar. 2023.

GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. Advocacia de Estado, administração pública e democracia: a função da Consultoria Jurídica na formulação e execução de políticas públicas. **Inovação na gestão pública. Cooperação Brasil-Espanha. Democracia, direito e gestão pública: textos para discussão.** Brasília: IABS, v. 5, p. 9-45, 2012. Disponível em: <http://editora.iabs.org.br/site/index.php/portfolio-items/democracia-direito-vol-5/>. Acesso em: 10 mar. 2023.

MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública. Coleção Fórum Anape.** Belo Horizonte: Fórum, v. 1. 1 ed. 2015. 377 p. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1406>. Acesso em: 15 mar. 2023.

MENDES, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. A advocacia pública na defesa das políticas públicas, da gestão responsável e da segurança jurídica. **Publicações da Escola da AGU. A Advocacia pública nos 30 anos da Constituição Federal.** Brasília, v. 10, n. 4, p. 177-188, out./dez. 2018.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. **Políticas públicas baseadas em evidências: delimitando o problema conceitual.** Rio de Janeiro: Ipea, 2020. 44 p. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9915/1/td_2554.pdf. Acesso em: 18 mar. 2023.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: CENGAGE Learning, 2015. 169 p.

SILVA, Mariana Batista da. **Políticas públicas baseadas em evidências: mapeamento e direções**. Cadernos Enap. Coleção Cátedras 2019. Brasília: Enap, n. 106, 2022. 126 p. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/jspui/handle/1/7201>. Acesso em: 19 mar. 2023.

SILVA, Vlândia Pompeu. **Cidadania e participação política: o processo de conformação de políticas públicas como instrumento de empoderamento**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Brasília, 2015. 126 p. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11998>. Acesso em: 09 mar. 2023.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License





Data de recebimento: 08/11/2023

Data de aceite: 02/12/2023

ÉTICA E PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ETHICS AND PROBITY IN PUBLIC ADMINISTRATION

Fernando Campelo Martelleto¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. A ética como valor-fonte da organização social; 2. A ética como princípio constitucional; 3. O caráter normativo dos códigos de ética; 4. Ética e probidade administrativa; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

1 - Defensor público de classe especial do Estado de Minas Gerais, com atuação na Defensoria Especializada de Segunda Instância Criminal, perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e os Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). Possui especialização *lato sensu* em Direito Empresarial, Direito Penal e Processual Penal, e Administração Pública, e é Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi presidente da Associação das Defensoras e dos Defensores Públicos de Minas Gerais – ADEP-MG – por dois mandatos consecutivos, nos biênios 2019-2021 e 2021-2023. E-mail: fcmartelleto@gmail.com.



RESUMO: O presente artigo pretende fazer uma análise da imprescindibilidade da ética – enquanto elemento estruturante do sistema de normas de conduta dos agentes públicos perante a administração pública – como um dos mecanismos mais efetivos de zelo pela probidade administrativa e na prevenção da corrupção. Para tanto, busca-se situar o seu papel no trato da coisa pública e na prestação do serviço público, a partir dos princípios constitucionais reitores da administração pública, elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, fundada nos ideais de justiça e do bem comum. Nesse contexto, a adoção de códigos de ética pelos entes das três esferas estatais da administração pública direta, indireta e pelos órgãos autônomos do Poder visa a dar concretude aos valores-fonte das boas práticas comportamentais como vetores das normas de conduta estatal, a serem observadas na prestação do serviço e na gestão do patrimônio públicos, para além dos mecanismos legais e dos sistemas de controle interno e externo da administração pública, numa perspectiva de moderna atuação governamental, de forma transparente, participativa e comprometida com a busca da plena satisfação do interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: administração pública. Agentes públicos. Ética. Improbidade administrativa. Interesse público.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the indispensability of ethics as a structuring element of the system of standards of conduct for public agents before the Public Administration, as one of the most effective mechanisms for ensuring administrative probity and preventing corruption. It seeks to situate the role of ethics in dealing with public matters and in the provision of public services based on the governing constitutional principles of Public Administration, listed in article 37, caput, of the 1988 Constitution of the Republic, founded on the ideals of justice and the common good. In this context, the adoption of codes of ethics by entities in the three state spheres of direct and indirect Public Administration and by autonomous bodies of Power, aims to give concreteness to the source values of good behavioral practices as vectors of state conduct standards to be observed in the provision of public services and the management of public assets, in addition to the legal mechanisms and internal and external control systems of the Public Administration, from a perspective of modern governmental action, in a transparent, participatory manner and committed to the search for full satisfaction of interests public.*

KEYWORDS: *Keywords: public administration. Public agentes. Ethic. Administrative dishonesty. Public interest.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a ética como um elemento imprescindível ao sistema de normas de conduta dos agentes e gestores públicos perante a administração pública, fundada nos ideais de justiça e do bem comum, com matriz referencial nos princípios constitucionais, elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988 (CR/1988).

Em conceituação livre, a ética se refere ao conjunto de valores e regras, comum a todos, definido por determinado grupo ou cultura. Em outras palavras, trata-se de um padrão externo de normas que pode ser fornecido por instituições, grupos ou pela cultura, e que não se confunde com a moral. Essa, por sua vez, deriva de uma palavra de origem latina, *moralis*, que significa “costume”, e é pautada por uma aceção individual em que o sujeito crê que algo é certo ou errado, segundo seus valores e crenças individuais. Vale dizer, enquanto a ética é considerada um sistema social ou fator estruturante de um comportamento aceitável socialmente, a moral, apesar de também ser influenciada pela cultura e pela sociedade, reúne os princípios pessoais criados e sustentados pelos próprios indivíduos.

No trato da coisa pública e na prestação do serviço público, sempre marcados pela busca da satisfação das necessidades coletivas e do bem comum, espera-se dos agentes estatais ou daqueles que agem em nome do Estado um comportamento reto, segundo as regras e normas jurídicas dirigidas à administração do que é público, bem como uma conduta virtuosa e de boa-fé, voltada para o bom e para o justo, o que também pode ser entendida como a atuação em consonância com a “finalidade pública”.

O agir em todas as esferas e órgãos da administração pública deve se pautar de acordo com os valores e regras estabelecidos em prol do interesse coletivo, os quais se denominam valores-fonte da ética na atividade administrativa e são fundados a partir de determinados princípios da administração pública, não obstante sejam também de larga aplicação aos demais ramos do Direito Público.

Nesse contexto, ganha força a ideia da instituição de códigos de ética, no âmbito da administração pública direta, indireta e pelos órgãos autônomos do Poder, como instrumento de concretização das normas de conduta estatal. Esse tipo de documento serviria, nos espaços citados, como referência dos valores-fonte e das boas práticas comportamentais que devem guiar a prestação do serviço público e a gestão do patrimônio público, para além dos mecanismos e sistemas de controle interno e externo, numa perspectiva de moderna gestão pública, empreendida de forma transparente, participativa e comprometida com a busca da plena satisfação do interesse público.

O presente artigo visa, assim, demonstrar que a “ética” é um valor social, metafísico e metajurídico, de imprescindível observância pelos agentes públicos e por aqueles que agem em nome do Estado, voltada ao comportamento reto, segundo as regras e normas jurídicas dirigidas à administração pública, e à conduta virtuosa e de boa-fé, em busca do bom e do justo no trato do interesse público, pelo bem da coletividade.

Para empreender essa discussão, este artigo é dividido em dois momentos. No primeiro, localiza-se a ética no campo conceitual, enfatizando os aspectos dos padrões de conduta socialmente esperados em face da administração pública; no segundo, aponta-se a adoção de códigos de

ética, pelas diversas instâncias e órgãos da administração pública, como fontes referenciais dos valores imanentes e dos comportamentos institucionalmente aceitáveis perante a prevalência do interesse público, para além do arcabouço legal e das normativas regulamentadoras da atividade de administração na esfera pública.

Como metodologia de pesquisa, adota-se a perspectiva bibliográfica, a partir da consulta da vasta doutrina sobre a ética e a administração, tanto no campo da Filosofia quanto no campo do Direito, bem como da prospecção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, em que se relaciona a ética aos princípios constitucionais reitores da administração pública, em especial, os da legalidade e da moralidade administrativa.

1. A ÉTICA COMO VALOR-FONTE DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL

Etimologicamente, a palavra ética é classificada como um substantivo feminino, derivado do termo grego *ethike* (personagem), e diz respeito à ciência da moral. É aquilo que pertence ao *ethos* e que traduz o “bom costume”, o “costume superior” ou o “portador de caráter” em um sistema social, na medida em que cabe à sociedade delimitar o que é certo.

Desde a Idade Antiga, segundo Schnaid (2004), a palavra ética tem sido utilizada para designar normas de conduta do homem em sociedade, bem como também para questionar a sua razão de ser, a sua validade e os valores perseguidos. De acordo com o autor, mesmo as sociedades políticas embrionárias, como os clãs, as tribos, os bandos de rua, os moradores de aglomerados e favelas, e, aqui, ousa-se incluir no rol exemplificativo, as populações carcerárias, não dispensam o “regulamento ético”, pois todos têm as suas normas de conduta, de convivência grupal, que, todavia, não se deve confundir com as “normas éticas”. Essas são qualificadas por normas de conduta estatais, que assumem uma dimensão supralegal para as normas jurídicas e morais, designadas como aquelas que se aplicam à conduta humana na sociedade estatal.

Sugere Mário Sérgio Cortella, em *Qual é a tua obra?* (2007), que “ética” é o conjunto de valores e de princípios usado para se responder a três grandes questões da vida: “(1) quero? (2) devo? (3) posso? Nem tudo que eu quero eu posso; nem tudo que eu posso eu devo; e nem tudo que eu devo eu quero”. Para o autor, “você tem paz de espírito quando aquilo que você quer é ao mesmo tempo o que você pode e o que você deve”. Essas formulações remetem à reflexão acerca da natureza humana e da eleição da virtude para a formação de bons hábitos, sobretudo, os hábitos de convivência social, de forma organizada e harmoniosa.

Nesse desiderato, Megale (2008), ao refletir sobre a ética na hermenêutica jurídica e na compreensão virtuosa do Direito, pontua que não se escolhem as paixões, mas sim, as virtudes. Nesse sentido, “adquirem-se as virtudes morais pela prática constante. Age com virtude aquele que supera as investidas dos impulsos da natureza e realiza o dever moral confirmador da autonomia da vontade, ou seja, da liberdade interior”. A autora complementa, citando Kant, que a “virtude é a força das máximas de um ser humano no cumprimento do seu dever. As virtudes correspondem a esse esforço do ser humano, ditado pela razão prática”.

Em outra via, ao analisar a relação da ética com o Direito, Brochado (2008) cita a doutrina do *minimum* ético – referida ao teórico do Estado e jurista alemão Georg Jellinek –, segundo a qual, compete ao Direito conservar a comunidade por intermédio da preservação do mínimo ético,

de que ela precisa para continuar vivendo. Nesse sentido, o cumprimento das normas jurídicas pelos membros do corpo social é o que torna possível a permanência de uma determinada situação histórica da sociedade ou do organismo histórico. O autor declara que, sob o ponto de vista objetivo, o Direito representa as condições de conservação da sociedade, na medida em que essas possam depender da vontade humana. Por consequência, o *minimum* de existência das normas éticas demanda dos indivíduos (subjctivamente, como parte que são do corpo social) o *minimum* de atos morais que a sociedade exige de seus membros, considerados deveres jurídicos.

Daí, poder se afirmar, segundo a teoria do “mínimo ético”, a imprescindibilidade da ética como um elemento social estruturante, que transcende o plano dos direitos subjetivos envolvidos nas relações de que toma parte o Estado e passa a assumir a função aglutinadora dos interesses transindividuais, adensando a noção de bem-estar coletivo, primordial à própria existência do Estado.

2. A ÉTICA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Ao enfatizar a indispensabilidade da aplicação dos princípios constitucionais da administração pública ao cotidiano das relações de que toma parte o Estado, na busca da solução dos problemas concretos decorrentes da rotina administrativa, Inocêncio Mártires Coelho (2010, p. 960) pontua que o sistema constitucional da administração pública brasileira foi estabelecido a partir de um conjunto de princípios, subprincípios e regras considerado necessário à garantia da ordem de suas unidades internas. Essa organização possibilita às entidades e aos órgãos atuar, na maior harmonia possível, para a consecução de seus fins.

Sem desconsiderar a importância que cada um dos princípios expressos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), exerce sobre a atividade administrativa estatal, notadamente o princípio da legalidade, que abarca o postulado da supremacia da lei e o princípio da reserva legal, vinculando toda a atuação da administração ao Direito, merece destaque a diretriz conferida pelo princípio da moralidade administrativa, a partir da premissa de que tal princípio positiva o dever de uma atuação pública pautada pela ética, expressada nos valores fundantes da sociedade brasileira e protegidos constitucionalmente em face do exercício das atividades estatais de caráter administrativo. Sobre o tema da moralidade administrativa, ainda segundo Coelho:

A relevância que o direito positivo presta ao princípio da moralidade decorre da necessidade de por em destaque que, determinados setores da vida social, não basta que o agir seja juridicamente correto; deve, antes, ser também eticamente inatacável. Sendo o direito o *mínimo ético* indispensável à convivência humana, a obediência ao princípio da moralidade, em relação a determinados atos, significa que eles só serão considerados válidos se forem *duplamente* conformes à eticidade, ou seja, se forem adequados não apenas às exigências jurídicas, mas também, às de natureza moral. A essa luz, portanto, o princípio da moralidade *densifica* o conteúdo dos atos jurídicos, e em grau tão elevado que a sua inobservância pode configurar *improbidade administrativa* e acarretar-lhe a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, se a sua conduta configurar, também, a prática de ato tipificado como crime, consoante o dispositivo no § 4.º do art. 37 da Constituição. (Coelho, 2010, p. 968 – grifos meus).

Em enfrentamento à questão da moralidade administrativa como expressão dos valores



éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao deferir medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade – ADI-MC n.º 2.661 – voltada a coibir a sobreposição de interesses privados em detrimento do interesse público, assim se pronunciou:

A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais (ADI-MC 2.661, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23/08/2002).

Pode-se asseverar, então, que o princípio da moralidade administrativa é o fundamento de base constitucional que orienta a elaboração de um conjunto de valores e regras de comportamento dos agentes e órgãos governamentais, de caráter ético-jurídico, a ser observado no exercício da atividade pública, por meio do qual se reconheça, em todos os atos de administração, a prevalência do interesse público e a primordialidade do bem-estar coletivo, a que se pode denominar “ética na administração pública”.

3. O CARÁTER NORMATIVO DOS CÓDIGOS DE ÉTICA

A propósito da reflexão sobre a dimensão ética da atuação estatal, oportuno citar o disposto no art. 5.º do Decreto-Lei n.º 4.657 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, de 04 de setembro de 1942, com a nova redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010 (Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum) – segundo o qual, o juiz da causa deve decidir de acordo com o melhor interesse público, conferindo, assim, densidade normativa ao caráter ético do qual deve se revestir a atividade administrativa em todos os seus aspectos formais e âmbitos de atuação.

O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, organizado por Sidou (2001), define a *ética profissional* como um conjunto de regras morais de conduta que o indivíduo deve observar em sua atividade, no sentido de valorizar a profissão e bem servir aos que dela dependem. Nessa seara, as categorias profissionais regulamentadas elaboram suas normas éticas, às quais se sujeitam os seus integrantes, consideradas como normas de conduta dentro da sociedade estatal. Para os profissionais das carreiras jurídicas, seriam os preceitos codificados que regem, em caráter moral, a conduta no exercício da profissão, em prestígio da classe e do aprimoramento da ordem jurídica.

A edição dos códigos de ética para os integrantes da administração pública, em seus variados níveis e acepções, assim como já o fizeram diversas outras profissões regulamentadas e carreiras de Estado, notadamente as carreiras jurídicas, segue a tendência universal da adoção da “eticidade”¹ como valor-fonte do ordenamento jurídico. Essa perspectiva tem como base as três

1 Expressão citada dentre as diretrizes seguidas na elaboração do anteprojeto do Código Civil (Lei 10.406/2002) pelo Prof. Dr. Miguel Reale, em pronunciamento sobre a “Visão Geral do Novo Código Civil”, na sessão

ondas renovatórias de acesso à justiça preconizadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na célebre obra *Acesso à justiça* (1988).

Esses autores se notabilizaram por dividirem em três ondas os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça. A título de explicação, faz-se um rápido comentário acerca de cada uma delas. A primeira onda diz respeito à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. A segunda onda refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. A terceira onda, por fim, detém a concepção mais ampla de acesso à justiça e apresenta como objetivo instituir técnicas processuais adequadas para melhor preparar os estudantes e os aplicadores do Direito.

Mais recentemente, na primeira década dos anos 2000, surgiu a ideia de uma “quarta onda renovatória”, dos chamados direitos de quarta dimensão, que teve como precursor Paulo Bonavides (2008). O renomado jurista brasileiro se posiciona a favor do reconhecimento da existência de uma quarta dimensão de direitos e argumenta que essa é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, o que corresponde, em sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado social. Nesse sentido, em resposta à globalização dos direitos fundamentais, dentro dessa geração, estão inseridos os direitos à democracia e à informação.

No tocante à proposta de materialização da ética profissional por meio de códigos, o que daria concretude ao valor abstrato da “eticidade”, é oportuna a manifestação do Ministro Ricardo Lewandowski, então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), proferida durante a cerimônia do relançamento do Código de Ética dos servidores daquela Casa, realizada em 09 de setembro de 2016. Na ocasião, o magistrado destacou que, diante dos “novos valores incorporados à convivência humana, como o respeito ao meio ambiente e a evolução tecnológica”, era necessária e conveniente a elaboração um novo código de ética.

O presidente do STF ressaltou ainda que, mesmo diante do conjunto de leis que regulam o comportamento humano, a sociedade precisa de um conjunto de regras de conduta para subsistir, pois o “Direito é apenas o mínimo ético. A ética é muito mais ampla”. Para ele, a ética deve conjugar valores morais e razão, uma vez que esse princípio tem “[...] esse duplo aspecto. Uma moral irracional não tem aplicação na sociedade contemporânea”. Ao concluir sua fala, o magistrado ponderou que “ser servidor público significa antes de tudo servir aos cidadãos e esse código de ética reflete um conjunto de valores que permite que não apenas possamos conviver melhor e com mais qualidade, mas que possamos ser mais eficazes nessa missão importante que é servir aos cidadãos brasileiros”.

Daí a importância, e mesmo necessidade, de se codificar o “pensamento ético” dirigido aos agentes públicos, e aqui também se incluem os agentes políticos, nas diversas esferas do Poder e nos órgãos governamentais em que atuam. Desse modo, seria possível delimitar o querer, o poder e o dever das ações desses agentes, a partir de um referencial de comportamento individual do que é certo e errado; verdadeiro e falso; justo e injusto, em relação aos destinatários da sua obra e à própria sociedade em que se inserem, priorizando, em suas condutas, a observância firme de 29 de novembro de 2001, como membro da Academia Paulista de Letras, e reproduzida por ele no prefácio da publicação *Novo Código Civil Brasileiro*, editada pela Editora Revista dos Tribunais (2002).



e contínua da prevalência do interesse público e da promoção da cidadania e do bem-estar social.

A Constituição da República de 1988 (CR/1988) garante, em seu artigo 5.º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, sendo “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissional, atendidas as qualificações que a lei estabelecer” (inciso XIII). No caso dos agentes públicos, são os estatutos jurídicos de suas carreiras os delimitadores legais dos quais se extraem os deveres e proibições impostas em decorrência do exercício da função pública.

É certo que a grande maioria das categorias profissionais adota códigos de ética com conteúdo disciplinar, *v.g.*, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Resolução n.º 02/2015. Todavia, tais disposições de caráter punitivo exigem que qualquer intervenção, na esfera individual, caracterizada por restrições à liberdade ou ao patrimônio, seja autorizada por lei, em homenagem ao princípio da reserva legal, corolário do princípio da legalidade. Dessa forma, cabe à lei, e tão somente a ela, prescrever ou autorizar a prescrição de condutas, bem como estabelecer sanções pelo seu descumprimento.

Nessa perspectiva, o periódico OAB Informativo, na edição de 1º de junho de 2023, noticiou a aprovação do Projeto de Lei n.º 1.852/2023 pelo Congresso Nacional, enviado para sanção presidencial no dia 14 de junho de 2023, o qual altera a Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil), para incluir no rol das condutas tipificadas no art. 34, o inciso XXX. Segundo o qual, constitui infração disciplinar praticar assédio moral, assédio sexual ou discriminação, dentre as infrações ético-disciplinares, no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); o cometimento de qualquer uma dessas práticas pode ser punido com a sanção disciplinar de suspensão, consoante a nova redação do inciso I do art. 37 do mesmo Estatuto, acarretando ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses.

Oportuno mencionar a pesquisa desenvolvida pelo pesquisador José Leovegildo Oliveira Moraes, com a colaboração de Dalmácio José de Souza Madruga, e publicado pelo Centro Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ, sob o título “A Estrutura Normativa da Ética na Administração Pública Federal Brasileira”. Nesse trabalho, o autor identifica condutas praticadas por servidores públicos que violam valores éticos e configuram infrações, e apresenta as normas existentes na legislação federal brasileira que, de alguma forma, concorrem ou contribuem para que se alcance um padrão de conduta ética desejável na administração pública.

No âmbito interno das instituições públicas, a regulamentação e a fiscalização das normas de caráter ético e disciplinar ficam a cargo do órgão de Corregedoria, ao qual se incumbe, precipuamente, a atividade de apuração das infrações administrativas e, posteriormente, a proposição de medidas de responsabilização aos órgãos de direção superior da respectiva instituição à qual pertence. Em caráter acessório, mas não menos importante, a Corregedoria assume o papel de prevenção e de orientação dos servidores quanto ao cometimento de possíveis ilícitos ou de condutas irregulares, em desacordo com o princípio da legalidade estrita, segundo o qual, ficam os entes da administração pública sujeitos ao que está previsto e disposto em lei; desse modo, eles devem agir, fazer ou não fazer de acordo, exclusivamente, com o que está legislado, diferentemente dos que agem na esfera privada (art. 5º, II, da CR/1988).

Dentre as medidas correcionais preventivas, os mais diversos órgãos da administração pública vêm adotando importantes ferramentas de prevenção de irregularidades e de desvios ético-disciplinares, como campanhas de esclarecimento e de combate a práticas de assédio, em suas diversas modalidades de manifestação (físico, moral, social, intelectual, cultural, racial, sexual, religioso, de gênero etc.), bem como termos de ajustamento de conduta (TACs), cujo principal objetivo é a racionalização do emprego dos recursos públicos como forma alternativa – em determinadas condições de aplicação – ao complexo e oneroso rito do processo administrativo disciplinar (PAD), em que o custo do processo, segundo a experiência hodierna, em sua grande maioria, é desproporcional em relação ao benefício alcançado para a coletividade.

A Controladoria-Geral da União, recentemente, editou a Instrução Normativa nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, para disciplinar a adoção do TAC no âmbito do serviço público federal, dispondo sobre os seus destinatários e suas condições de aplicação, conforme bem destacado no seu artigo primeiro, *verbis*:

Art. 1º Os órgãos do Poder Executivo Federal, pertencentes à Administração Pública direta, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, compreendidas na Administração Pública indireta, ainda que se trate de empresa estatal que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, desde que atendidos os requisitos previstos nesta instrução normativa.

§1º O TAC consiste em procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos.

§ 2º Considera-se infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência ou suspensão de até 30 dias, nos termos do artigo 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno.

§ 3º No caso de servidor público não ocupante de cargo efetivo e de empregado público o TAC somente poderá ser celebrado nas infrações puníveis com a penalidade de advertência.

A adoção desses novos mecanismos de solução de conflitos na esfera da administração pública vai ao encontro das ondas renovatórias de acesso à justiça, conforme propostas por Cappelletti e Garth, notadamente a terceira onda, a qual propõe um novo paradigma ao acesso à justiça, mediante adoção de técnicas processuais efetivas e de meios alternativos de solução de conflitos. Busca-se, nesse caso, não só facilitar o exercício da jurisdição estatal, mas a prática da educação em direitos e o fomento à autocomposição, o que é desejável. Nessa onda, pode-se enquadrar a conciliação, a mediação e a arbitragem. Na visão original dos autores:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além.

[...] o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinado a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. [...] inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. (Cappelletti; Garth, 1988, p. 67-71).

Salutar, portanto, e em boa hora, que a administração pública esteja abandonando a arcaica concepção do dever de atuação positivista (*stricto sensu*) e meramente processualista, para se renovar, de forma disruptiva, caminhando em direção às novas possibilidades de soluções extrajudiciais de conflitos, a partir da adoção da ética como elemento imprescindível ao sistema de normas de conduta dos agentes e gestores públicos perante a administração pública, fundada nos ideais de justiça e do bem comum, consubstanciada nos códigos de ética como valor-fonte da atividade de administração do que é público.

Tudo o mais que diga respeito à vida privada dos agentes públicos e deva ser observado nas esferas de suas relações cotidianas, assim como por qualquer outro cidadão, deve estar positivado na legislação ordinária vigente, mormente nos Códigos Penal, Civil, Tributário etc. Isso posto, não há que se falar na edição de códigos de ética com o mesmo propósito regulatório de condutas já previstas na norma legal.

4. ÉTICA E PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Visando à coerção de condutas lesivas ao interesse público, o ordenamento jurídico pátrio é pródigo na edição de legislação específica voltada para o controle e fiscalização da atividade administrativa, destacando-se como os exemplos mais eloquentes as medidas: o *habeas corpus*; o *habeas data*; o mandado de injunção; o mandado de segurança, individual e coletivo; a ação popular; a ação civil pública. E, ainda, os dispositivos: a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, sobre a improbidade administrativa; a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sobre a licitação e contrato; a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, sobre a concessão e permissão de serviço público; a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, sobre a proteção geral de dados pessoais; e a Lei nº 13.869, de 5 de julho de 2019, sobre os crimes de abuso de autoridade.

O traço comum em todo esse arcabouço normativo é a preservação da harmonia do sistema no qual a administração pública, por meio de seus agentes, interage com a sociedade, conjugando os interesses coletivos e particulares, ainda que sob a perspectiva da supremacia do interesse público, mas sem deixar de observar as garantias do indivíduo em face do poder estatal. Nessa seara, a hermenêutica jurídica se vale da eticidade como princípio metajurídico de colmatação das lacunas legislativas e de qualificação das decisões proferidas no âmbito administrativo, na busca permanente pela ponderação de valores entre as condutas irregulares praticadas pelos agentes públicos (*lato sensu*), no exercício de suas atribuições funcionais, e o resultado lesivo aos bens e interesses públicos, independentemente da existência de dolo ou de culpa como elemento subjetivo na prática da conduta, em tese lesiva.

A propósito, é oportuno ressaltar a recente reformulação pela qual passou a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – Lei nº 8.429, de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, com a redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021 –, que redefiniu o conceito de ato de improbidade administrativa, tornando-o mais restritivo, e introduziu na redação do seu artigo 9º a expressão “mediante a prática de ato doloso”.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. (Brasil, 2021).

Além dessa alteração, nessa redação recente, suprimiu-se a expressão “culposa”, anteriormente presente no artigo 5º: “Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano” e no artigo 10, cuja redação se dá nos seguintes termos: “Art. 10 Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei” (Brasil, 2021).

De acordo com a nova redação da LIA, somente quando comprovado o dolo do agente público, no sentido de lesar o patrimônio ou interesse do ente estatal, será permitido o enquadramento de conduta, em tese, violadora dos princípios da administração pública e, assim, caracterizado o ato de improbidade administrativa.

Diante das graves consequências que a Lei 8.429/1992 (LIA) impõe aos condenados por improbidade administrativa, o legislador federal entendeu – por meio da alteração trazida pela Lei 14.230/2021, de modo expresso, na redação do art. 10, inc. VIII – ser necessária a comprovação da efetiva perda patrimonial do erário; ao passo que, para a tipificação do art. 11 (dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), passa a ser exigível a subsunção da conduta tida por ímproba aos exatos termos dos incisos enumerados de III a XII, e não apenas de forma genérica, como descrita na redação do *caput* do referido artigo, deixando, portanto, de ser meramente exemplificativo para se tornar taxativo.

A mudança legislativa restringiu a tipificação do ato de improbidade à comprovação da presença do dolo direto como elemento subjetivo da conduta, de tal sorte que todos aqueles comportamentos irregulares, do ponto de vista da legalidade estrita, nos quais não seja demonstrada a vontade livre e consciente de agir e de produzir o resultado lesivo ao erário, notadamente nos casos das condutas de natureza culposa (de forma negligente, imprudente ou por imperícia) e das consideradas de menor potencial ofensivo, passaram essas a serem consideradas como fato atípico. Desse modo, se excluiu do alcance da lei de improbidade administrativa todas as condutas meramente irregulares, como assim decidido no processo nº 1001023-09.2014.8.26.0281, julgado pela 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme noticiado em matéria veiculada na página eletrônica do Consultor Jurídico (conjur.com.br), edição do dia 19 de junho de 2023, intitulada “Sem prova de dolo, réus são absolvidos em ação de improbidade administrativa”.

A limitação trazida pela reforma da LIA para a responsabilização do agente público por atos de improbidade administrativa (restrita tão somente aos casos em que seja comprovado que a prática da conduta lesiva ao erário e ao patrimônio público e social se deu de forma dolosa, sendo que o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa) suscita a abertura de uma profunda lacuna jurídica na interpretação normativa de todo o sistema de proteção e tutela da probidade na organização do Estado, no exercício de suas funções e no diálogo das fontes com as demais legislações voltadas para o controle e fiscalização da atividade administrativa ou que guardam pertinência temática com os princípios regentes da administração pública, a fim de dar resposta ao caso concreto a clamar por solução justa.

Entretanto, conforme ensina Megale (2007) – em sua obra *As lacunas da legislação*: inevitabilidade do texto normativo diante do indeterminismo da vida –, segundo a doutrina do espaço vazio, não existe lacunas no ordenamento jurídico, eis que toda a atividade humana está regulada ou não está. Por essa ótica dicotômica, de acordo com as formulações da referida doutrina, “os atos humanos ou são regulados pelo Direito, ou são totalmente livres”. Portanto, não haveria espaço vazio a ser preenchido, mas, sim, a ser limitado pelo ordenamento jurídico, mediante regulação dos atos da vida, juridicamente relevantes, pelas normas jurídicas disciplinadoras de certa porção dos atos humanos e dos fatos sociais. Tudo o mais é livre, é indiferente para o ordenamento jurídico, conforme expressa a autora:

A doutrina do espaço vazio, intensamente repetida nas obras do Direito Penal, é bastante difundida na literatura jurídica que trata da teoria do ordenamento jurídico. Segundo as formulações dessa doutrina, se há ordenamento jurídico, não há de existir lacunas. Isso porque ou o ordenamento regula a atividade humana ou não a regula. Em outras palavras: existem dois olhares do Direito sobre o comportamento do homem; um é de relevância, o outro é de indiferença total. O último é de total desinteresse para o Direito, e não existe nenhuma possibilidade de outro olhar entre os dois descritos. Não há, portanto, lacuna. Os atos humanos ou são regulados pelo Direito, ou são totalmente livres. Jamais ocorre a possibilidade de serem, cumulativamente, regulados e livres. Os atos que são regulados pelas normas jurídicas são os juridicamente relevantes. Aqueles não alcançados pelas normas do Direito são juridicamente irrelevantes. Não há lugar para deficiências no ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico, assim, consiste no conjunto de normas disciplinadoras de certa porção dos atos humanos e fatos sociais. Ele é pleno ou não existe. O âmbito da atividade humana não alcançada pelas normas jurídicas é o espaço vazio, ambiência na qual o homem goza de liberdade jurídica plena. Não há interseção entre o espaço pleno (do ordenamento jurídico) e o espaço vazio (do não ordenamento jurídico). Não há espaço intermediário que possa alojar as chamadas lacunas. O ordenamento jurídico limita-se para dar lugar aos contornos do espaço vazio. Assim, ele não é eivado de lacunas, mas dotado de limite, por si mesmo. (Megale, 2007)

Ocorre que a complexidade das relações humanas faz com que escapem da plenitude do espaço preenchido pelo ordenamento jurídico situações que, muito embora desconsideradas legalmente, produzem influências em diversas outras áreas de interesse comum da vida cotidiana e passam a exigir uma reflexão comportamental e até mesmo existencial para além do regramento impositivo das leis, sem, contudo, abdicar-se do sentimento de pertencimento ao coletivo.

A ética funciona como elo entre esses dois estados de consciência, caracterizados pela relevância jurídica ou pela indiferença total em relação ao comportamento humano, mormente, no que diz respeito ao trato da coisa pública como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social. Como expressão da boa-fé, a ética serve de bússola para orientar as escolhas acerca de como agir diante do interesse maior da coletividade, em conformidade com o brocardo “o que não for bom para a colmeia também não é bom para a abelha”, atribuído ao Barão de Montesquieu.

Mesmo que a reforma da LIA tenha extinto a modalidade culposa da prática de ato de improbidade, restringindo a sua caracterização aos casos em que a conduta lesiva à organização do Estado e aos bens e interesses públicos tenha sido praticada de forma comprovadamente dolosa, não se pode negligenciar o trato da coisa pública, sem qualquer consequência para as condutas

meramente irregulares. A higidez e a harmonia do sistema de organização social decorrem tanto da estruturação do ordenamento jurídico – voltado para a regulação das relações de interesse do Direito, ou do Estado – quanto da observância dos valores metajurídicos, em que a ética exerce o papel fundamental de buscar o equilíbrio do sistema, fazendo da boa-fé objetiva o princípio fundamental do Direito. Nessa perspectiva, as partes possuem o dever de agir com base nos valores éticos e morais da sociedade, decorrendo desse comportamento outros deveres anexos, como a lealdade, a transparência e a colaboração, a serem observados em todas as condutas, no exercício da função pública.

Em resumo, mesmo que determinada conduta funcional não se subsuma à tipicidade legal dos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429 (LIA), ainda assim, aqueles comportamentos dos agentes públicos classificados meramente como “irregularidades”, no exercício das suas funções, devem requerer a atenção do poder público. Cabe a esse prevenir e coibir quaisquer comportamentos dessa natureza, em prestígio à eficiência e à moralidade administrativas, mediante referência nos códigos de ética, sejam eles de caráter disciplinar ou adotados apenas de forma orientativa, tanto como fonte de consulta e parâmetro de atuação funcional pelos próprios agentes estatais quanto como ferramenta de capacitação, instrução, controle e aferição pelas casas correccionais dos respectivos entes estatais.

Desse modo, não se pode ignorar nem tampouco dispensar a adoção de códigos de ética em todos os órgãos e esferas de manifestação do poder estatal, visto que são condição essencial para manter a própria integridade do sistema da administração pública, na medida em que preserva a sua funcionalidade orgânica e assegura o cumprimento da missão designada constitucionalmente e pela legislação infraconstitucional a cada ente estatal. Ademais, por caminhar em conformidade com os princípios reitores da atividade administrativa dos bens e interesses públicos e com os valores supremos que fundamentam o próprio Estado Democrático de Direito, o código de ética se consubstancia num conjunto de regras de conduta para subsistir ao Direito, que é apenas o “mínimo ético”, servindo de referência para a atuação dos agentes públicos no desempenho de suas funções, de forma proba e efetiva.

5. CONCLUSÃO

A partir do exposto, pode-se definir “ética” como um conjunto de valores e princípios adotados pela sociedade como o padrão de conduta aceitável e incorporado ao comportamento humano, oferecendo um referencial para a eleição e formação de bons hábitos de convivência social, de forma organizada e harmoniosa.

No campo da administração pública, a ética assume um caráter de imprescindibilidade, porquanto age como vetor da conduta dos agentes estatais no exercício da atividade administrativa, aderindo-se aos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, bem como aos valores ideários de justiça e do bem comum.

A edição dos códigos de ética voltados aos integrantes dos diversos entes da administração pública, com caráter vinculante ou não, materializa o “pensamento ético”, adotado no âmbito dos órgãos estatais, de acordo com as suas peculiaridades de gestão governamental e o padrão de conduta institucional desejável. Desse modo, oferece ainda um referencial de comportamento individual que reflita os valores eleitos em prol da satisfação do bem comum, numa perspectiva de

moderna atuação estatal, empreendida de forma transparente, participativa e comprometida com a busca da plena realização do interesse público.

Por fim, insta ressaltar que os códigos de ética em nada podem inovar o ordenamento jurídico no que concerne à imposição de sanções disciplinares, não se consubstanciando, destarte, em instrumento de controle ou doutrinação institucional; mas devem, simplesmente, buscar despertar a consciência dos agentes públicos quanto ao elemento ético de suas condutas.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social – 8.^a ed. Malheiros, 2008.

BROCHADO, Mariá. O Direito como mínimo ético e como *maximum* ético. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Controladoria-Geral da União (CGU) – Instrução Normativa nº 4, de 21 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/43531> - consultado em 21 de junho de 2023.

CORTELLA, Mário Sérgio. Qual é a tua obra?: inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. 25. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

Manual de Processo Administrativo Disciplinar/CGU. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Brasília. 2017. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad-maio-2017.pdf> - Acesso em: 15 de junho de 2023.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva; A compreensão virtuosa do Direito: reflexão sobre a ética na hermenêutica jurídica. Revista Brasileira de Estudos Políticos – vol. 097, 2008. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/54/52> - Acesso em: 8 de junho de 2023.

. As Lacunas da Legislação: Inevitabilidade do Texto Normativo Diante do Indeterminismo Da Vida. Revista Brasileira de Estudos Políticos – vol. 096, 2007. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/40> - Acesso em: 8 de junho de 2023.

MORAIS, José Leovegildo Oliveira, A Estrutura Normativa da Ética na Administração Pública Federal Brasileira. Escola de Administração Fazendária – ESAF - Projeto: Identificação de modelos e práticas de gestão da ética na administração pública brasileira (executivo federal). Brasília, 2001. Disponível em http://www.cnpq.br/web/guest/view/-/journal_content/56_INSTANCE_0oED/10157/42998 - Acesso em: 10 de junho de 2023.

Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Código de ética e disciplina da OAB – Resolução n.º 02/2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf> - Acesso em: 21 de junho de 2023.

. OAB Informativo – edição de 1º de junho de 2023 – disponível em <https://www.oab.org.br/noticia/61052/oab-e-amb-dialogam-sobre-pautas-comuns-a-advocacia-e-a-magistratura> - Acesso em: 2 de junho de 2023.

SÃO PAULO - Tribunal de Justiça. Apelação Cível – Processo numeração única: 1001023-09.2014.8.26.0281 - Acórdão. Relator: PONTE NETO. 9ª Câmara de Direito Público. Data da publicação, em 19 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/dolo-reus-sao-absolvidos.pdf> – Acesso em: 21 de junho de 2023.

Senado Federal (SENADO). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157326> - Acesso em: 23 de junho de 2023.

SIDOU, José Maria Othon. Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 7.ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=325005> - Acesso em: 4 de junho de 2023.

. ADI n.º 2.661-5 MA (Medida Cautelar) – Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387196> – Acesso em: 4 de junho de 2023.

VIAPIANA, Tabata. Sem prova de dolo, réus são absolvidos em ação de improbidade administrativa. Revista Consultor Jurídico – 19 de junho de 2023, 13h44 – Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-19/prova-dolo-reus-sao-absolvidos-acao-improbidade> - Acesso em: 21 de junho de 2023.

XX Seminário Ética na Gestão: Ética Pública e Cidadania - Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2019/11/2019-11-2019-cetica-e-um-pilar-essencial-no-combate-a-corrupcao201d-afirma-ministro-da-cgu> - Acesso em: 27 de maio de 2023.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License





Data de recebimento: 09/10/2023

Data de aceite: 20/11/2023

ADPF 828 – UMA INVESTIGAÇÃO DA
INTERVENÇÃO (IN)DEVIDA E (IN)ADEQUADA
DO STF NO DIREITO DE PROPRIEDADE

*ADPF 828 – AN INVESTIGATION ABOUT THE STF
INTERVENTION IN THE RIGHT TO PROPERTY*

Marcelo Alberto Gorski Borges¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do ativismo judicial; 2. Histórico do processo; 3. A circunstância fática – pandemia de covid-19; 4. Questão preliminar – a ADPF e sua inadequação técnica para a finalidade atualmente delineada; 5. Caráter *extra petita* da decisão proferida na ADPF; 6. Criação de cargos e funções; 7. A premissa representada pela comissão do TJ-PR; 8. A ausência de tratamento diferenciado para os casos em que há cumprimento da função social e para aqueles em que não há; 9. Conclusão; Referências

1 - Possui graduação em Direito pela Universidade Paranaense (1999) e especialização em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná(2003). Mestrando em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas-RJ. Atualmente é Procurador Federal da AGU e atua na Universidade Federal do Paraná. E-mail: marcelo.borges@agu.gov.br.



RESUMO: Durante a pandemia de covid-19, o Supremo Tribunal Federal começou a processar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828, em que se questionava o regime de reintegração de posse durante a vigência da pandemia. Na ocasião, deferiu-se uma liminar que alterava esse regime legal, a qual permaneceu vigente ao longo do tempo mesmo após a cessação do estado de pandemia. Agora, a ADPF 828 veicula um novo modelo legal para a reintegração de posse em todo o Brasil, cujo conteúdo decisório foi aceito pelo Poder Judiciário sem sofrer nenhum tipo de crítica, não obstante seja evidentemente malvisto pelo setor produtivo e de difícil implementação por parte do Estado. Nesse contexto, este artigo pretende realizar uma investigação acerca de eventuais equívocos que possam ter sido cometidos por parte do Supremo Tribunal Federal tanto na recepção da ADPF supracitada quanto nas seguidas extensões dos efeitos da liminar inicialmente deferida, trazendo a decisão para um ambiente de produtiva contraposição.

PALAVRAS-CHAVE: regime de reintegração de posse. ADPF 828. STF. Crítica jurídica. Erros.

***ABSTRACT:** During the COVID-19 pandemic, the Federal Supreme Court began to process the Claim of Non-compliance with Fundamental Precept nº 828, which questioned the repossession regime during the pandemic. An injunction was granted altering this legal regime of repossession. This injunction was extended over time, even after the end of the pandemic. Now ADPF 828 provides a new legal model for repossession throughout Brazil. The decision-making content of ADPF 828 has been adopted by the Judiciary without suffering any type of criticism, despite it has being evidently frowned upon by the productive sector and its obvious difficulty to be implemented by the State. The article intends to demonstrate an investigation into possible mistakes that may have been made by the Federal Supreme Court both in receiving the ADPF and in the subsequent extensions of the effects of the injunction initially granted, thus bringing the decision to an environment of productive opposition.*

KEYWORDS: repossession regime. ADPF 828. STF. Legal criticism. Mistakes.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca discutir se a decisão proferida no âmbito da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 828 por parte do Supremo Tribunal Federal é uma decisão correta e acertada ou não.

Essa ação teve início durante o estado de vigência da pandemia de covid-19 e, de pronto, determinou a suspensão de quaisquer medidas administrativas ou judiciais que resultassem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que servissem de moradia ou que representassem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis.

Quando o estado de pandemia já começava a apresentar um recrudescimento, e o contexto estava a indicar que essa liminar viria a ser reformada, sobreveio então a decisão que determinou a instauração de um regime de transição que possibilitasse a plena retomada de desocupações forçadas nos âmbitos administrativo e judicial.

Não obstante a denominação empregada a esse regime como sendo “de transição”, na realidade, essa decisão determinou a criação e a instalação de órgãos dentro da estrutura dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais do Brasil. Esses órgãos têm contornos de definitividade, razão pela qual nos parece inadequada a denominação do regime como sendo “de transição”.

O Conselho Nacional de Justiça foi então acionado para auxiliar todos esses tribunais no processo de organização e instalação desses Centros Judiciais de Solução de Conflitos Fundiários e também no desenho da forma como eles deveriam funcionar em paralelo ao juiz natural dos processos por onde tramitam as ações que têm por objetivo a reintegração de posse.

Considerando a existência de um regime legal que regulamenta a forma como a reintegração de posse deve se dar, mesmo nos casos de ocupações coletivas, bem como o fato de que a decisão acarretou a necessidade de criação de órgãos dentro do Poder Judiciário que não têm uma expressa previsão legal para seu funcionamento, também se mostra pertinente desenvolver uma investigação acerca da eventual existência de algum grau de ativismo judicial na referida decisão.

A investigação nessa frente encerra especial importância, porque no atual momento histórico pelo qual passa o Brasil, a sociedade vem apresentando reiteradas reclamações no sentido de questionar se o Supremo Tribunal Federal tem extrapolado as suas atribuições ao exercer um elevado grau de ativismo judicial, situação que deu azo até mesmo à propositura de uma Proposta de Emenda à Constituição (nº 08/2021), a qual busca limitar os poderes do STF em razão de todo esse contexto.

O presente estudo é eminentemente descritivo e objetiva apresentar os contornos tanto fáticos quanto jurídicos que informaram a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 828. Busca-se, portanto, analisar o processamento e o julgamento dessa demanda.

Trata-se de pesquisa qualitativa, caracterizada pela interpretação e análise do conteúdo das segundas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Arguição de Des-

cumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 828, e da atribuição de significados. Nesse sentido, a principal forma de coleta e apreciação dos dados deriva da análise e interpretação de documentos formais relacionados diretamente ao assunto. Dados para pesquisa podem se basear em muitas fontes de evidências, como documentação, registros em arquivos, observação direta, observação participante e artefatos físicos (YIN, 2005).

A pesquisa também contrapõe as decisões proferidas em relação ao contexto de estado de emergência pelo qual passava o Brasil em razão da covid-19, pois a pandemia foi um dos principais fundamentos para a apresentação da ADPF junto ao STF. Dessa maneira, analisar a evolução e a posterior involução da pandemia é também uma postura que traz relevantes informações para o presente estudo.

Toda essa pesquisa se destina, portanto, a trazer argumentos que possam se mostrar tanto suficientes quanto adequados para permitir a formação de um juízo de valor acerca da adequação e da correção, ou não, da decisão proferida pelo STF no âmbito da ADPF 828.

1. DO ATIVISMO JUDICIAL

De início se mostra imprescindível fazer uma investigação acerca do conceito de ativismo judicial para que então, na sequência, se torne possível verificar se as decisões proferidas ao longo da ADPF 828 se encaixam ou não nessa definição. Ao dar contornos ao conceito de ativismo, Georges Abboud, em “Ativismo judicial [livro eletrônico]: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional”, assim leciona:

Na dimensão decisória (micro), o ativismo consiste na suspensão da legalidade (CF + lei) como critério decisório. Por meio da decisão ativista, a Constituição Federal e a lei são substituídas por um critério voluntarista que pode ser puramente ideológico, econômico, moral, religioso etc. Ou seja, por meio do ativismo, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discricionariedade. Nessa dimensão, o juiz adquire uma faceta messiânica como intérprete do futuro da sociedade, o escolhido para guiar e iluminar a sociedade na direção do caminho correto. (ABBoud, 2022, p. RB-5.1)

É o caso, portanto, de se investigar se o STF, na condução da ADPF 828, ao determinar a instalação de comissões de conflitos fundiários e subordinar as reintegrações de posse a esse curso processual como etapa prévia e necessária às ordens de desocupação coletiva, inclusive em relação àquelas ações cujos mandados já tenham sido expedidos, acabou por suspender o sistema constitucional e legal regente do direito de propriedade.

Caso se constate a eventual presença de uma conduta judicial que possa vir a ser qualificada, teoricamente, como ativista, deve-se prosseguir na investigação de seus contornos e efeitos:

Essa modalidade de ativismo troca o direito por uma pretensa vontade da população. A legalidade cede espaço à voz das ruas, ao clamor popular e a um sem-número de outras expressões análogas, que, ao fim e ao cabo, nada significam.

Juízes e, em especial os Ministros dos Tribunais Superiores, raramente provêm da camada social a que pertence a maior parte da população brasileira e dificilmente seriam capazes de identificar a voz das ruas. Nada há de errado nisso. Não cremos que os juízes

tenham o dever de conhecê-la, até porque ela, em um país de dimensões continentais como o nosso, não haveria de ser uníssona.

[...]

No exato momento em que o Judiciário afirma não poder ignorar a vontade das ruas, ele está se expondo a pressões sociais e políticas de toda ordem. Nesse modelo, qualquer decisão polêmica gerará ressentimento, na medida em que, para a sociedade, o agir do Judiciário não está sendo pautado pelas regras do jogo democrático, mas para atender pautas vocalizadas por grupos de pressão organizados.

Atender ao clamor das ruas pode aumentar – principalmente nas redes sociais – a popularidade do judiciário. Entretanto, a médio e a longo prazo, fazê-lo corrói o alicerce de sua legitimidade, a ponto de tornar inviável ao Judiciário agir de forma contramajoritária. (ABBOUD, 2022, p. RB-7.6)

Já alertando para os riscos dessa modalidade interpretativa do Direito,

Edmund Burke nos auxilia a compreender essa modalidade de ativismo. Em sua visão, o mais relevante dever do Estado era assegurar uma sociedade civil baseada no Estado de Direito. De nada adianta a defesa revolucionária de direitos concebidos em abstrato, se ao homem não é assegurado viver em uma sociedade regida por leis democraticamente aprovadas. O ativismo populista subverte o ensinamento de Burke. E, talvez por isso mesmo, consista em um dos mais perniciosos ataques à democracia constitucional. (ABBOUD, 2022, p. RB-7.6)

Nesse sentido, é sabido que

a Corte Constitucional, em sua atuação, desempenha os papéis contramajoritário e representativo. Com efeito, o papel contramajoritário significa que em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe àquela instância julgadora, a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). E, ao seu turno, o papel representativo que significa o atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional (MARINHO; BORGES, 2013).

É do próprio Ministro Luís Roberto Barroso² o ensinamento, ao se tratar da importância e dos limites da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas:

Nas demais situações – isto é, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política. Isso deve ser feito não só por razões ligadas à legitimidade democrática, como também em atenção às capacidades institucionais dos órgãos judiciários e sua impossibilidade de prever e administrar os efeitos sistêmicos das decisões proferidas em casos individuais. Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se experts em todas as matérias. (BARROSO, 2022, e-book)

² - BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

A partir da conjugação dos ensinamentos anteriormente arrolados e devidamente contrapostos aos dados da ADPF 828, torna-se possível a ilação da existência de uma subsunção da situação de fato aos ensinamentos doutrinários, de maneira a demonstrar que a decisão pode vir a ser enquadrada, hipoteticamente, naquilo que se denomina de ativismo judicial.

O direito de propriedade e seus aspectos acessórios, tais como a forma pela qual se procede à defesa do direito de posse, tem previsão legislativa centenária, com assento na Constituição Federal, no Código Civil e no Código de Processo Civil. Em razão da existência desse regramento legal, seria de se acreditar que essa legislação deveria restar respeitada por parte do STF. Para além disso, a propriedade é um instrumento de fomento da economia. Logo, uma eventual intervenção inadequada nesse direito pode ter resultados práticos extremamente desfavoráveis para a economia como um todo.

2. HISTÓRICO DO PROCESSO

Em 15 de abril de 2021, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou uma Ação de Arguição de Descumprimento Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, conhecida como “ADPF 828”, que tinha por objeto o tratamento a ser dado aos atos do Poder Público relacionados a desocupações, despejos e reintegrações de posse. Nesse contexto, a pretensão declarada por parte do autor dessa ADPF era a de evitar e reparar lesões a preceitos fundamentais relativos ao direito social à saúde; ao direito à vida; ao respeito à dignidade da pessoa humana; ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade justa e solidária; e ao direito à moradia.

Tendo como argumento fático principal a existência da pandemia de covid-19, alegou-se na ADPF a existência de um número relevante de famílias desalojadas e ameaçadas de remoção de seus lares. Um dos fundamentos da ação foi a Recomendação nº 90, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na qual se afirmava a responsabilidade dos órgãos do Poder Judiciário de avaliar, com especial cautela, o deferimento de qualquer tutela de urgência que tivesse por objeto a desocupação coletiva de imóveis urbanos e rurais, sobretudo nos casos de pessoas em estado de vulnerabilidade social e econômica, durante a situação de pandemia. A partir disso, a parte autora formulou um pedido de medida cautelar para que fossem suspensos todos os processos, procedimentos ou quaisquer outros meios que tivessem como função a expedição de medidas judiciais, administrativas ou extrajudiciais de remoção e/ou desocupação, reintegrações de posse ou despejos enquanto perdurasse sobre a população brasileira os efeitos da crise sanitária provocada pela covid-19.

A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República se manifestaram contra a pretensão, tanto pelas questões processuais quanto pelo próprio mérito do pedido. A AGU defendeu que ainda que embora a política administrativa (de reintegração de áreas invadidas) não seja imune a críticas, ela não é inconstitucional, desse modo, o eventual acolhimento dos pedidos veiculados na inicial iria interferir no andamento das políticas públicas existentes, situação que poderia revelar um *periculum in mora* inverso. Os Estados do país, também presentes na demanda, em linhas gerais, defenderam um posicionamento no sentido de que impedir que o Poder Público, em todo e qualquer caso, realize atos de remoção, ensejaria a instalação de um quadro de instabilidade social, caracterizado pelo incentivo às ocupações irregulares, com grave risco de comprometimento de estruturas públicas essenciais à manutenção dos serviços públicos.

Em 07 de junho de 2021, o Ministro Luís Roberto Barroso deferiu a medida cautelar. Segundo o Ministro Relator, “especialmente no contexto de pandemia, recomenda-se a intervenção da Corte Constitucional para a defesa de direitos fundamentais”. Em especial, o tópico III.1 da decisão aborda o momento de pandemia para contextualizar a situação das populações vulneráveis, bem como os atos normativos e as recomendações cabíveis nesse cenário. Assim, a liminar deferiu

suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis, nos casos de ocupações anteriores a 20 de março de 2020, quando do início da vigência do estado de calamidade pública [...]. (Decreto Legislativo nº 6/2020).

Em novembro de 2021, foi pleiteada a extensão do prazo da medida liminar concedida por mais um ano ou até que viessem a cessar os efeitos sociais e econômicos da pandemia. A extensão foi aprovada até o dia 31 de março de 2022, em parte, sob o entendimento de que “a pandemia da Covid-19 ainda não acabou”. Em 09 de dezembro de 2021, o Tribunal referendou essa decisão por maioria.

Fato que merece destaque é o de que após a concessão da medida cautelar, foi editada a Lei nº 14.216/2021, a qual determinou a suspensão das ordens de desocupação e despejo até o dia 31 de dezembro 2021.

Em 30 de março de 2022, momento em que a vacinação da população já alcançava índices da ordem de 75%, o Ministro Luís Roberto Barroso decidiu prorrogar a decisão até 30 de junho de 2022. Nesse momento, o Ministro Kassio Nunes Marques, não obstante acompanhar o Relator, já sinalizava uma preocupação:

Todavia, as medidas deferidas em virtude dessa situação excepcional não têm, o que ninguém nega, como perdurarem indefinidamente. Elas impõem sacrifício aos titulares do direito de propriedade, muitos dos quais têm como única fonte de renda seus imóveis, por vezes apenas um, para alugar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828. Autor Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2022.)

Nessa mesma oportunidade, o Ministro Ricardo Lewandowski pautou seu voto nos seguintes termos:

[...] por referendar parcialmente a concessão da medida cautelar pleiteada para assegurar a suspensão de desocupações coletivas e despejos de pessoas vulneráveis, nos termos especificados na Lei 14.216/2021, enquanto perdurarem os efeitos da pandemia da COVID-19. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828. Autor Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2022.)

Por sua vez, o Ministro André Mendonça, entendendo já estar superado o momento de pandemia, bem como o motivo do deferimento da liminar, votou pelo indeferimento da tutela provisória incidental. Não obstante as divergências relatadas, a decisão do Ministro Relator foi ratificada pelo Plenário em 07 de abril de 2022.

Em 30 de junho de 2022, foi prolatada uma nova decisão, na qual Barroso decidiu, por mais uma vez, prorrogar a liminar deferida até o dia 31 de outubro de 2022. Sobreveio, nesse sentido, uma nova ratificação da decisão, vencidos então os Ministros André Mendonça e Nunes Marques.

Vencido esse prazo, uma nova decisão foi deferida. Nela o Relator reconheceu uma significativa melhora no cenário epidemiológico no Brasil. Apesar dessa situação fática, e mesmo afirmando expressamente que não cabe ao STF traçar a política fundiária e habitacional do país, ele estabeleceu um regime de transição para a progressiva retomada das reintegrações de posse e fixou diretrizes para o Poder Público e os demais órgãos do Poder Judiciário com relação à retomada das medidas administrativas e judiciais que se encontravam suspensas com fundamento na ADPF 828.

Esse regime de transição deve envolver duas providências, a saber: (1ª) instalação imediata de comissões de conflitos fundiários pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, que deverão realizar inspeções judiciais, no local do litígio, e audiências de mediação prévias à execução das desocupações coletivas, inclusive em relação àquelas cujos mandados já tenham sido expedidos; e (2ª) observância do devido processo legal para a retomada de medidas administrativas que possam resultar em remoções coletivas de pessoas vulneráveis, com concessão de prazo mínimo razoável para a desocupação pela população envolvida, e o encaminhamento das pessoas em situação de vulnerabilidade social para abrigos públicos ou adoção de outra medida eficaz para resguardar o direito à moradia, vedando-se, em qualquer caso, a separação de membros de uma mesma família.

Segundo a decisão:

As Comissões de Conflitos Fundiários deverão ser instaladas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, imediatamente, com o objetivo de mediar conflitos fundiários de natureza coletiva, rurais ou urbanos, de modo a evitar o uso da força pública no cumprimento de mandados de reintegração de posse ou de despejo e (r)estabelecer o diálogo entre as partes. As comissões poderão atuar em qualquer fase do litígio, inclusive antes da instauração do processo judicial ou após o seu trânsito em julgado, para minimizar os efeitos traumáticos das desocupações, notadamente no que diz respeito às pessoas de vulnerabilidade social reconhecida. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828. Autor Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2022.)

A apresentação de um completo relato acerca de todo o processo é imprescindível para contextualizar o leitor em relação ao momento e às datas em que as decisões foram proferidas. Nesse sentido, é fundamental situar tanto o momento do ajuizamento da ADPF quanto o da concessão da liminar, bem como as suas posteriores extensões. Para uma correta análise do assunto como um todo, a contraposição de cada um desses momentos em relação à evolução (ou involução) da pandemia de covid-19 se justifica, na medida em que esse estado de emergência foi o fundamento central da ADPF em questão.

Ademais, há diversas situações que gravitam no entorno dessa Ação que precisam ser analisadas. Assim, passemos a elas.

3. A CIRCUNSTÂNCIA FÁTICA – PANDEMIA DE COVID-19

É inquestionável que a ADPF está abalizada na presença do quadro pandêmico de covid-19. Na petição inicial, o partido autor (PSOL) relata a existência de um número relevante de famílias desalojadas e de ameaçadas de remoção, asseverando que, mesmo naquele momento, no período mais gravoso da crise sanitária, os governos continuavam a desalojar famílias.

Essas narradas situações, nas palavras do autor da ação, carregavam “um potencial de agravar a situação de vulnerabilidade daquelas famílias e intensificar os riscos epidemiológicos e o colapso da saúde em todo o país” (BRASIL, 2022). Um pouco mais adiante ainda se afirma “a necessidade de concessão da medida cautelar, em razão da crise sanitária e humanitária.” (BRASIL, 2022).

No dia 22 de maio de 2022, o governo anunciou o fim do estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), decretado em função da pandemia no Brasil (PORTARIA GM/MS Nº 913, de 22/04/2022 do Ministério da Saúde). Três dias depois, o Decreto 10.659, de 2021 – que instituía o Comitê de Coordenação Nacional para Enfrentamento da Pandemia de covid-19 – foi revogado. Dessa maneira, percebe-se que os motivos fáticos que estavam a abalizar tanto o ajuizamento da ADPF 828 quanto, por maiores razões, a liminar deferida e suas posteriores extensões já não mais subsistem, portanto, desde do dia 22 de maio de 2022.

A superação do momento de pandemia é expressamente reconhecida por alguns Ministros do STF, inclusive pelo Relator da ação, o Ministro Luís Roberto Barroso. Não obstante se reconheça esse estado, de imediato, o STF declara que “é preciso estabelecer um regime de transição para a progressiva retomada das reintegrações de posse” (BRASIL, 2022).

Podemos afirmar que quando presentes as condições fáticas, o deferimento de liminar é uma medida cabível, e que até mesmo se impõe. Em outras palavras, essa liminar se legitima a partir da existência daquele pressuposto fático. Todavia, em desdobramento ao mesmo raciocínio, e *a contrario sensu*, se ausentes as condições fáticas, não deve existir qualquer intervenção de âmbito judicial em relação ao assunto. Ausente o pressuposto fático, por consequência, fica ausente o elemento legitimador da intervenção que está sendo levada a efeito por parte do Poder Judiciário.

Essa situação foi muito bem percebida pelo Ministro relator, tanto é que houve, de sua parte, o desenvolvimento de uma argumentação alternativa (nova, diga-se de passagem) que possa então funcionar como elemento legitimador da decisão na forma como está posta no atual momento (determinando o estabelecimento de comissões de conciliação).

Ao declarar, expressamente, que a concessão integral da medida cautelar não mais se justifica por conta da crise sanitária (covid-19), o fundamento que veio a substituir aquele do contexto inicial e a abalizar faticamente a nova liminar passou a ser (1) “o avanço da fome”; (2) e a queda da renda média *per capita* do brasileiro. A atividade probatória desenvolvida para a comprovação, nos autos, da existência dessa realidade parte do próprio Ministro Barroso (itens 11, 12 e 13 da decisão), e ela expressamente encampa uma guinada, no âmbito da ADPF 828, dos motivos que ensejam a intervenção do STF em relação ao direito de propriedade como um todo.

Ao imaginarmos qualquer outra ação que tivesse como fundamentos fáticos conceitos que são de uma comprovação um tanto quanto difícil, tais como o “avanço da fome” e “a queda da

renda média per capita do brasileiro”, é de se pressupor que os pedidos de liminar tenderiam a não serem objeto de deferimento. Se empregarmos esse raciocínio para analisar o quadro da ADPF 828, à luz do contexto de involução da pandemia, o imaginável seria que o Poder Judiciário fizesse um exercício de autocontenção. Sobre a questão da autocontenção:

Em oposição, o juiz maximalista, diante de um caso individual, parte para proposições gerais, que contemplem diversas situações, mais ampla do que a tutela jurisdicional requerida para resolver a disputa particular posta à apreciação. Esse tipo de manifestação pode ser visualizado, por exemplo, pela utilização abusiva dos dicta, ao invés de uma concepção limitada. As considerações sobre temas e circunstâncias alheias àqueles submetidos à apreciação na fundamentação das decisões são apontadas como uma das maiores manifestações de ativismo judicial. O mesmo ocorre com as ordens determinadas pelos tribunais que interfiram nas rotinas e funcionamento dos demais poderes ou, ainda, que determinem despesas públicas de valores elevados, questões reservadas à atuação das outras agências estatais. Deste modo, o maximalismo judicial seria exacerbado pela imposição de remédios expansivos.

Estes critérios, cuja exposição – embora sucinta – permitem estimar sua complexidade e imprecisão, prestam-se à avaliação das decisões judiciais e dos agentes públicos encarregados dessa atividade, pela doutrina jurídica, sob o rótulo de ativismo judicial. (LIMA, 2013)

Isso não foi, todavia, o que ocorreu. Quando o contexto fático mudou, não houve por parte do STF o necessário exercício de autocontenção. Ao contrário, empreendeu-se uma intervenção no modo de funcionamento dos instrumentos legalmente previstos para a restituição da posse, que impacta frontal e diretamente o direito de propriedade, direito que também encontra respaldo no texto constitucional (Art. 5º, XXII, Art. 170, II), assim como aqueles que fundamentam a ADPF.

Ao intervir dessa maneira no direito de propriedade, o Supremo Tribunal Federal cometeu alguns equívocos. Nesse contexto, o objetivo deste artigo é o de analisar quais foram esses equívocos que, inclusive, têm repercutido no sistema jurídico como um todo. Ante o declarado intuito de questionar os fundamentos da intervenção e o próprio mérito da liminar atualmente em vigor no âmbito da ADPF 828, se mostram oportunas as palavras do administrativista Daniel Wunder Hachem:

Antes de iniciar a empreitada, convém fazer um registro. Parte-se, neste livro, do pressuposto de que as oposições de ideias divergentes que incitam os debates acadêmicos devem ser consideradas como impulsos para a produção (e não mera reprodução) do conhecimento e jamais como ataques pessoais. São justamente as discussões travadas sobre pontos dissonantes na doutrina e na jurisprudência que colaboram com o aperfeiçoamento do saber jurídico, de sorte que a formulação de críticas, e por sua vez, de respostas a elas, deve ser reputada como uma atitude extremamente positiva e não como ofensa aos autores das lições que estão sendo objeto de questionamento. Por isso, as discordâncias que neste trabalho serão apresentadas ao pensamento de diversos turistas devem ser compreendidas tão somente como discrepâncias teóricas, cabendo consignar, desde logo, o profundo respeito e admiração que o signatário deste estudo nutre pelos eminentes autores dos quais será dissentir. (HACHEM, 2011, p. 35)

Essas são as premissas orientadoras do presente estudo. Travar uma discussão que pos-

sa vir a colaborar com o entendimento jurídico estabelecido sobre o assunto. A formulação de críticas, com a construção de respostas aos problemas que elas evidenciam, é uma atitude que se faz de maneira respeitosa e, portanto, sem ofensa aos que defendem o ponto que aqui é objeto de questionamento.

4. QUESTÃO PRELIMINAR – A ADPF E SUA INADEQUAÇÃO TÉCNICA PARA A FINALIDADE ATUALMENTE DELINEADA

Uma das características das Ações de Arguição de Descumprimento Fundamental é a subsidiariedade em relação às Ações Diretas de Inconstitucionalidade ou às Declaratórias de Constitucionalidade. Nesse sentido,

O Plenário do Tribunal fixou entendimento no sentido de que a cláusula de subsidiariedade que define o objeto da ADPF refere-se às ações do controle abstrato de normas. Isso porque o princípio da subsidiariedade da ADPF, que consiste na inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesão, deve ser compreendido no contexto da ordem constitucional global, ou seja, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. Sendo assim, quando uma norma não puder ser levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, é cabível a ADPF.

Dessa maneira, a recepção, ou não, do direito pré-constitucional pela Constituição em vigor, pode ser levada à apreciação do Tribunal por meio da ADPF, cuja decisão terá eficácia geral e efeito vinculante devido à feição objetiva da ação.³

O núcleo central da discussão estabelecida na ADPF está assentado em valores previstos no texto da Constituição Federal de 1988, como a adequada observância do direito social à saúde; do direito fundamental à vida; do fundamento da República Federativa do Brasil de dignidade da pessoa humana; do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade justa e solidária; e do direito fundamental à moradia, valores (constitucionais). Os quais são postos em técnica de ponderação em relação ao direito de propriedade.

Mesmo os atos legais ou infralegais que abalizam a ação são posteriores à Constituição Federal de 1988, de maneira que então não seria cabível a ADPF, porque afasta a subsidiariedade dessa. Não há, no âmbito da Ação, direito prévio à Constituição ora em vigor que seja objeto de questionamento. Logo, se a ADPF 828 não trata de direito prévio à Constituição Federal de 1988, ela não pode ser tida como o instrumento técnico adequado e, desse modo, não poderia ser manejada, ter sido encampada pelo STF nem, por maiores motivos, poderia gerar decisão com eficácia geral e efeito vinculante como é o caso.

Ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Moraes assim se posiciona:

Assim, a declaração de inconstitucionalidade “decreta a total nulidade dos atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito”.

3 - Acesse em: https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185064&modo=cms#:~:text=Isso%20porque%20o%20princ%C3%ADpio%20da,forma%20ampla%2C%20geral%20e%20imediate

Note-se que, no controle concentrado de inconstitucionalidade, a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional saem do ordenamento jurídico imediatamente com a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não havendo aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal, que permanece somente para a utilização no controle difuso. (MORAES, 2020, p. 1419)

Manejando a ADI não seria possível uma total supressão do contexto normativo que fundamenta os modos como os proprietários podem solicitar a preservação do seu respectivo direito de posse. Nem mesmo por uma eventual modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade seria exequível uma declaração de inconstitucionalidade, mormente, porque nesse tipo de controle de constitucionalidade, se tem um caráter anulatório.

Agora, voltando os olhos para a Ação Declaratória de Constitucionalidade, temos que os requisitos imprescindíveis para o seu ajuizamento – tais como a demonstração da existência de comprovada controvérsia judicial que coloque em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame – não estariam presentes, de maneira que não seria possível ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento das alegações, caso elas tivessem sido veiculadas por meio de uma ADC.

Ademais, em sede de ADC, uma vez concedida a liminar, não haveria mais a possibilidade do afastamento, por inconstitucionalidade, da incidência da lei ou do ato normativo federal por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário ou por parte do Executivo, que deverão submeter-se ao integral cumprimento da norma analisada liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal, em face dos efeitos vinculantes dessa. Não era essa a pretensão do autor da ADPF. Ao contrário, a pretensão era a de afastar as práticas governamentais relacionadas à restituição da posse.

Na eventualidade de os óbices processuais restarem superados (ex.: demonstração da existência de comprovada controvérsia judicial), existiria talvez a possibilidade de expedição de provimento que declarasse a constitucionalidade das normas questionadas, desde que interpretadas de determinada maneira (interpretação conforme à constituição), tornando então aquela interpretação vinculante para os demais órgãos judiciais e para as autoridades administrativas em geral.

Analisados os instrumentos processuais que viabilizam o controle concentrado da constitucionalidade, bem se vê que a matéria não se encaixa perfeitamente nos requisitos de conhecimento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs), e que esse detalhe técnico não foi objeto de análise por parte do STF.

5. CARÁTER *EXTRA PETITA* DA DECISÃO PROFERIDA NA ADPF

O pedido feito na ADPF está posto nos termos seguintes:

No mérito, requer a determinação de que os governos dos três níveis federativos se abstenham de qualquer ato que viole os direitos indicados, devendo (i) interromper as remoções em todo o território nacional; (ii) promover o levantamento das famílias existentes; (iii) criar Planos Emergenciais de Moradias Populares devendo garantir a participação social, nos moldes do Estatuto da Cidade, com envio ao STF para conhecimento e controle. Pede sejam criadas, em no máximo 60 (sessenta) dias Políticas Públicas de moradias populares em caráter permanente, também assegurada a participação social. Subsidiariamente, “para os casos de área de risco que se repute inadiável a intervenção do

poder público, requer-se que se respeite os estritos limites da Lei Federal 12.340/2010, que em seu art. 3-B determina os procedimentos legais para a atuação do poder público em situações “susceptíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos”, adicionando-se os necessários cuidados inerentes à situação de contágio do Covid-19, garantindo-se medidas alternativas de moradia nos termos da lei”. Requer, por fim, a fixação de multa diária pelo descumprimento da decisão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828. Autor Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2022.)

A parte mais ampla do pedido está a solicitar a criação de Políticas Públicas de moradias populares em caráter permanente. Como já foi demonstrado anteriormente, na decisão proferida em 31 de outubro de 2022, o Ministro Relator afirmou expressamente que não cabe ao STF traçar a política fundiária e habitacional do país.

Não obstante a declaração assentada, estabeleceu-se um regime de transição para a progressiva retomada das ações de reintegrações de posse, com a fixação das diretrizes para o Poder Público e para os demais órgãos do Poder Judiciário, no que diz respeito à retomada das medidas administrativas e judiciais que se encontram suspensas com fundamento na ADPF 828.

Nas decisões *extra petita*, o magistrado concede algo diferente daquilo que foi pedido na petição inicial. É sabido que tal situação acarreta nulidade do provimento jurisdicional por violação ao princípio da congruência, que é o dever de o Poder Judiciário responder sobre tudo aquilo que foi objeto do pedido, mas, ao mesmo tempo, apenas em relação àquilo que foi objeto do pedido.

Mesmo que se reconheça a esse processo o caráter de processo estrutural, situação que poderia ensejar um alargamento da compreensão do princípio da congruência, entendido esse processo estrutural como exemplo de uma daquelas “questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial”⁴, é possível perceber que a decisão extrapola largamente o princípio da demanda.

Ao analisar as decisões estruturais no direito processual civil brasileiro, Arenhart, já em sede de conclusão de seu estudo, assim se manifesta:

Se outra mentalidade do juiz é exigida, também se exige outro tipo de processo para lidar com essas causas. Mesmo a estrutura das ações coletivas - como hoje prevista - é insuficiente para tanto. Impõe-se um processo em que efetivamente se possa permitir a participação social, o conhecimento a fundo do problema e a gestão adequada do litígio. Não sendo assim, corre-se o sério risco de atirar o magistrado em um campo de batalha, onde ele sequer terá condições de conhecer aquilo que está julgando, em suas múltiplas facetas e com seus vários desdobramentos. Isso será, é claro, a certeza do fracasso da atuação judicial e da inadequação da decisão aí proferida.

Essa discricionariedade informada, obviamente, é o ponto central para o sucesso das me-

4 - ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. In: Revista de processo. 2013. p. 389-410.

didadas estruturais. E, para que isso seja possível, é evidente a necessidade de se projetar outro modelo processual. O tema, como se vê, aponta para diversas outras questões, ainda não enfrentadas pela doutrina nacional. Todavia, não se pode negar a importância das medidas estruturais e, conseqüentemente, a urgente relevância da atenção da doutrina nacional para o tema. (ARENHART, 2013, p. 389-410)

A partir da conjugação de tudo o que até aqui arrolamos, entende-se demonstrada a inadequação do instrumento utilizado (ADPF), e o fato de que a decisão proferida pode ser enquadrada como *extra petita*. Superada essa etapa, passemos à investigação dos efeitos que dela decorrem para a Administração Pública.

6. CRIAÇÃO DE CARGOS E FUNÇÕES

Como já se viu anteriormente, a decisão proferida no âmbito da ADPF determina que:

[...] as Comissões de Conflitos Fundiários deverão ser instaladas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, imediatamente, com o objetivo de mediar conflitos fundiários de natureza coletiva, rurais ou urbanos, de modo a evitar o uso da força pública no cumprimento de mandados de reintegração de posse ou de despejo e (r)estabelecer o diálogo entre as partes. As comissões poderão atuar em qualquer fase do litígio, inclusive antes da instauração do processo judicial ou após o seu trânsito em julgado, para minimizar os efeitos traumáticos das desocupações, notadamente no que diz respeito às pessoas de vulnerabilidade social reconhecida.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828. Autor Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2022.)

Segundo consulta levada a efeito junto ao site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná⁵, em 17 de março de 2022, a 2ª Vice-Presidência do TJ-PR realizou reunião deliberativa sobre a criação de uma estrutura autocompositiva no âmbito do Poder Judiciário paranaense, a qual visa tratar temas de relativos às questões fundiárias urbanas e rurais, o CEJUSC Fundiário. O projeto foi aprovado e envolve a alocação de um quantitativo de 7 (sete) magistrados e 8 (oito) servidores para o cumprimento do desiderato assinado àquele órgão.

A criação de cargos públicos é uma prerrogativa que deve ser exercida por meio de lei, conforme estabelecido no artigo 3º, parágrafo único, do Regime Jurídico dos Servidores Federais – Lei 8.112/19901. Qualquer tentativa, ainda que de maneira indireta, de criar cargos públicos por meio de uma decisão judicial viola essa previsão legal.

Para que haja o cumprimento da decisão proferida pelo STF, se impôs aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais do país a obrigação de criação de cargos e estruturas no âmbito dos tribunais inferiores, algo que somente deveria vir a ocorrer por iniciativa própria desses mesmos Órgãos, nos termos do art. 96, II, “b”, da Constituição Federal, respeitada a iniciativa legislativa desses tribunais. Portanto, a decisão proferida na ADPF 828 acaba, ainda que de maneira indireta, determinando a criação de cargos e funções no âmbito dos Tribunais brasileiros, impactando na autogestão de cada um desses.

5 - Acessível em: <https://bitly.com/ADxRWinYu>

7. A PREMISSE REPRESENTADA PELA COMISSÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

O Ministro Barroso fundamenta, expressamente, a determinação de criação das Comissões de Conflitos Fundiários no modelo constatado no Paraná:

21. Quanto ao tema, este Relator tomou conhecimento de um modelo bem-sucedido em funcionamento no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR[10]. Criada em 23 de outubro de 2019, a Comissão de Conflitos Fundiários (CFF) do TJPR (comissão. fundiarios@tjpr.jus.br) tem buscado soluções consensuais para os conflitos fundiários urbanos e rurais, seja na fase pré-processual, seja após a propositura da ação judicial. O objetivo principal do órgão, composto por três juízes, três desembargadores e uma servidora do Tribunal, é promover o diálogo entre os interessados e realizar visitas técnicas nas áreas em litígio, com a elaboração de relatório circunstanciado sobre as condições da ocupação e da comunidade, que servirá de subsídio para uma eventual composição entre as partes ou para a decisão a ser proferida pelo juiz da causa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828. Autor Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2022.)

Segundo informações divulgadas no site do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

O CEJUSC Fundiário é responsável por tratar os casos envolvendo reintegração de posse, desocupações, regularização de loteamentos clandestinos e outras questões relacionadas à disputa de terras, seja em imóveis rurais ou urbanos. O objetivo é realizar audiências de conciliação que envolvam, além dos proprietários e ocupantes dos imóveis, outros órgãos e entidades, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Comissão de Conflitos Fundiários do TJPR, o Grupo de Trabalho de Questões Fundiárias do Estado do Paraná, a Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Assembleia Legislativa e a Comissão Pastoral da Terra dos municípios interessados na resolução do conflito.

Dessa maneira o CEJUSC Fundiário, que também vai mediar o cumprimento de ordens judiciais de reintegração de posse pelos órgãos de segurança, pretende auxiliar a resolução dos conflitos fundiários de forma pacífica e eficiente para todos os envolvidos. (PARANÁ, 2022)

É de se ver, todavia, que no âmbito do TJ-PR, o CEJUSC Fundiário é, sem dúvidas, uma iniciativa que vem apresentando bons resultados, mas que é ainda incipiente. Nesse ponto, adota-se aqui uma especial cautela no sentido de não se criticar essa empreitada, que é ótima. Apenas não é possível asseverar que ela encerre características suficientes para abalizar o provimento jurisdicional com o caráter de generalidade, tal qual se deu no âmbito da ADPF 828.

Em 15 de dezembro de 2022, o Conselho Nacional de Justiça realizou o “Webinário Conflitos Possessórios Coletivos: Perspectiva de Atuação no Judiciário no Regime de Transição Estabelecido na ADPF 828”⁶. Nessa oportunidade, explicou-se de que forma se dava a atuação do CEJUSC Fundiário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Dessa apresentação, pode-se constatar que a iniciativa é, como ressaltado anteriormente, ainda incipiente. Vários dos casos atendidos foram acompanhados por uma equipe composta apenas pelo magistrado Fernando

6 - Acessível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5z7RgreczIo>

Antonio Prazeres, Desembargador Coordenador Comissão de Conflitos Fundiários do CEJUSC/TJPR, e mais um ou dois servidores.

Questão que não foi adequadamente sopesada pelo STF é a de que, no modelo do TJ-PR, o caso a ser analisado pela Comissão de Conflitos Fundiários do CEJUSC/TJPR pode ser submetido ao CEJUSC pelo Juízo do processo, ou por qualquer das partes que se mostre interessada no processo de diálogo tendente à conciliação, ou seja, depende de provocação. Após a provocação, o CEJUSC ainda faz uma análise sobre o cabimento do procedimento de conciliação e efetua juízo de conveniência e oportunidade (ou não) de sua atuação. É possível, por exemplo, que o CEJUSC entenda que o caso não comporta, pelas suas características, a sua intervenção.

Assim, percebe-se que a proposta adotada pelo Estado do Paraná é uma medida institucional muito relevante, mas adequada somente a certos casos e contextos. Isto porque sua efetividade depende de uma série de fatores, como a complexidade da matéria, o grau de consenso entre as partes, dentre outros aspectos. No entanto, ao ser acolhida pelo STF na ADPF 828, a proposta passou a valer para todos os Tribunais, de forma compulsória e abrangente, sem quaisquer (necessárias) distinções.

Embora o STF tenha boas intenções ao abordar o assunto, uma avaliação cuidadosa de todos os aspectos técnicos mencionados revela que a medida adotada ultrapassa os limites da ADPF e, provavelmente, a própria capacidade operacional do Poder Judiciário brasileiro. Essa afirmação se baseia no fato de que o CNJ admite a necessidade de estudar o tema em profundidade para encontrar uma forma viável de cumprir a determinação da ADPF 828 (conforme o webinar citado anteriormente).

8. AUSÊNCIA DE TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA OS CASOS EM QUE HÁ CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL E DAQUELES EM QUE NÃO HÁ

Outra situação que também pode ser registrada é a de que a decisão não fez nenhuma diferenciação entre os casos em que a função social da propriedade, seja ela urbana ou rural, foi cumprida daqueles em que isso ainda não aconteceu.

“A função social da propriedade é um princípio jurídico que visa a evitar as desigualdades sociais provocadas pela distribuição das terras rurais e urbanas” (MENDES, 2023). Nesse campo, a Constituição Federal estabelece que a propriedade deve atender a sua função social, que só é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, como o aproveitamento racional e adequado; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; a observância das disposições que regulam as relações do trabalho; e uma exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

No âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3865, por exemplo, o Ministro Edson Fachin salientou “que é o uso socialmente adequado que legitima a propriedade”. Logo, quando a essa se encontra devidamente legitimada, ou seja, enquadrada naquelas hipóteses a partir das quais se constata o cumprimento da função social da propriedade, tudo indica que a submissão de um pedido de restituição da posse a todos os requisitos que foram estabelecidos no âmbito da ADPF 828 acaba sendo uma medida desproporcional, desta feita, acarretando prejuízos em face

do titular daquele direito de propriedade. Outra, provavelmente, seria a conclusão, caso se constatasse que uma determinada propriedade não cumpre sua função social.

Dessa forma, constata-se que ao não considerar essas importantes distinções, a decisão proferida na ADPF 828 incorre em mais um equívoco.

9. CONCLUSÃO

A partir dessa exposição, pode-se perceber uma sucessão de equívocos ao longo da tramitação processual da ADPF 828, que fazem dessa Ação um instrumento técnico inadequado para o manejo da pretensão. Ainda assim, ela foi admitida e processada em seus ulteriores termos. Abaixo, resume-se alguns dos principais pontos abordados ao longo deste artigo.

O contexto fático da pandemia de covid-19 que abalizava a liminar (e suas extensões de validade) deixou de existir, e isso não foi reconhecido pelo STF.

Além disso, houve a prolação de decisão *extra petita*, a qual necessita, para a sua implementação, ainda que de maneira indireta, da criação de cargos e funções para dar cumprimento a essa determinação. O que deixou evidente que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais do Brasil não estão preparados para dar cumprimento à decisão proferida na ADPF 828.

A decisão acaba por dar um tratamento diferenciado ao regime de reintegração de posse daquele que foi previsto pela legislação brasileira, abalizado em dois conceitos extremamente abertos: (1) “o avanço da fome”; e (2) a queda da renda média *per capita* do brasileiro. Ademais, não se prevê nela a aplicação diferenciada para os casos em que há cumprimento da função social da propriedade em face daqueles em que não há o cumprimento dessa função.

É pela conjunção de todas essas informações que se torna possível afirmar que a decisão proferida no âmbito da ADPF 828, efetivamente, encerra os contornos de um exemplo de ativismo judicial.

REFERÊNCIAS:

ABBOUD, Georges. *Ativismo Judicial* - Edição de 2022. Editora: Revista dos Tribunais. Capítulo 5: Ativismo judicial: conceituação constitucional. As duas dimensões do ativismo: macro e micro. Página RB-5.1. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/296045000/v1/page/RB-5.1>.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. In: *Revista de processo*. 2013. p. 389-410.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828*. Autor Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2022. Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 11/11/2023

HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Pg. 35

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate. 2013. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bits-tream/123456789/10958/1/Tese%20Doutorado%20-%20FLAVIA%20SANTIAGO%20LIMA%20-%20CCJ%20-%20UFPE%20-%20com%20CIP.pdf>.

MARINHO, Sérgio Augusto Lima Marinho; BORGES, Alexandre Walmott. O papel contra-majoritário dos direitos fundamentais e o dever do poder judiciário brasileiro perante omissões legislativas. In: VITA, Jonathan Barros; LEISTER, Margareth Anne. Direitos fundamentais e Democracia II. XII Encontro Nacional do CONPEDI/UNINOVE. Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ee30f15c1c633d3> Acesso em: 11.jun.2018.

MENDES, Marcus. Função social da propriedade - O que é e principais aspectos. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/funcao-social-da-propriedade/>. Acesso em: 13 nov. 2023.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1419.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. TJPR realiza parceria com o Governo do Estado para tratar conflitos de habitação, disputa de terras e recuperação empresarial. 2020. Disponível em: <https://acesse.dev/UVBXX>. Acesso em: 11 nov. 2023.

YIN, Robert K. Estudo de caso: planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman, 2005.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



Data de recebimento: 08/11/2023

Data de aceite: 22/11/2023

UNIVERSIDADES PÚBLICAS E PARTICULARES NO BRASIL: REGIMES INDEFINIDOS

PUBLIC AND PRIVATE UNIVERSITIES IN BRAZIL: UNDEFINED REGIMES

Leonardo de Mello Caffaros¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. O papel social das universidades e a necessidade de eliminar a ambiguidade dos regimes entre o estado e a empresa; 2. Universidades Públicas: a Autonomia e o Caráter Público; 3. Universidades Particulares: a Difusão do Conhecimento e a Busca do Lucro; 4. Conclusão; Referências.

“É aqui que a distinção de um universal constituinte e de um universal regulador oferece um recurso, porque permite buscar um ponto de articulação entre fundação por reconhecimento mútuo e a falta de ultimidade do jogo mútuo de reconhecimento; a partir da falta de ultimidade de um princípio constituinte puramente histórico, surge a necessidade de um universal que seja apenas regulador”

Paul Ricoeur, A Crítica e a Convicção

1 - Procurador Federal – Advocacia Geral Da União-AGU. Instrutor da Escola da AGU. Especialista e Mestre em Direito. Doutorando em Educação pela Universidade Católica de Petrópolis-UCP. E-mail: leonardo.caffaro@agu.gov.br.

RESUMO: Este artigo propõe refletir acerca do regime jurídico das universidades públicas e particulares no Brasil, colocando em pauta o debate sobre o papel social dessas instituições, bem como a necessidade de esclarecer os seus regimes. No que diz respeito às universidades públicas, destaca-se o seu real caráter público e a sua efetiva autonomia. A autonomia, nos termos pontuados aqui, não significa independência institucional, uma vez que o funcionamento dessas instituições depende da arrecadação tributária e da aplicação de recursos públicos. Além disso, há ainda parcerias e fontes de fomento particulares que podem vir a subsidiar trabalhos universitários, sem que isso signifique para essas instituições perder o seu caráter público e o seu regime constitucional. Em relação às instituições de ensino superior particulares, ressaltou-se que seu regime constitucional decorre da necessidade de regulação e viabilização da difusão do conhecimento. Algumas delas possuem um caráter lucrativo, outras são apenas fruto da iniciativa privada. Enquanto isso, as IES públicas possuem uma finalidade inclusiva e buscam gerar conhecimento de interesse da coletividade, especialmente no que diz respeito ao fomento público, não perdendo, porém, o caráter meritocrático de seus meios de acesso, ainda que com as políticas de inclusão e a destinação social do conhecimento. Destacadas as características pertinentes ao tema e problema propostos, buscou-se articular a convivência dos regimes público e particular das instituições de ensino superior sem confundi-los.

PALAVRAS-CHAVE: Universidades. Regime Jurídico. Adequação. Autonomia Universitária. Difusão do Conhecimento.

***ABSTRACT:** It reflects upon the legal regime of public and private universities in Brazil. It addresses the social role of universities and the need to clarify the public and private regimes of these higher education institutions. With regard to public universities, it discusses their real public character and effective autonomy. Autonomy does not mean institutional independence, since they are maintained by tax collection and the application of public resources. There are also partnerships and private funding sources for academic work, which do not distort the public character of public universities and their constitutional regime. In relation to private universities, it was highlighted that their constitutional regime arises from the need to regulate and facilitate the dissemination of knowledge. Some of them are profitable, others are simply the result of private initiative. Public universities have an inclusive purpose and seek to generate knowledge of interest to the community, especially with regard to public promotion, without, however, losing the meritocratic character of their means of access, even with inclusion and social destination of knowledge. Finally, we sought to articulate the coexistence of the public and private regimes of higher education institutions without confusing them.*

KEYWORDS: Universities. Legal regime. Adequacy. University autonomy. Dissemination of knowledge.

INTRODUÇÃO

Propõe-se neste artigo verificar a existência de uma crise no regime dos modelos universitários existentes no Brasil, especificamente, os de caráter público e particular. Nesse sentido, aborda-se questões relativas ao regime constitucional e democrático das universidades públicas e particulares do país a partir da experiência e da comunicação normativa a respeito do tema, e em diálogo com autores, como Franklin Leopoldo e Silva (Silva, 2014) e Willy Thayer (Thayer, 2002), e com outros estudiosos que contextualizam historicamente o problema.

Nesse sentido, situa-se historicamente o problema das universidades no mundo e no Brasil, com os objetivos de analisar as disposições constitucionais sobre o tema; verificar de que maneira o texto constitucional brasileiro se adapta às mudanças posteriores introduzidas no sistema; e analisar o caráter público e a autonomia das universidades públicas, bem como a necessidade de difusão do conhecimento e da regulação estatal das universidades particulares em nome do interesse social.

Metodologicamente, este texto é desenvolvido a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, com foco nos autores referenciados ao final e na referência normativa indicada.

A título de apresentação preliminar do problema, pode-se dizer que as universidades vivem hoje um grande dilema em escala mundial: o de se tornarem grandes centros tecnológicos, científicos e profissionais ou de manterem a reflexão crítica e o discurso filosófico e humanista.

No Brasil, até o final da década de 1980 e início dos anos de 1990, era bastante comum que os estudantes, ao terminar o ensino médio, se preparassem para participar dos disputados vestibulares das universidades públicas. Apenas uma pequena parcela dos candidatos, que dispunham de maiores recursos financeiros ou eram beneficiados por bolsas, cursavam universidades particulares; essas eram normalmente confessionais, sendo raras as que se mantinham com recursos próprios, geralmente pertencentes à gestão pessoal ou familiar.

O grande objetivo da classe média era preparar seus filhos para ingressar nas universidades públicas, a partir de um rigoroso processo seletivo que envolvia escolas particulares e públicas, cursinhos preparatórios particulares e/ou comunitários etc., geralmente com foco nos disputados cursos de Medicina, Engenharia, Administração, Direito e Economia.

Apesar da abertura constitucional, com a queda do Regime Militar e a implementação da Constituição Federal de 1988, o sistema de ensino continuava a ser organizado por um viés tecnicista. Desse modo, as áreas de Ciências Humanas, como a Sociologia, a Filosofia, a História, Letras etc., passaram a se concentrar sobre o discurso político e crítico, apesar de certo ideário ideológico ter se tornado difuso nas universidades públicas, especialmente na área de Ciências Humanas, ou em segmentos universitários abertos a pensamentos de cunho crítico e social ou ligados ao processo de libertação política.

Na década de 1990, dois movimentos seguiram paralelamente: a abertura/ampliação de um mercado de ensino universitário privado, com a entrada de grandes grupos econômicos estrangeiros na área de ensino, e a flexibilização da gestão das universidades públicas, a fim de assegurar a autonomia universitária constitucionalmente reconhecida, especialmente no que diz respeito às instituições de ensino superior públicas.

A partir do ano 2000, especialmente com a crise do mercado internacional em 2007/2008, que demandou novas medidas do Estado, a busca de interdisciplinaridade do conhecimento se intensificou. Nesse sentido, houve então a migração de profissionais de diversas áreas do conhecimento, que trouxeram em grande parte uma contribuição crítica para os processos de formação. No entanto, em alguns casos, os discursos acerca da interdisciplinaridade eram unilaterais, com prevalência pelo discurso e pela crítica teórica, sem uma efetiva aliança com a experiência e as práticas de outras áreas do saber, ou com a imposição da crítica da abordagem do saber-poder.

Os órgãos e entidades centrais do sistema educacional brasileiro passaram a ser ocupados por pessoas que buscavam mudanças nas práticas de ensino, nas grades curriculares e até mesmo no conteúdo das disciplinas. Nesse sentido, ocorreram medidas que buscavam a democratização do acesso ao estudo universitário, como a criação do sistema de cotas em universidades públicas e os mecanismos de financiamento subsidiado nas universidades particulares.

Em 2013, com a intensificação dos escândalos de corrupção na esfera pública, vimos os efeitos de uma crise econômica, até hoje sentida. Isso fez com que se reduzisse significativamente a arrecadação tributária e os investimentos públicos, afetando o funcionamento regular do Estado, das universidades públicas e particulares.

As universidades públicas passaram por uma séria crise na gestão política entre 2018 a 2022, mas continuaram promovendo a inclusão social, com o sistema de cotas (ainda que questionado), e a integração social com o mercado particular de ensino, mesmo quase quebrando a atuação pública por falta de fomento nas universidades públicas. Nesse contexto, houve graves fatos indicativos de corrupção com recursos públicos e de favorecimentos a grupos econômicos.

A perspectiva de restrição de fomento público tende a diminuir e, até mesmo, mudar a partir da nova gestão política iniciada em 2023, mas essa é uma expectativa que pode se concretizar ou não de acordo com a coerência das políticas públicas do atual governo.

A título de justificativa, pode-se dizer que, no contexto atual, é necessário analisar criticamente o regime jurídico e acadêmico das universidades públicas e particulares, para que se verifique as transformações e adequações necessárias que podem, inclusive, levar a uma mudança de panorama no setor, sendo essa uma legítima expectativa na experiência universitária.

Ademais, observe-se que esse quadro se agrava com as possíveis mudanças no ensino a distância em que os papéis das universidades públicas e particulares precisarão ser melhor definidos.

Diante do exposto e da discussão desenvolvida a seguir, nossa conclusão se dá no sentido de afirmar que há uma inadequação no regime das Universidades públicas e particulares no Brasil que precisa ser corrigida, para a devida redefinição do papel das Universidades brasileiras no sistema educacional.

1. O PAPEL SOCIAL DAS UNIVERSIDADES E A NECESSIDADE DE ELIMINAR A AMBIGUIDADE DE REGIMES: ENTRE O ESTADO E A EMPRESA.

O papel social das universidades tem sido discutido por alguns autores, como Franklin Leopoldo e Silva (Silva, 2014) e Willy Thayer (Thayer, 2002), sem contar os outros estudiosos

que contextualizam historicamente o problema.

Guardadas as possíveis peculiaridades, há dois grandes modelos de regimes de gestão do sistema universitário: o modelo europeu que, dentro de uma perspectiva geral, é voltado majoritariamente para as universidades mantidas pela esfera pública, especificamente pelo Estado, apesar de dispor de alguma flexibilidade; e o modelo estadunidense, que tem suas universidades mantidas, via de regra, pela iniciativa privada, apesar de os Estados americanos ainda manterem políticas de manutenção de universidades públicas. Dentro desses dois paradigmas, se estabelecem e se movimentam os modelos mundiais de universidades.

O Brasil, como destacado na introdução, estava fortemente vinculado ao modelo europeu e contava, majoritariamente, com universidades públicas e com uma pequena presença de universidades privadas, a maior parte delas de caráter confessional. No entanto, isso foi flexibilizado na década de 1990.

Apesar dos grandes modelos de fomento universitário, não se pode esquecer do importante papel histórico das universidades confessionais, que se mantiveram vinculadas às instituições religiosas das quais se originaram ou foram posteriormente absorvidas pelo Estado. Muitas universidades particulares adotaram o sistema de “fundação” para prestar serviços de cunho social, cultural e assistencial e se beneficiar, assim, da redução da carga tributária ou receber incentivos e recursos do governo ou de terceiros. Entretanto, com a profissionalização, a disputa econômica e a concorrência aumentaram. As universidades, desse modo, se revestiram da forma empresarial ou associativa, contando com outras formas de fomento, mesmo nos contextos em que recebiam incentivos econômicos também por parte do Estado.

Alguns estudiosos apontam para as origens da Universidade na Academia de Platão e no Liceu de Aristóteles na Grécia Antiga². Na Idade Média, entretanto, o domínio da igreja católica se estendeu pelo mundo; com isso, os centros de conhecimento foram difundidos a partir dos mosteiros e universidades, especialmente voltados ao desenvolvimento da patrística e da escolástica no pensamento religioso, com a preservação e a difusão do conhecimento da antiguidade greco-romana.

Com o Renascimento e o Humanismo, a afirmação do pensamento passa a ser mais matematizante e naturalista, com certa tendência individualista e prática. A partir da Reforma Protestante e da Contrarreforma católica, surgem figuras, como Maquiavel e Bodin, que trazem para o campo intelectual e político um pensamento voltado à autonomização, criando uma modernidade a partir do conhecimento, ainda que preservada a influência greco-romana, e da retomada do pensamento cientificista de Galileu Galilei e Giordano Bruno, o que desencadeou posteriormente a lógica industrialista e a revolução industrial.

Com o Iluminismo, a modernidade passa a dialogar com a ideia de liberdade. Nesse contexto, inaugura-se, em diversos países, aquilo a que se convencionou chamar de Era dos Direitos (Bobbio, 1992). Desenvolveu-se, posteriormente, o questionamento das relações do Direito com o Estado e com a Política. A abordagem historicista, romântica e idealista possibilitou o materialismo e, com ele, concepções autoritárias e totalitárias, como o fascismo, o nazismo e o comunismo,

1 - Para uma abordagem histórica, ler (DALAL, 2016); (CASPER, 2002); e (MONCADA, 1955)

que eclodiram no período das Guerras Mundiais, tendo como pano de fundo os conflitos econômicos e políticos abertos e velados nos momentos posteriores, até a queda do regime Comunista e a expansão do pensamento neoliberal, em que o discurso econômico prevalece sobre o discurso político, sem a devida reflexão ética.

Em seu livro *A crise não moderna da universidade moderna*, Willy Thayer (2002) evidencia aspectos da crise “não moderna da Universidade Moderna”, que passaria da épica ao kitsch, do entusiasmo ao tédio das “nossas” atuais faculdades de filosofia. Nesse sentido, o autor aborda a transcendência da Universidade Medieval e a sua estrutura missionária, a Universidade franco-cartesiana, napoleônico-comtiana, a Universidade de Berlim, a Universidade Filosófica Alemã, a arquitetônica de Kant, a faculdade de filosofia, a faculdade de genealogia, até chegar à transição do Estado ao mercado, considerada por ele como uma crise categorial da Universidade, um confronto entre a Universidade especulativa e a Universidade profissional.

O autor destaca o conflito entre a faculdade autônoma e a universidade estatal, articulada profissionalmente na heteronomia das necessidades do progresso econômico do Estado ilustrado. Nessa perspectiva, ele questiona a degradação promovida dos valores liberais e humanistas da universidade Moderna, para lançar um olhar atrás ao ermo da formação e da cultura universitária.

A partir das inquietações apresentadas por Thayer, talvez seja necessário refletir sobre a necessidade de composição entre a “universidade especulativa” e a “universidade profissional”, mesmo diante da crise categorial que coloca essa instituição entre o Estado e o mercado.

No Brasil, muitas profissões, como a medicina e a odontologia, acabavam sendo exercidas por práticos, que aprendiam o ofício pela tradição, ou por profissionais que se formavam nas universidades europeias e retornavam ao país natal para exercerem seus ofícios. As primeiras faculdades de maior destaque no Brasil foram as Faculdades de Engenharia Militar, Direito e Medicina, com base na estrutura do Estado. Muitos imigrantes vieram, porém, para o país, trazendo consigo os seus ofícios, de maneira que a prática e a teoria deveriam andar juntas, mas nem sempre foi assim (Fausto, 1999).

Franklin Leopoldo e Silva, em texto do livro *Universidade, cidade, cidadania* (Silva, 2014), destaca que a experiência universitária estaria entre dois liberalismos, duas concepções de modernização, dois processos dirigidos para um mesmo objetivo: colocar a Instituição Universitária à altura da sua época, inserindo-a na efetividade do tempo histórico.

O primeiro “liberalismo” e a primeira “modernização” teriam gerado as ideias expressas nos propósitos dos fundadores da Universidade de São Paulo, o Grupo de Liberais Ilustrados que, nos anos de 1920 e 1930, conceberam um projeto político-educacional de regeneração da sociedade brasileira em que a Universidade aparecia como o mais importante instrumento de formação das elites dirigentes. Esses seriam futuramente responsáveis por promover o ingresso do país na modernidade política, mesmo com o lastro incômodo das oligarquias atrasadas, cujos vícios reiteradamente presentes na sucessão das conjunturas constituíam os maiores obstáculos ao aprimoramento da vida política e à realização dos ideais republicanos.

O segundo liberalismo seria aquele que trocou a ilustração pela tecnocracia e, alheio a qualquer projeto emancipatório para o país, contentou-se em se manter alinhado às diretrizes

econômicas globalizantes do capitalismo central. Embora não se possa falar de um grupo cuja coesão identitária fosse sustentada por propósitos tão nítidos quanto os que guiavam os liberais ilustrados de São Paulo, ainda é possível falar da formulação de um projeto que mantém com os objetivos do primeiro liberalismo uma simetria: os liberais ilustrados teriam concebido o projeto inaugural da universidade; os liberais tecnocráticos formularam o projeto terminal da universidade, mesmo com a resistência em nome da sobrevivência da instituição.

Entre a teoria e a prática, o Estado e o Mercado, a especulação e a profissão, suas necessidades de uma visão crítica e prática que procure harmonizar o campo de atuação das universidades públicas e particulares, equacionando também as relações entre a ética, o sistema produtivo da realidade socioeconômica e a política, tendo como referência as seguintes disposições constitucionais da Constituição Federal Brasileira de 1988, constante da Seção I (Da Educação), do Capítulo III (Da educação, da cultura e do desporto), que constam do Título VIII (Da ordem social):

Art. 205. A educação, Direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

II - Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.

III - Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privada de ensino.

IV - Gratuidade de ensino público em estabelecimentos oficiais.

[...]

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

[...]

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - Cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - Autorização e avaliação de qualidade pelo poder público. (BRASIL, 1988).

Tais dispositivos constitucionais são concretizados pela Lei nº 9394/1996, que dispõe sobre as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e devem ser considerados como referência e campo significativo de debate sobre o tema.

2. UNIVERSIDADES PÚBLICAS: A AUTONOMIA E O CARÁTER PÚBLICO.

Um dos dilemas das universidades públicas e das particulares consiste na escolha entre se tornar uma grande cidade universitária independente, concentradora e difusora da crítica filosófica ou um centro tecnológico submetido aos imperativos do mercado.

No caso das universidades públicas, o dilema é intenso entre o caráter público dessas instituições – uma vez que são criadas e mantidas pelo Estado, demandando transparência e responsabilidade na aplicação e gestão de recursos e na definição de políticas públicas universitárias – e a autonomia universitária constitucionalmente reconhecida e entendida como a capacidade de deliberar sobre a própria atuação, dentro da sua finalidade constitucional de ensino, pesquisa e extensão universitária. Nesse sentido, é importante destacar que a autonomia das universidades públicas não significa independência institucional, já que a maior parte dos seus recursos provém da arrecadação tributária e pela aplicação de recursos públicos, submetidos ao regime administrativo e orçamentário constitucional, dentro de uma perspectiva de democracia orçamentária e de responsabilidade fiscal.

Nesse íterim, muitos professores, pesquisadores e estudantes foram aos Estados Unidos para conhecer o modelo de gestão pública flexível da administração norte-americana, pensando uma possível aplicação desse modelo às universidades públicas brasileiras. Contudo, quase todas as universidades americanas são particulares, ainda que marcadas por uma forte intervenção de políticas públicas. Mesmo no Canadá, que é um país com tradições culturais diversas, e em alguns países que permitem a cobrança de mensalidades dos alunos nas universidades públicas, há critérios de acesso e gestão desses recursos que são estabelecidos por regramento público. Nesse sentido, a autonomia dessas Instituições de Ensino Superior também não significa total independência do Estado, na medida em que devem observar as regras desse de aplicação de recursos e de possibilidade de acesso.

Foram criados mecanismos de parcerias com a iniciativa privada, seja a partir de bolsas de estudos, como nos EUA, e das fundações de apoio universitário, que são instituições criadas pelos docentes, com uma disciplina legal específica já reconhecida como constitucional, para promover a captação de recursos junto à iniciativa privada (Almeida, 2002). Porém, no Brasil, como é proibida a cobrança de mensalidades dos alunos de IES públicas, as atividades de fomento privado são viabilizadas por institutos de extensão universitária e pelas referidas fundações de apoio.

As universidades públicas brasileiras cumprem o seu papel, no que tange ao acesso inclusivo – com a adoção da política de cotas no ingresso – e à produção de conhecimento de interesse da coletividade, especialmente no que diz respeito ao fomento público, fortalecida pela oferta de bolsas de pesquisa. Apesar disso, essas instituições não perdem o caráter meritocrático de seus meios de acesso (seja para o ingresso de docentes ou discentes). É certo que as políticas de inclusão e destinação social do conhecimento existente são grandes conquistas, mas deveriam ser mais democratizadas com a participação dos Conselhos de Gestão Universitária, além do corpo acadêmico e de agentes de articulação social.

Nesse sentido, o que fica inviável é a criação de “feudos acadêmicos” como uma forma de apropriação privada das fontes de acesso e de fomento das universidades públicas. Manter uma postura como essa desvirtua a finalidade constitucional das instituições de ensino superior públicas para favorecer a adoção de conhecimentos não voltados à coletividade, de interesse corporativo, pessoal ou exclusiva ao seu corpo docente. Perspectivada assim, a cidade universitária seria o centro sobre o qual giraria toda a vida social, servindo a sociedade à universidade, e não a universidade à sociedade, que a mantém, com a contribuição do conhecimento e da crítica que a

universidade pública possa fornecer, lembrando que o crítico social também ocupa uma função a ser questionada, especialmente no que diz respeito ao efetivo interesse da sociedade.

Franklin Leopoldo Silva (Silva, 2014 p. 145-146) tece algumas considerações críticas, afirmando que quanto mais enfraquecida estiver a ação da negatividade no interior da cultura, mais a civilização se afirmará como positiva. Nesse sentido, o triunfo de uma determinada tábua de valores seria maior, na medida em que maior fosse a capacidade de incorporar ou de eliminar outros valores, dissolvendo assim qualquer oposição. A vitória de um conjunto de parâmetros civilizatórios não será completa enquanto esse conjunto tiver de conviver com outro que lhe seja oposto, pois, a potência do “dever ser” representaria, nesse caso, sempre algum grau de ameaça àquilo que é e que se consolidou como existente.

Seria preciso que os conteúdos culturais se tornassem homogêneos como “veículos de adaptação” para que a civilização do presente possa se representar como triunfante. Dessa maneira, a sociedade se organiza de modo a administrar qualquer conflito, erradicar todas as contradições, resolver qualquer enigma, promover todas as conciliações, de tal modo que a “tensão real, histórica” entre a vida administrada e as potencialidades humanas desapareça.

A partir dessa identificação entre a realidade e a necessidade surge a significação eminentemente “edificante” da cultura, tornada assim uma pedagogia da adaptação. O esvaziamento das tensões redundando na plena funcionalidade: tudo aquilo que não confirma essa funcionalidade seria visto como não relacionado com a realidade e definido como “irracional” pela racionalidade tecnológica dominante. Isso faz com que os valores nascidos de uma experiência ativa de contestação – autonomia, liberdade, igualdade – sejam retraduzidos de modo a perderem o potencial crítico e negativo inerente à sua gênese. Assim deve ser para que se reproduza o caráter dominante da racionalidade tecnológica. E disso se encarrega a educação, conforme defendido por Franklin Leopoldo Silva.

Nessa esteira, Willy Thayer (Thayer, 2002, p. 142-143) apresenta uma abordagem reflexiva sobre o papel da modernização, da educação moderna e da democracia, pois a modernização aponta não só para uma crise das ideologias, mas também para uma crise categorial. Em vista disso, as categorias modernas e sua capacidade de representar e refletir sobre o que acontece universitariamente, como elabora o autor, teriam perdido força.

Quando se fala em crise da educação moderna, fala-se da inaplicabilidade, total ou parcial, dessas categorias para a análise e o entendimento da contingência. Diz-se, também, de um deslocamento do saber, do poder, da educação e das práticas, fora das margens categoriais modernas da universidade e também da política. A união entre a universidade e a política modernas seria inseparável, ao menos enquanto a arquitetônica moderna de uma coincidissem com a arquitetônica moderna da outra. Trata-se, pois, de uma crise (não progressista) das categorias modernas tanto para a análise do saber quanto do poder, como conclui Willy Thayer.

Para além da mera contradição ou do jogo do saber-poder, é preciso que se veja a civilização a partir das relações entre os instrumentos, instituições e valores que possam equacionar a prática econômica, ética e política; por isso, a necessidade de se analisar a relação entre o papel constitucional e democrático das universidades públicas no Brasil dentro da experiência e da comunicação normativa.

3. UNIVERSIDADES PARTICULARES: A DIFUSÃO DO CONHECIMENTO E A BUSCA DO LUCRO

Ao abordarmos o desenvolvimento deste tópico, estamos centrados no papel das universidades de difusão do conhecimento, que, nas universidades particulares, tem como regra o caráter lucrativo dessas instituições. No entanto, não podemos contextualizar o tema sem fazer algumas considerações específicas, até pelo fato de a educação não ser um mero bem de consumo.

No discurso comunista – até que se efetivasse a transição do socialismo para o comunismo – caberia a apropriação pública dos bens de produção, sendo toda a iniciativa econômica centralizada no Estado. A implosão do comunismo, ou do socialismo real, ocorreu devido ao caráter sufocante que esse modelo representava para a sociedade. De fato, nesse regime, havia um rígido controle estatal da economia, no qual o Estado definia as necessidades básicas das pessoas e os investimentos sociais por meio dos mecanismos da chamada “democracia popular”, que levavam até a cúpula do partido Comunista e, efetivamente, dirigia os investimentos sociais necessários a partir da política de planejamento estatal da economia.

A iniciativa econômica difusa do capitalismo contribuiu com a queda do regime comunista, ou socialismo real. Nesse contexto, enquanto o comunismo, muito próximo das doutrinas autoritárias orientais, se preocupava com as necessidades básicas do indivíduo e com a maneira que ele se insere no todo, o capitalismo não se limitava a atender essas necessidades, mas as criava de acordo com o mercado de consumo, deixando o Estado livre para se preocupar com aspectos públicos não totalitários, apesar da crítica da expansão do liberalismo econômico pela ausência de concorrência do bloco comunista, como demonstra Eric Hobsbawm em seu livro *Era dos extremos*. (Hobsbawm, 1995, p. 552)

Como vimos, o sistema universitário brasileiro era baseado no modelo europeu, no qual as universidades são prioritariamente mantidas pelo poder público. No entanto, a pressão da livre iniciativa no campo de ensino, apesar da existência das entidades confessionais e de outras geridas por pessoas ou famílias, possibilitou a entrada de grupos econômicos internacionais na educação brasileira, que exerceram sobre esse campo uma forte pressão, conforme se evidencia na crítica feita no livro *Política educacional* (Shiroma, Moraes e Evangelista, 2002) e no artigo “Os reformadores empresariais da educação: da desmoralização no magistério à destruição do Sistema Público de Educação”, de Luiz Carlos de Freitas (Freitas, 2012).

A Constituição Federal de 1988 teve um papel de crítica na abertura do mercado, já que a educação era tida e afirmada constitucionalmente como uma questão de interesse público, não algo de livre mercado voltado exclusivamente ao oferecimento dos serviços de ensino, considerando as necessidades de registro, regulação e fiscalização das instituições universitárias. Portanto, a regulação dessa matéria pelo Estado envolvia questões de ordem pública vinculadas ao interesse de difusão regular do conhecimento. Desse modo, as instituições de ensino privado continuam sendo particulares, mas a sua regulação e fiscalização atendem aos interesses de ordem social.

Além disso, acabou-se por consolidar no sistema educacional mecanismos de democratização do ensino a partir do financiamento público de bolsas de estudo, em paralelo aos modelos privados de fomento. Houve, porém, uma ênfase na aplicação de recursos públicos na área, considerando que as universidades públicas, mesmo com as medidas inclusivas, destinam-se a gerar conhecimento de interesse da coletividade.

4. CONCLUSÃO

Este trabalho procurou desenvolver uma reflexão sobre o regime jurídico das universidades públicas e particulares no Brasil. Abordou o papel social das universidades e a necessidade de esclarecimento quanto aos regimes públicos e particulares das instituições de ensino superior, sem desconsiderar o papel constitucional das universidades no sistema de ensino. Partiu-se de uma abordagem histórica, passamos pela análise da infraestrutura social comparada das instituições universitárias e terminamos com o seu desenvolvimento no Brasil e no mundo.

Destacou-se que um dos grandes dilemas das universidades públicas e particulares é a escolha entre se tornarem grandes cidades universitárias independentes, concentradoras e difusoras da crítica filosófica, ou centros tecnológicos submetidos aos imperativos do mercado, tendendo-se a afirmar a necessidade de composição desses dois extremos para se delimitar o papel social das universidades e retirar a ambiguidade dos regimes público e particular, nas relações entre os papéis do Estado e das empresas.

As universidades públicas enfatizam o seu caráter público e a sua autonomia universitária. Entretanto, a autonomia universitária não significa independência institucional, uma vez que a manutenção da instituição depende da arrecadação tributária e da aplicação de recursos públicos, embora haja também parcerias e fomentos particulares, que não desvirtuam o caráter público dessas universidades e o regime constitucional pertinente.

No que diz respeito às universidades particulares, destacou-se que seu regime constitucional decorre da necessidade de regulação e de viabilização da difusão do conhecimento, apesar do seu caráter lucrativo ou do fomento por parte da iniciativa privada. As universidades públicas, por sua vez, são destinadas a fornecer conhecimentos de interesse da coletividade, especialmente no que diz respeito ao fomento público, não deixando, porém, de perder o seu caráter meritocrático em relação ao meio de acesso, apesar das políticas de inclusão e da destinação social do conhecimento. Enfim, buscou-se articular a convivência dos regimes público e particular das instituições de ensino superior, sem confundi-los.

Pode-se dizer que, apesar das formas de controle para se atingir fins constitucionais e democráticos de difusão do ensino de qualidade, as universidades particulares têm, como regra, o perfil e a dinâmica empresarial ou associativa, não se submetendo, salvo os imperativos de cunho constitucional e democrático referidos, ao planejamento estatal. As universidades públicas, apesar de disporem de autonomia e de institutos de captação de recursos privados, são instituições pertencentes ao Estado e submetidas ao regime constitucional e democrático da esfera pública, no fornecimento do conhecimento de interesse público.

Em linhas gerais, procurou-se delimitar o papel social das universidades e a necessidade de eliminar a ambiguidade de regimes nas relações que se estabelecem entre Estado e empresa.

Como conclusão específica, que reflete o posicionamento do autor, pode-se dizer que há uma inadequação no regime das universidades públicas e particulares no Brasil que precisa ser corrigida para a devida reorientação do papel dessas instituições no sistema educacional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria de Lourdes Pinto de. Universidade Pública & Iniciativa privada: os desafios da globalização/Maria de Lourdes Pinto de Almeida.- Campinas, São Paulo: Editora Alínea,2002.

BOBBIO, Noberto. A era dos direitos/Noberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho.- Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CASPER, Gerhard Futuro da universidade/ Gerhard Casper, Wolfgang Iser; tradução, Bluma Waddington Vilar.- Rio de janeiro: EdUERJ, 2002.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm - acessado em 29/11/2023.

DALAL, Roshen- A compacta História do mundo/ Roshen Dalal; tradução de Maurício Tamboni- São Paulo: Universo dos livros, 2016.

FAUSTO, Boris. História do Brasil/ Boris Fausto.- 6. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação para o Desenvolvimento da Educação, 1999.- (Didática,1).

FREITAS, Luiz Carlos de. Os reformadores empresariais da Educação: da desmoralização do magistério à destruição do sistema público de educação. In Revista Educação e Sociedade. Campinas. V.33, n.119,p. 379-404. Abr-Jun 2012.

HOBSBAWM, Eric J. Era dos Extremos : o breve século xx: 1914-1991 / Eric Hobsbawm; tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. - São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MONCADA, Cabral de. Filosofia do Direito e do Estado. Vol. I. Parte Histórica. 2. Ed. Revista e Acrescentada – Coimbra: Coimbra Editora, Ltda, 1955.

RICOEUR, Paul. A Crítica e a Convicção. Tradução de António Hall.- Lisboa: Edições 70, Lda.,1997.

SHIROMA, Eneida Oto. Política Educacional / Eneida Oto Shiroma, Maria Célia Marcondes de Moraes, Olinda Evangelista. Rio de Janeiro: DP & A, 2002. 2º edição.

SILVA, Franklin Leopoldo e. Universidade, Cidade e Cidadania. Valter José (organização),1. Ed. - São Paulo: Editora Hedra Ltda., 2014.

THAYER, Willy, A crise não moderna da universidade moderna (Epílogo de O conflito das faculdades)/ Willy Thayer; tradução de Rômulo Monte Alto.- Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License





Data de recebimento: 27/10/2023

Data de aceite: 24/11/2023

.....

PLANO DE CONTRATAÇÕES ANUAL: BOAS PRÁTICAS PARA A RACIONALIDADE, EFICIÊNCIA E TRANSPARÊNCIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

.....

ANNUAL HIRING PLAN: GOOD PRACTICES FOR THE RATIONALITY, EFFICIENCY AND TRANSPARENCY OF PUBLIC PURCHASES

Anna Clara Leite Pestana¹

Luiz Henrique Cademartori²

1 - Mestranda do Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito (PPGPD) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Área de pesquisa: Direito e Acesso à Justiça. Linha de pesquisa: Acesso à Justiça e Processos Jurisdicionais e Administrativos: a administração da justiça sob o enfoque do combate. Auditora Fiscal de Controle Externo (AFCE) do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC). Especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: annapestana@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3368-5830>.

2 - Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1989); mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993); doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e pós-doutorado pela Universidade de Granada - Espanha. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Atua como coordenador do curso de Direito da UFSC e como consultor na área de Direito Administrativo. É coordenador dos projetos de pesquisa: Direito Administrativo e Constitucionalismo e Modelagem; e Compreensão dos Sistemas Sociais: Direito, Estado, Sociedade e Política. E-mail: luiz.cademartori@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2891-0757>.



SUMÁRIO: Introdução; 1. Planejamento e Governança; 1.1 O papel central do planejamento nas contratações públicas; 1.2 A chegada da governança nas contratações públicas; 2. Plano de Contratações Anual; 2.1 O Plano de Contratações Anual como instrumento de governança das contratações e de gestão do planejamento; 2.1.1 O necessário alinhamento entre contratação, estratégia e orçamento; 2.1.2 Uma quase novidade enunciada pela Lei n.º 14.133/2021 como facultativa; 2.1.3 Em busca da otimização das contratações públicas; 2.2 O procedimento de elaboração, execução e controle do Plano de Contratações Anual; 2.2.1 Competência para regulamentação; 2.2.2 Competência para elaboração; 2.2.3 Unidades e agentes; 2.2.4 Forma de registro; 2.2.5 Conteúdo; 2.2.6 Procedimento; 2.2.7 Prazos; 3. Boas práticas para a edição de regulamentação local e regional; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo geral investigar como o Plano de Contratações Anual pode contribuir para a promoção de compras públicas mais racionais, eficientes e transparentes. Para esse propósito, partiu-se do estudo do planejamento e da governança nas contratações, bem como do conceito, natureza, origem, objetivos, benefícios e procedimentos do PCA, para, em seguida, com base na Lei n.º 14.133/2021, na doutrina, na jurisprudência do Tribunal de Contas da União e nas regulamentações federal, estaduais e municipais, sugerir boas práticas para a adequada implementação do plano. Quanto à metodologia, a pesquisa se caracteriza por ser dedutiva, qualitativa, prescritiva, bibliográfica e documental, pautando-se essencialmente no estudo da doutrina, da jurisprudência e da legislação pátria. Ao final, conclui-se que é possível a construção de um plano que efetivamente contribua para a racionalização, eficiência e transparência das compras públicas. Nesse desafio, deve a administração pública editar um regulamento compatível com os objetivos do plano e com a realidade local e regional.

PALAVRAS-CHAVE: Plano de Contratações Anual. Governança pública. Planejamento. Contratações públicas. Nova lei de licitações e contratos administrativos.

ABSTRACT: *The general objective of this study is to investigate how the Annual Hiring Plan can contribute to the promotion of more rational, efficient and transparent public purchases. For this purpose, it began by studying planning and governance in contracting, as well as the concept, nature, origin, objectives, benefits and procedures of the AHP, and then, based on Law no. 14.133/2021, in doctrine, in the jurisprudence of the Federal Court of Auditors and in federal, state and municipal regulations, suggest good practices for the adequate implementation of the plan. Regarding the methodology, the research is characterized by being deductive, qualitative, prescriptive, bibliographic and documentary, as it is mainly based on the study of doctrine, jurisprudence and national legislation. In the end, it is concluded that it is possible to build a plan that effectively contributes to the rationalization, efficiency and transparency of public purchases. In this challenge, the Public Administration must issue regulations compatible with the plan's objectives and local and regional reality.*

KEYWORDS: *Offer in compromise. Judicial recovery. Attorney-General of the Public Finances Office. Collection. Debt regularization.*

INTRODUÇÃO

As contratações públicas são um dos principais instrumentos para o atendimento das necessidades sociais, por materializar, ao final, políticas públicas de interesse da sociedade, como saúde, educação e segurança. Além disso, em estudo publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, verificou-se que as compras públicas representaram, no período de 2002 a 2019, uma média de aproximadamente 12% do Produto Interno Bruto brasileiro (THORSTENSEN, 2021).

Não obstante a notória relevância econômica e social, são inúmeros os casos de contratações públicas frustradas, a exemplo das aquisições de mochilas escolares de tamanho inadequado para os alunos de uma creche municipal (ALVES, A. T., 2017); de máscaras descartáveis de proteção respiratória gigantes para os alunos da rede estadual (PEIXOTO, 2020) e de aparelhos de ar-condicionado não suportados pelas instalações elétricas de escolas estaduais (SANTA CATARINA, 2017).

Além da repercussão negativa para a unidade e das eventuais sanções aplicadas pelos órgãos de controle aos agentes envolvidos, as compras públicas, quando malsucedidas, provocam o desperdício de recursos públicos e o não atendimento da necessidade que as originou.

Entre os vários fatores que afetam a qualidade do gasto público, a falta de planejamento das contratações tem sido apontada como um dos principais. Com efeito, o Tribunal de Contas da União – TCU, após reiteradas auditorias, constatou que as fragilidades nas contratações públicas têm como causa recorrente as deficiências no planejamento (BRASIL, 2015; BRASIL, 2016).

Diante desse cenário, o objetivo do presente estudo consiste em investigar como o Plano de Contratações Anual pode contribuir para a promoção de contratações mais racionais, eficientes e transparentes. A relevância do tema emerge do seu potencial para colaborar tanto para o avanço do conhecimento acadêmico no contexto do Direito Administrativo, por se tratar do estudo de um instituto relativamente novo, sobretudo para as administrações estaduais e municipais, reduzindo a lacuna teórica que envolve o assunto; quanto para aprimorar o conhecimento prático, aplicado no exercício da gestão pública, uma vez que busca trazer luz e direcionamento à atuação dos agentes públicos.

O método de abordagem utilizado na presente investigação é o dedutivo, por partir da adoção de um referencial teórico e da revisão bibliográfica dos conceitos envolvidos, para, em seguida, proceder à aplicação desse conhecimento na análise do instituto em exame (MEZZAROBBA; MONTEIRO, 2017).

Os elementos metodológicos que orientam a operacionalização deste estudo são de natureza qualitativa, visto que “procura enfatizar as qualidades e as especificidades de seu objeto (ideia, conceito, coisa, pessoa, fato, fenômeno, etc.), dando ênfase para as suas origens, desenvolvimento e forma de ser” (MEZZAROBBA; MONTEIRO, 2017, p. 149-150).

Em relação aos fins que se pretende alcançar, entende-se que o trabalho apresentado – embora apresente traços característicos das pesquisas exploratórias, descritivas e analíticas – é fundamentalmente prescritivo, pois busca, em última análise, “enunciar as lições aprendidas com potencial de generalização e propor aprimoramentos na solução adotada” (PINTO JÚNIOR, 2018, p. 42).

No tocante aos métodos de procedimento, a presente investigação é bibliográfica e documental, por ter como fontes de pesquisa não só publicações em livros, revistas e periódicos, mas também documentos de órgãos públicos (GIL, 2018), material suficiente para que o objetivo fixado seja alcançado.

O desenvolvimento do artigo foi planejado em três etapas. Inicialmente, foram abordados o planejamento e a governança nas contratações, por constituírem a base teórica do Plano de Contratações Anual. Em seguida, procedeu-se ao exame do PCA, sob a ótica da Lei nº. 14.133/2021, do Decreto federal nº. 10.947, de 25 de janeiro de 2022, da doutrina e da jurisprudência do TCU, com vistas à apreensão do conceito, natureza, objetivos, benefícios e procedimentos afeitos a esse instrumento. Por fim, identificadas todas as potencialidades do PCA, e considerando as regulamentações já editadas (federal, estaduais e municipais), foram sugeridas boas práticas³ para a regulamentação local e regional do plano.

Espera-se, ao final, agregar esforços para o aprimoramento da gestão pública, uma vez que a compreensão do Plano de Contratações Anual possibilitará aos órgãos e entidades a adequada implementação desse instrumento, contribuindo para a promoção de contratações mais racionais⁴, eficientes⁵ e transparentes⁶.

1. PLANEJAMENTO E GOVERNANÇA

1.1 O papel central do planejamento nas contratações públicas

A experiência prática dos últimos anos demonstrou que a atenção às fases de seleção do fornecedor, de gestão e de fiscalização do contrato, embora salutar, não é suficiente, por si só, para garantir uma compra pública de qualidade (ZANOTO, 2021). Em verdade, verificou-se que o sucesso de uma contratação está diretamente vinculado a um planejamento bem executado.

Por certo, as falhas na etapa preparatória prejudicam a adequada condução das fases subsequentes, reduzindo as chances de êxito da contratação, podendo acarretar, entre outras consequências, o “não atendimento da demanda, prorrogações e acréscimos contratuais desnecessários, prejuízo financeiro e, muitas vezes, a responsabilização dos envolvidos no processo” (VARESCINI, 2021). Se bem executado, todavia, o planejamento “servirá como alicerce para uma fase externa sem maiores contratemplos, resultando num contrato plenamente exequível e aderente à sua finalidade, com a solução almejada para a demanda constatada” (ZANOTO, 2021, p. 154).

3 - Para os fins deste estudo, entende-se por “boas práticas” os procedimentos inovadores, frutos de experiências acumuladas, adequados às peculiaridades de um ou de mais casos ou demandas, com amparo no ordenamento jurídico, aptos a atingirem resultados de maneira mais eficiente e com potencial de replicação (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2022).

4 - Adota-se, nesta pesquisa, o entendimento da “racionalidade” como o “processo de busca do modo ótimo ou do melhor modo possível na realização do fim” (GABARDO, 2017).

5 - Entende-se por “eficiência” o princípio que “propugna que a Administração Pública satisfaça os interesses públicos de modo ótimo, com o melhor aproveitamento dos seus recursos financeiros, de sua força de trabalho, com celeridade e com os menores impactos adversos” (NIEBUHR, 2023, p. 87).

6 - A “transparência”, nos termos mobilizados aqui, é um princípio que “exige que a atuação da Administração Pública seja amplamente divulgada e aberta ao conhecimento público, somente sendo permitido o sigilo nas hipóteses expressamente previstas na Constituição” (DI PIETRO, 2022, p. 1103).

Essa nova perspectiva trouxe o enfoque para o planejamento. De fato, ante a escassa atenção da Lei n.º. 8.666/1993 a essa etapa, os órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União, construíram extensa jurisprudência para evidenciar o dever do administrador público de planejar as contratações do órgão ou entidade. É o que se observa nos seguintes trechos extraídos de enunciados de acórdão do TCU: “O administrador público deve realizar planejamento anual para compras” (BRASIL, 2009a); “As compras e a execução de serviços devem ser planejados em sua totalidade” (BRASIL, 2009b); e “As aquisições e contratações dos órgãos públicos devem ser adequadamente planejadas” (BRASIL, 2008). Conforme se verifica, é antiga a preocupação com o planejamento, não só de cada contratação individualmente considerada (nível “micro”, gerencial), mas de todas aquelas realizadas pela organização em um dado exercício (nível “macro”, estratégico).

Seguindo o entendimento jurisprudencial da Corte de Contas federal, a Lei n.º. 14.133/2021 atribuiu ao planejamento um papel central na contratação pública, pois o alçou a princípio, dedicou um capítulo inteiro à sua fase preparatória e previu a elaboração do Plano de Contratações Anual, consolidando, por fim, a compreensão quanto à imprescindibilidade do planejamento nos níveis gerencial e estratégico (BRASIL, 2021a, arts. 5º, 12 e 18 a 27).

Nesse contexto, é indispensável, para a gestão pública, o fortalecimento de uma atuação administrativa planejada, que reflita sobre as demandas prévia e antecipadamente ao seu surgimento, e não meramente reativa, que atue apenas quando do surgimento das necessidades. O alcance desse propósito, no entanto, perpassa pela consolidação da governança nos órgãos e entidades contratantes. É o que será visto adiante.

1.2 A chegada da governança nas contratações públicas

A governança surge na iniciativa privada para mitigar o conflito de agência entre o agente (gestores ou diretores) e o principal (proprietários ou acionistas), que ocorre quando os interesses desse não são adequadamente atendidos por aquele. Esse conflito também é observado no setor público, no qual a sociedade assume o papel do “principal”, e os agentes públicos, do “agente” (BRASIL, 2020, p. 26 e 36).

Nesse contexto, desenvolveu-se uma governança pública organizacional, conceituada como “os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade” (BRASIL, 2020, p. 36).

Como a governança pública direciona a gestão das organizações para resultados de interesse da sociedade, sua aplicação às contratações públicas é fundamental para o atendimento efetivo das necessidades públicas. Por isso, já se compreende a governança das contratações públicas como o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das contratações públicas, visando a agregar valor ao negócio do órgão ou entidade, e contribuir para o alcance de seus objetivos, com riscos aceitáveis” (BRASIL, 2021b, art. 2º, inciso III).

A Lei n.º. 14.133/2021, inclusive, previu que a governança das contratações públicas tem por função garantir que as contratações alcancem seus objetivos, quais sejam: certificar que a se-

leção da proposta é apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a administração pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Ademais, cabe ainda a esse tipo de governança promover um ambiente íntegro e confiável, em que as contratações estejam alinhadas ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias, para que se garanta a eficiência, a efetividade e a eficácia necessárias a esse processo (BRASIL, 2021a, art. 11; 2021b, arts 3º e 4º).

Para o desempenho dessa função, o modelo de autoavaliação em governança pública, utilizado pelo TCU para avaliar as unidades sob sua jurisdição, trouxe as medidas mais relevantes para o bom desempenho da gestão das contratações (BRASIL, 2020, p. 148). Entre as práticas listadas, tem-se a de “realizar planejamento das contratações”, a qual ressalta a importância da elaboração do Plano de Contratações Anual. Com efeito, essa prática avalia se o PCA: (a) é elaborado; (b) é aprovado pelo dirigente máximo da organização (ou pelo ordenador de despesas, por delegação); (c) é elaborado com a participação de setores relevantes; (d) contempla a associação dos itens a um projeto ou a um processo alinhado à estratégia da organização; e (e) é divulgado de modo adequado, incluindo o *site* oficial da organização na internet (BRASIL, 2020, p. 179).

Com vista a atender às diretrizes do TCU, o governo federal editou o Decreto nº. 10.947, de 25 de janeiro de 2022, que regulamenta o PCA, e a Portaria SEGES/ME n. 8.678, de 19 de julho de 2021, que, ao dispor sobre a governança das contratações públicas, elenca, entre seus 9 (nove) instrumentos, o PCA (BRASIL, 2021b, art. 6º, inciso II).

Do exposto, verifica-se que a promoção de contratações mais racionais, eficientes e transparentes pressupõe a adoção de medidas que promovam o adequado planejamento (nos níveis micro e macro), bem como reforcem a governança organizacional. Uma das providências mais importantes desse processo é o levantamento preliminar das demandas que serão atendidas no exercício subsequente, as quais serão devidamente registradas em um documento denominado Plano de Contratações Anual.

2. PLANO DE CONTRATAÇÕES ANUAL

2.1 O Plano de Contratações Anual como instrumento de governança das contratações e de gestão do planejamento

2.1.1 O necessário alinhamento entre contratação, estratégia e orçamento

O Plano de Contratações Anual é um instrumento de governança e gestão, elaborado anualmente pelos órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo, a partir das informações trazidas pelos documentos de formalização da demanda, com vistas a consolidar os objetos que a unidade federada pretende contratar no exercício subsequente e, ainda, servir de base para a elaboração das leis orçamentárias e dos estudos técnicos preliminares das contratações vindouras.

De início, é perceptível que o PCA não é, tecnicamente, um instrumento da etapa pre-

paratória (entendida de forma “micro” como a estruturação de cada contratação individualmente considerada), mas sim da etapa de planejamento (entendida de forma “macro” como a programação de todas as contratações realizadas pela organização) (LEONEZ, 2023). Não obstante, o PCA tem estreita interlocução com a fase preparatória de cada contratação, como comprova o dever de demonstrar, nessa etapa, a previsão da respectiva aquisição no plano (BRASIL, 2021a, art. 18, caput, e §1º, inciso II). Por isso, pode-se afirmar que, quando elaborado, o PCA é o ponto de partida das compras públicas realizadas no ano seguinte ao da sua confecção.

Essa percepção é importante para a compreensão do posicionamento do Plano de Contratações Anual no processo de contratações públicas e, por conseguinte, de quais documentos o PCA extrairá materiais para sua composição e para quais documentos deverá fornecer informações.

Por ser uma peça que consolida as demandas que se pretende contratar no exercício seguinte, o PCA absorverá dados tanto dos documentos de formalização da demanda, os quais trazem as necessidades de cada unidade, quanto dos instrumentos de governança (o planejamento estratégico, o plano diretor de logística sustentável, o plano anual de capacitação, o plano diretor de tecnologia da informação, o plano de obras, entre outros), nos quais constam as metas e os objetivos da organização. Nesse ínterim, busca-se garantir o alinhamento entre ambos.

Após elaborado, o PCA subsidiará a produção tanto das leis orçamentárias, por fornecer a estimativa de despesa com as contratações públicas, quanto dos estudos técnicos preliminares das futuras contratações, por oferecer informações das necessidades da organização, já alinhadas ao planejamento estratégico.

Como se observa, o Plano de Contratações Anual opera no processo de contratações públicas como um dos mais importantes instrumentos de governança e gestão, na medida em que constitui um verdadeiro elo entre contratação, estratégia e orçamento (ALVES, P., 2023).

2.1.2 Uma quase novidade enunciada pela Lei nº. 14.133/2021 como facultativa

O Plano de Contratações Anual não é uma criação da Lei nº. 14.133/2021, pois esse documento já existia, no âmbito da União, desde 2018, com a Instrução Normativa SEGES/ME nº. 1, de 29 de março de 2018, a qual determinou a obrigatoriedade de sua elaboração a partir de 2019, para as contratações de tecnologia da informação e comunicação (BRASIL, 2018, art. 15)⁷. A normativa, ressalta-se, foi resultado do atendimento pelo Ministério da Economia de uma série de recomendações do Tribunal de Contas da União para o desenvolvimento de um plano de compras com vistas à consecução da governança nas contratações (BRASIL, 2015; BRASIL, 2016). A Lei nº. 14.133/2021, portanto, ao positivar o Plano de Contratações Anual, não só atribuiu a esse instrumento um papel central no planejamento e na governança das aquisições, como ampliou a possibilidade de sua utilização para os demais entes federativos e para todos os tipos de contratações.

7 - A Instrução Normativa SEGES/MPDG nº. 1, de 29 de março de 2018, foi sucedida pela Instrução Normativa SEGES/ME nº. 1, de 10 de janeiro de 2019, posteriormente revogada pela Instrução Normativa SEGES/ME nº. 20, de 04 de abril de 2022.

A previsão normativa do PCA, entretanto, gerou controvérsias entre os estudiosos quanto à obrigatoriedade da sua produção. Com efeito, para alguns doutrinadores, ao optar pelos termos “poderão” (BRASIL, 2021a, art. 12, inciso VII) e “sempre que elaborado” (BRASIL, 2021a, art. 18, caput), a nova lei de licitações e contratos faculta a escolha, pelo ente federativo, de produzi-lo ou não (NIEBUHR, 2023). Outra corrente, no entanto, entende que a redação legal, embora induza à facultatividade, não deve ser critério isolado de interpretação, tendo, em verdade, um dever de elaboração (JUNTEN FILHO, 2021).

Não obstante as divergências doutrinárias, advoga-se, neste estudo, pela facultatividade da construção do plano. Com efeito, apesar de se reconhecer a dificuldade de cumprimento do dever de assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias (BRASIL, 2021a, art. 11, parágrafo único) sem a elaboração do Plano de Contratações Anual, entende-se que a Lei nº. 14.133/2021 não exigiu a produção desse documento específico, uma vez que, em duas oportunidades, mencionou expressamente sua natureza facultativa (BRASIL, 2021a, art. 12, inciso VII; e art. 18, caput), podendo as unidades atenderem à governança das contratações por meio de outras ferramentas.

Todavia, não há óbice aos entes federativos, caso entendam pertinente disporem de modo mais rigoroso em seus regulamentos, exigindo compulsoriamente a sua construção. Essa foi a opção do governo federal, o qual, dada a evidente relevância do PCA para o planejamento e governança das aquisições, prescreveu a obrigatoriedade de sua elaboração, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (BRASIL, 2022a, art. 3º), dispensando do seu cumprimento apenas os comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (BRASIL, 2022a, art. 1º, parágrafo único). Quanto aos demais poderes da União, assim como aos Estados e municípios, é legítima a escolha de desenvolver ou não o plano.

2.1.3 Em busca da otimização das contratações públicas

Embora não seja obrigatória, a adoção do Plano de Contratações Anual é fortemente recomendável, ainda que nos municípios de pequeno porte, uma vez que esse instrumento, como será visto adiante, auxilia a administração pública a promover contratações mais racionais, eficientes e transparentes.

Entre os benefícios da elaboração do PCA, tem-se a racionalização das contratações (BRASIL, 2021a, art. 12, inciso VII, 2022a, art. 5º, incisos I e IV), pois as informações gerenciais produzidas pelo plano auxiliam a tomada de decisão pelo gestor público. Se uma prefeitura municipal, por exemplo, consolida em um único plano as demandas encaminhadas por todas as secretarias que a compõem, identificará necessidades comuns não só entre essas unidades, mas entre outros órgãos e entidades do município, e até mesmo entre cidades vizinhas, possibilitando a agregação dos objetos de mesma natureza, por meio de contratações centralizadas⁸ ou comparilhadas⁹.

8 - A estratégia de compra intraorganizacional (dentro de uma mesma organização) pode acontecer quando um ente federativo, por ato regulamentar, delega a uma central de compra a atribuição de conduzir e processar as contratações dos órgãos e entidades que o compõem.

9 - A estratégia de compra interorganizacional (entre organizações distintas) se aplica às situações em que mais de um órgão ou entidade, não pertencentes à mesma estrutura, realiza uma contratação em conjunto para atender às necessidades comuns, por meio do sistema de registro de preços, consórcios públicos, acordos de cooperação, entre outros.

Essa prática proporciona diminuição de esforços, simplificação de processos, melhor aproveitamento dos recursos humanos, padronização de produtos e serviços, redução de custos processuais, economia de escala, além de evitar o fracionamento de despesas e a repetição de licitações para um mesmo objeto.

Do mesmo modo, ao sinalizar as intenções de contratação ao mercado (BRASIL, 2022a, art. 5º, inciso V), o Plano de Contratações Anual tem o potencial de promover a aproximação e o diálogo com os fornecedores (essencial para reduzir a assimetria de informações), elevar a competitividade nos certames (fator-chave para a redução de preços) e incentivar a participação de micro e pequenas empresas (proporcionando-lhes tempo suficiente para se planejarem).

O exercício, ainda que desafiador, de projetar antecipadamente as demandas também possibilita ao setor de contratações a estruturação de um cronograma estratégico para esse fim. Esse importante documento auxilia a distribuição das contratações ao longo do ano, evitando prejuízos decorrentes de falhas no planejamento, como as famosas “dezeembradas”¹⁰, as emergências fabricadas, as soluções de continuidade e o não atendimento do interesse público.

Ademais, o planejamento prévio de uma demanda oportuniza aos agentes públicos verificar, com antecedência, a existência de contratações correlatas¹¹ ou interdependentes¹², caso em que podem ser necessárias contratações adicionais para o adequado alcance do resultado esperado. Assim, ao averiguar a necessidade de uma determinada demanda, é salutar identificar todas as providências necessárias para que essa solução seja plenamente implementada, as quais envolvem a avaliação da infraestrutura do ambiente (necessidade de reformas, adaptações); das características do objeto (necessidade de seguro, manutenção, compatibilização); e dos agentes públicos envolvidos na operacionalização ou fiscalização da execução contratual (necessidade de capacitação, treinamento).

Ao prever a estimativa de custos das contratações do exercício seguinte, o PCA traz, ainda, ao órgão ou à entidade uma maior previsibilidade dos gastos, informação primordial tanto para subsidiar a confecção da proposta enviada ao Poder Legislativo, quando na composição das leis orçamentárias (BRASIL, 2021a, art. 12, inciso VII, 2022a, art. 5º, inciso III), quanto para possibilitar uma execução orçamentária mais homogênea ao longo do ano.

Além disso, a necessidade de garantir o alinhamento das demandas com o planejamento estratégico e outros instrumentos de governança (BRASIL, 2021a, art. 12, inciso VII, 2022a, art. 5º, inciso II) reforça ao gestor público a imprescindibilidade de se pensar estrategicamente as contratações, ou seja, entender que todas as compras do PCA são meios para o efetivo atendimento dos objetivos e metas do planejamento estratégico, os quais visam à consecução da missão institucional que, em última instância, consubstancia uma política pública de saúde, educação, segurança, cujo destinatário final será sempre o cidadão (ALVES, P., 2023).

10 - Denominação pejorativa para qualificar o aumento de empenhos no final do exercício financeiro, em decorrência da falta de planejamento do órgão ou entidade.

11 - Contratações cujos objetos sejam similares ou correspondentes entre si (BRASIL, 2022b, art. 3º, inciso III).

12 - Contratações que, por guardarem relação direta na execução do objeto, devem ser contratadas juntamente para a plena satisfação da necessidade da administração (BRASIL, 2022b, art. 3º, inciso IV).

Por fim, a sociedade tem muito a ganhar com a elaboração do plano, pois o dever de divulgá-lo e mantê-lo à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP e em sítio eletrônico oficial (BRASIL, 2021a, art. 12, § 1º; e art. 174, § 2º, inciso I, 2022a, art. 14) reforça a publicidade, a transparência e o controle social.

Como se observa, os 7 (sete) objetivos do Plano de Contratações Anual, abordados acima, materializam, em essência, a racionalização, a eficiência e a transparência das compras públicas. Não há dúvidas dos benefícios que esse recurso pode propiciar para a administração pública, não só internamente, em termos gerenciais e logísticos, mas principalmente externamente, por perseguir, como finalidade última, contratações que efetivamente atendam ao interesse público.

Contudo, para uma adequada implementação do Plano de Contratações Anual, faz-se necessária a compreensão não só dos objetivos desse instituto, já abordados nesta seção, mas dos seus contornos. Por conseguinte, apresentadas todas as potencialidades, passa-se à análise do procedimento de elaboração, execução e controle desse plano.

2.2 O procedimento de elaboração, execução e controle do Plano de Contratações Anual

A Lei nº. 14.133/2021 não dispôs sobre os responsáveis, o conteúdo, as etapas ou os prazos atinentes ao Plano de Contratações Anual. No entanto, entende-se que, ao prescrever que sua elaboração poderá ser realizada “na forma de regulamento” (BRASIL, 2021a, art. 12, inciso VII), a nova lei de licitações e contratos remeteu tais matérias ao campo da regulamentação local e regional.

Diante da necessidade de regulamentação, é preciso definir ainda quem tem a competência para regulamentar o Plano de Contratações Anual e, por conseguinte, detalhar o plano, com vistas a viabilizar sua operacionalização. Logo, antes de adentrar especificamente na análise do procedimento de elaboração, execução e controle do Plano de Contratações Anual, faz-se necessário discorrer sobre a competência para a sua regulamentação.

2.2.1 Competência para regulamentação

Uma vez que o poder regulamentar, por excelência, incumbe privativamente aos chefes do Poder Executivo das três esferas de governo – conforme disposição expressa da Constituição Federal (BRASIL, [2016], art. 84, inciso IV), reproduzida, por simetria, nas Constituições estaduais e leis orgânicas distritais e municipais (DI PIETRO, 2022) – cabe, primariamente, a essas autoridades a atribuição de promover a regulamentação da Lei nº. 14.133/2021, nos espaços especificados na própria norma e naqueles que entenderem conveniente disciplinar (ZYMLER, 2022).

Não obstante, considerando que parte da doutrina reconhece que há exercício de poder regulamentar por outras autoridades, órgãos ou entidades, quando a delegação advenha de expressa ou implícita autorização constitucional ou legal (FERREIRA FILHO, 2016), entende-se possível a regulamentação da referida norma por outras unidades administrativas, faculdade autorizada pela própria lei em alguns de seus dispositivos¹³ (ZYMLER, 2022).

13 - Como exemplo, citam-se os seguintes dispositivos: art. 1º, § 2º; art. 19; art. 20, § 1º; art. 122, § 2º; e art. 140, § 3º, todos da Lei nº. 14.133/2021 (BRASIL, 2021a).

Além disso, dado que é facultado às autoridades do Poder Executivo delegar a competência para a prática de atos administrativos, conforme disposição expressa do Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967 (BRASIL, 1967, art. 12), entende-se possível a regulamentação da Lei nº. 14.133/2021 por órgãos hierarquicamente inferiores na estrutura do Poder Executivo, a partir de delegações de competência realizadas em decretos expedidos por essas autoridades¹⁴ (ZYMLER, 2022).

Estabelecidos os contornos do poder regulamentar, especialmente no âmbito dessa lei, passa-se à análise da competência para regulamentação do Plano de Contratações Anual.

Considerando que a Lei nº. 14.133/2021 não trouxe em seus dispositivos a delegação da regulamentação do PCA a outras autoridades, compreende-se que, em princípio, o referido instrumento deve ser regulamentado pelos chefes do Poder Executivo das três esferas de governo, podendo essas autoridades delegar a órgãos hierarquicamente inferiores da estrutura desse Poder.

Contudo, tem-se verificado a edição de regulamentações não só no âmbito dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, mas também no âmbito dos Poderes Judiciário e Legislativo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, dos órgãos do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

Com efeito, se considerada a regulamentação do Plano de Contratações Anual apenas no âmbito da União, constata-se que não só o Poder Executivo¹⁵ exerceu a competência regulamentar, mas também os demais Poderes, como se observa dos regulamentos da Câmara dos Deputados¹⁶, do Senado Federal¹⁷, do Superior Tribunal de Justiça¹⁸, do Supremo Tribunal Federal¹⁹, do Ministério Público da União²⁰, do Tribunal de Contas da União²¹, entre outros órgãos e entidades.

Esses regulamentos têm como fundamentos a separação de poderes e a autonomia administrativa para organização interna, todos de extração constitucional (BRASIL, [2016], art. 2º; art. 51, IV; art. 52, XIII; art. 73; art. 96; e art. 127, §§ 2º e 3º), os quais conferem a esses órgãos autonomia para regulamentar os seus procedimentos internos, não estando automaticamente vinculados às disposições regulamentares emanadas pelo Poder Executivo ou pelos demais Poderes.

Não por acaso, os citados órgãos são classificados, quanto à posição que ocupam na escala governamental ou administrativa, como “órgãos independentes”, por serem constitucionais

14 - Como exemplo, citam-se as instruções normativas editadas pela Secretaria de Gestão (SEGES) da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital (SEDGG) do Ministério da Economia (ME), exercendo as competências que lhe foram conferidas no Decreto Federal nº. 9.745, de 8 de abril de 2019, atualmente revogado, e no Decreto Federal nº. 1.094, de 23 de março de 1994.

15 - Cf. Decreto Federal nº. 10.947, de 25 de janeiro de 2022.

16 - Cf. Portaria nº. 267, de 23 de dezembro de 2016.

17 - Ato da Comissão Diretora nº. 24/2013, Ato da Diretoria-Geral nº. 14/2022, e Regulamento Administrativo do Senado Federal.

18 - Cf. Instrução Normativa STJ/GDG nº. 7 de 15 de março de 2023.

19 - Cf. Instrução Normativa STF nº. 268, de 24 de maio de 2022.

20 - Cf. Portaria PGR/MPU nº. 38, de 16 de março de 2023.

21 - Cf. Portaria TCU nº. 175, de 30 de novembro de 2022.

e representativos dos Poderes de Estado; estarem situados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro; e por exercerem precipuamente as funções outorgadas diretamente pela Constituição Federal (MEIRELLES, 2016).

Se considerada a regulamentação do Plano de Contratações Anual apenas no âmbito do Poder Executivo, observa-se que não só a Presidência da República²² exerceu a competência regulamentar, mas também as Governadorias e as Prefeituras Municipais. No âmbito estadual, verificou-se que 18 (dezoito) Governadorias já regulamentaram²³, 7 (sete) não possuem regulamento²⁴ e 1 (um) adotou expressamente a regulamentação federal²⁵.

Diante dessa multiplicidade de normas, mas considerando que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução da Lei nº. 14.133/2021 (BRASIL, 2021a, art. 187), entende-se pertinente a abordagem do regulamento do governo federal no presente estudo, por ser uma importante referência aos demais entes federativos.

Nesse sentido, nos tópicos seguintes, seguimos à análise do procedimento de elaboração, execução e controle do Plano de Contratações Anual, de acordo com o Decreto Federal nº. 10.947, de 25 de janeiro de 2022.

2.2.2 Competência para elaboração

No tocante à competência para elaboração do Plano de Contratações Anual, a Lei nº. 14.133/2021 atribui aos “órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo” (BRASIL, 2021a, art. 12, inciso VII). Assim, nos termos da norma, haveria um plano para cada ente federativo (União, Estado, Município ou Distrito Federal), que seria elaborado pelo órgão responsável pelo planejamento. Por conseguinte, “o plano é central, e não de órgãos ou entidades de forma isolada” (NIEBUHR, 2023, p. 419). Não obstante, tem-se verificado a adoção de planos individualizados para órgãos e entidades, ainda que integrem um mesmo ente federativo, prática permitida e altamente recomendada (NIEBUHR, 2023, p. 419).

De fato, encontram-se planos específicos para o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembleias Legislativas, a Câmara dos Vereadores, a Presidência da República, as Governadorias dos Estados e do DF e as Prefeituras Municipais, os Tribunais Judiciários, os Ministérios Públicos e os Tribunais de Contas, unidades que, como já abordado, são consideradas órgãos independentes.

22 - Cf. Decreto Federal nº. 10.947, de 25 de janeiro de 2022.

23 - A saber: Amazonas (Decreto nº. 47.133, de 10 de março de 2023), Pará (Decreto nº. 2.227, de 16 de março de 2022), Tocantins (Decreto nº. 6.606, de 28 de março de 2023), Amapá (Instrução Normativa nº. 003/2022-PGE), Goiás (Decreto nº. 10.139, de 31 de agosto de 2022), Mato Grosso do Sul (Decreto nº. 16.121, de 9 de março de 2023), Maranhão (Decreto nº. 37.661, de 26 de maio de 2022), Ceará (Decreto nº. 35.322, de 24 de fevereiro de 2023), Rio Grande do Norte (Decreto nº. 32.449, de 07 de março de 2023), Paraíba (Instrução Normativa SEAD nº. 001, de 27 de maio de 2021), Pernambuco (Decreto nº. 51.652, de 27 de outubro de 2021), Alagoas (Decreto nº. 90.385, de 30 de março de 2023), São Paulo (Decreto nº. 67.689, de 03 de maio de 2023), Espírito Santo (Decreto nº. 5.307-R, de 15 de fevereiro de 2023), Rio de Janeiro (Resolução SEPLAG nº. 60, de 24 de junho de 2021), Minas Gerais (Resolução SEPLAG nº. 14, de 14 de fevereiro de 2014), Paraná (Decreto nº. 10.086, de 17 de janeiro de 2022) e Rio Grande do Sul (Instrução Normativa CELIC/SPGG nº. 0013/2023).

24 - A saber: Acre, Rondônia, Mato Grosso, Piauí, Sergipe, Bahia e Santa Catarina.

25 - A saber: Roraima (Decreto nº. 34.223-E, de 24 de abril de 2023).

Não só, em consulta ao PNCP, verificou-se, na esfera federal, a adoção de planos pelos “órgãos autônomos”, aqueles situados na cúpula da Administração, imediatamente abaixo dos órgãos independentes, com ampla autonomia administrativa, financeira e técnica, caracterizando-se como órgãos diretivos (MEIRELLES, 2016), a exemplo dos planos da Vice-Presidência da República, dos Ministérios, da Advocacia-Geral da União e da Controladoria-Geral da União.

Com efeito, no âmbito do Poder Executivo federal, o regulamento, ao dispor que “os órgãos e as entidades elaborarão os seus planos de contratações anual” (BRASIL, 2022a, art. 6º, caput), deixa clara a previsão de planos setoriais.

2.2.3 Unidades e agentes

Acerca dos atores envolvidos na operacionalização do Plano de Contratações Anual, o regulamento federal aponta 4 (quatro) principais: o requisitante (unidade ou agente); a área técnica (unidade ou agente); o setor de contratações (unidade); e a autoridade competente (agente).

O requisitante é o “agente ou unidade responsável por identificar a necessidade de contratação de bens, serviços e obras e requerê-la” (BRASIL, 2022a, art. 2º, inciso II). Em outras palavras, é aquele que demanda a contratação, por, em regra, usufruir diretamente da solução que será contratada. Por exemplo, em uma aquisição de material de expediente para os servidores de uma secretaria, o requisitante pode ser o setor de almoxarifado e patrimônio daquela secretaria, responsável por identificar a necessidade da contratação.

A área técnica é o agente ou unidade com conhecimento técnico-operacional sobre o objeto demandado, responsável por analisar o documento de formalização de demanda e promover a complementação das informações, a compilação de necessidades de mesma natureza e a padronização (BRASIL, 2022a, art. 2º, inciso III e art. 9º), ou seja, é o especialista na solução demandada. Por exemplo, em uma contratação de obra ou serviço de engenharia, a área técnica pode ser o setor de engenharia e infraestrutura.

O regulamento federal enfatiza que os papéis de requisitante e de área técnica poderão ser exercidos pelo mesmo agente público ou unidade, desde que, no exercício dessas atribuições, detenha conhecimento técnico-operacional sobre o objeto demandado (BRASIL, 2022a, art. 2º, § 1º). É o caso, por exemplo, de uma aquisição de computadores para o setor de tecnologia da informação e comunicação de uma organização, em que as funções de requisitante e da área técnica serão atribuídas conjuntamente a esse setor. Além disso, a norma federal alerta que a definição dos requisitantes e das áreas técnicas não ensejará, obrigatoriamente, a criação de novas estruturas nas unidades organizacionais dos órgãos e das entidades (BRASIL, 2022a, art. 2º, § 2º). De fato, em regra, as áreas requisitantes e técnicas são facilmente identificadas na própria estrutura administrativa da organização.

O setor de contratações é a “unidade responsável pelo planejamento, pela coordenação e pelo acompanhamento das ações destinadas às contratações, no âmbito do órgão ou da entidade” (BRASIL, 2022a, art. 2º, inciso VI). Trata-se da área que executará funções propriamente administrativas.

Por fim, a autoridade competente é o “agente público com poder de decisão indicado formalmente como responsável por autorizar as licitações, os contratos ou a ordenação de despesas realizados no âmbito do órgão ou da entidade, ou, ainda, por encaminhar os processos de contratação para as centrais de compras” (BRASIL, 2022a, art. 2º, inciso I). A autoridade competente de um órgão ou entidade pode ser, por exemplo, a autoridade máxima (prefeito, governador) ou o titular da pasta (secretário), a depender das normas de organização administrativa.

2.2.4 Forma de registro

Para fins de execução e acompanhamento, é necessário que o Plano de Contratações Anual esteja materializado em um documento formal, o qual deve assumir diferentes feições a depender da forma de registro.

Os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional utilizarão um sistema informatizado denominado Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações – PGC (BRASIL, 2022a, art. 3º). Assim, para executar e acompanhar os seus respectivos planos, os órgãos e entidades dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios podem solicitar o acesso ao PGC (BRASIL, 2022a, art. 4º).

2.2.5 Conteúdo

Considerando que a essência do Plano de Contratações Anual é consolidar as demandas que uma unidade pretende contratar no exercício subsequente, um ponto importante é definir as contratações que devem constar no plano e as que estão dispensadas desse registro, bem como as informações que devem ser exigidas sobre essas compras.

Como o plano é comumente diagramado em planilhas, a lista das compras comporá as “linhas”, enquanto as informações pertinentes a cada contratação constituirão as “colunas” do PCA.

Acerca do tema, o regulamento federal dispõe que o Plano de Contratações Anual conterá todas as contratações que o órgão ou entidade pretende realizar no exercício subsequente, incluídas as contratações diretas do art. 74 (inexigibilidades de licitação) e do art. 75 (dispensas de licitação) da Lei nº. 14.133/2021 e as contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou de doação, oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o país seja parte (BRASIL, 2022a, art. 6º).

O decreto federal dispõe, com acerto, que os procedimentos administrativos autuados ou registrados em consonância com a Lei nº. 8.666/1993, a Lei nº. 10.520/2002 e a Lei nº. 12.462/2011 integrarão o PCA (BRASIL, 2022a, art. 22), evitando a tramitação de contratações paralelas ao plano, unicamente por obedecerem ao “regime antigo”.

No entanto, o regulamento traz exceções. Assim, ficam dispensadas de registro no plano: as informações classificadas como sigilosas; as contratações realizadas por meio de concessão de suprimento de fundos; as hipóteses de dispensa de licitação, previstas no art. 75, incisos VI (comprometimento da segurança nacional), VII (guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem) e VIII (emergência ou calamidade pública) da Lei nº

14.133/2021; e as pequenas compras e a prestação de serviços de pronto pagamento (BRASIL, 2022a, art. 6º).

Definido o grau de abrangência do PCA, é salutar estabelecer o nível de detalhamento do plano, o qual está diretamente vinculado à quantidade de informações exigidas no Documento de Formalização de Demanda – DFD, peça na qual a área requisitante evidencia e detalha a necessidade de contratação (BRASIL, 2022a, art. 2º, inciso IV). Nesse sentido, o decreto federal dispõe que, para a elaboração do PCA, o requisitante preencherá o DFD com 8 (oito) informações (BRASIL, 2022a, art. 8º). Não se ignora que a previsão de uma quantidade tão elevada de dados pode burocratizar o instituto, além de dificultar sua elaboração, já que essas informações deverão ser coletadas no ano anterior à contratação. Contudo, o objetivo desse regramento é induzir os gestores a anteciparem suas demandas e as informações a ela relativas.

Em razão da relevância da matéria, comenta-se brevemente os 8 (oito) itens previstos no regulamento, com base nas instruções de preenchimento contidas nos modelos de DFD do governo federal (BRASIL, 2023) e do governo do Estado de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2023), visto que são bastante elucidativas.

No primeiro item, “justificativa da necessidade da contratação”, deve-se descrever o problema identificado e a real necessidade gerada, bem como os beneficiários diretos e os resultados pretendidos. No segundo item, “descrição sucinta do objeto”, a especificação precisa ser breve. Não há necessidade, nesse momento, de detalhar o objeto da contratação, haja vista que a solução definitiva será avaliada nos Estudos Técnicos Preliminares – ETP. Ao invés de indicar no PCA individualmente todos os itens da contratação, é possível mencioná-los observado o nível referente à classe dos materiais ou ao grupo dos serviços e das obras dos Sistemas de Catalogação de Material, de Serviços ou de Obras do Governo federal – CATMAT/CATSER (BRASIL, 2022a, art. 8º, parágrafo único). Por exemplo, material escolar, mobiliário, entre outros.

Na sequência, o terceiro item, “quantidade a ser contratada”, só deve ser preenchido quando couber. Para estimá-la, será preciso considerar a expectativa de consumo anual a partir de cenários concretos, como, por exemplo, a série histórica do consumo, substituição ou ampliação de equipamentos/serviços, implantação de nova unidade, entre outros. Além disso, sempre que possível, essa estimativa deve ser acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte.

O quarto item exige a “estimativa preliminar do valor da contratação”. Não há necessidade, nessa etapa, de se proceder à pesquisa de preços nos termos da Lei nº. 14.133/2021 (BRASIL, 2021a, art. 23). Essa estimativa ainda é preliminar e deve ser apurada por meio de procedimento simplificado. Nesse sentido, tem-se a Orientação SEGES/ME nº. 35/2022 (BRASIL, 2022c).

O quinto item, “indicação da data pretendida para a conclusão da contratação”, refere-se à data prevista para a finalização do processo de licitação ou contratação direta, com a assinatura do contrato, a emissão da nota de empenho da despesa ou a assinatura da ata de registro de preços, conforme o caso. A previsão da data em que se espera o início da prestação dos serviços ou do fornecimentos dos bens evita prejuízo ou descontinuidade das atividades do órgão ou da entidade.

O sexto item exige a indicação do “grau de prioridade da compra ou da contratação”. Essa informação influenciará a priorização no momento da execução do PCA. O regulamento federal menciona que deve ser classificado em baixo, médio ou alto, de acordo com a metodologia estabelecida pelo órgão ou pela entidade contratante. Não foi identificada metodologia instituída pelo governo federal.

O sétimo item, “indicação de vinculação ou dependência com o objeto de outro documento de formalização de demanda para a sua execução”, consiste em verificar, com antecedência, a existência das já mencionadas contratações correlatas ou interdependentes. Essa informação é imprescindível para a determinar a sequência em que as contratações serão realizadas.

Por fim, o oitavo item, “nome da área requisitante ou técnica com a identificação do responsável”, concretiza, no âmbito do DFD, a exigência de, nos processos licitatórios, os documentos serem produzidos por escrito, com data e local de sua realização e assinatura dos responsáveis (BRASIL, 2021a, art. 12, inciso I).

2.2.6 Procedimento

O decreto federal regra em detalhes o procedimento de tramitação do Plano de Contratações Anual (BRASIL, 2022a, arts. 6º a 19). Assim, com base nesse regulamento, é possível elencar 5 (cinco) etapas: (1) elaboração; (1.1) encaminhamento; (1.2) consolidação; e (1.3) aprovação; (2) divulgação; (3) revisão; (4) execução; e (5) controle.

A etapa de elaboração se inicia com a abertura do período para os setores requisitantes (com participação da área técnica, se necessário) encaminharem ao setor de contratações as demandas para o exercício subsequente. Recebidas as demandas, o setor de contratações as consolida, agrega as de mesma natureza, observa o seu alinhamento com os instrumentos de governança da organização e elabora o calendário de contratação. Concluída a consolidação, as demandas são encaminhadas à autoridade competente, que pode aprová-las, materializando o plano, ou reprová-las, ocasião em que serão devolvidas para adequação.

Nessa etapa, merece destaque o calendário de contratação, no qual as demandas são distribuídas ao longo ano, de acordo com o grau de prioridade, a data prevista para o atendimento da demanda, a disponibilidade orçamentária e financeira, a disponibilidade da força de trabalho do setor de contratações e o tempo necessário para processar a licitação ou contratação direta.

Assim, o setor de contratações, após receber as demandas de todas as unidades que compõem a organização, deve organizar um cronograma, sinalizando ao requisitante o prazo para tramitação do processo ao setor de contratações para o atendimento tempestivo da demanda.

Esse é, sem dúvidas, o principal componente do PCA. Com efeito, o calendário de contratação tem o potencial de mudar profundamente a cultura organizacional da administração pública, na medida em que pressionará os agentes públicos a respeitarem o cronograma, incorporando o hábito de se planejarem para enviar tempestivamente as demandas para o setor de contratações.

Finalizada a elaboração do PCA, sobrevém a etapa de divulgação, na qual o PCA será disponibilizado no Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, cujo endereço de acesso

será disponibilizado, pelos órgãos e entidades, em seus sítios eletrônicos. Essa divulgação deve ocorrer não só após a aprovação das demandas (versão inicial do PCA), mas após as revisões do plano (versão atualizada do PCA).

Na sequência, tem-se a etapa de revisão, momento no qual, uma vez identificada a necessidade de incluir, excluir ou redimensionar itens, serão apresentadas as justificativas e submetidas à aprovação da autoridade competente. O regramento dessa etapa é fundamental para a percepção de dois traços do plano. Primeiro: o PCA é flexível, ou seja, demandas não previstas no plano podem ser contratadas após a sua inclusão, do mesmo modo, aquelas que foram previstas podem deixar de ser contratadas após a sua exclusão. Essa versatilidade tem o propósito de não enrijecer o plano, permitindo adaptações e ajustes. Segundo: essa flexibilidade não significa permissão para alterações arbitrárias no plano. Por isso, a exigência, para as revisões no PCA, da apresentação de justificativas e da aprovação da autoridade competente, evidenciando a necessidade do compromisso do gestor com as demandas pactuadas.

O decreto federal previu duas janelas de revisão no ano de elaboração do PCA. A primeira objetiva adaptar o PCA à proposta orçamentária. A segunda, adequar o PCA ao orçamento aprovado. Além desses períodos, o regulamento federal admitiu revisões durante o ano de execução do PCA.

Iniciada a etapa de execução, o setor de contratações verifica se as demandas encaminhadas constam no plano e se foram remetidas com a antecedência necessária para a conclusão na data pretendida. Essa fase constitui o maior desafio da administração pública na operacionalização do PCA. Com efeito, é nessa etapa que se verificará a aderência da organização ao plano.

Em razão das dificuldades associadas à execução, o decreto federal, com acerto, previu a etapa de controle, na qual o setor de contratações avalia, em relatórios de risco, a provável não efetivação de determinadas contratações, encaminhando à autoridade competente para a adoção de providências, bem como identifica, ao final do exercício, a existência de contratações planejadas e não realizadas, as quais serão justificadas quanto aos motivos de sua não consecução, e, se permanecerem necessárias, serão incorporadas ao plano do ano subsequente.

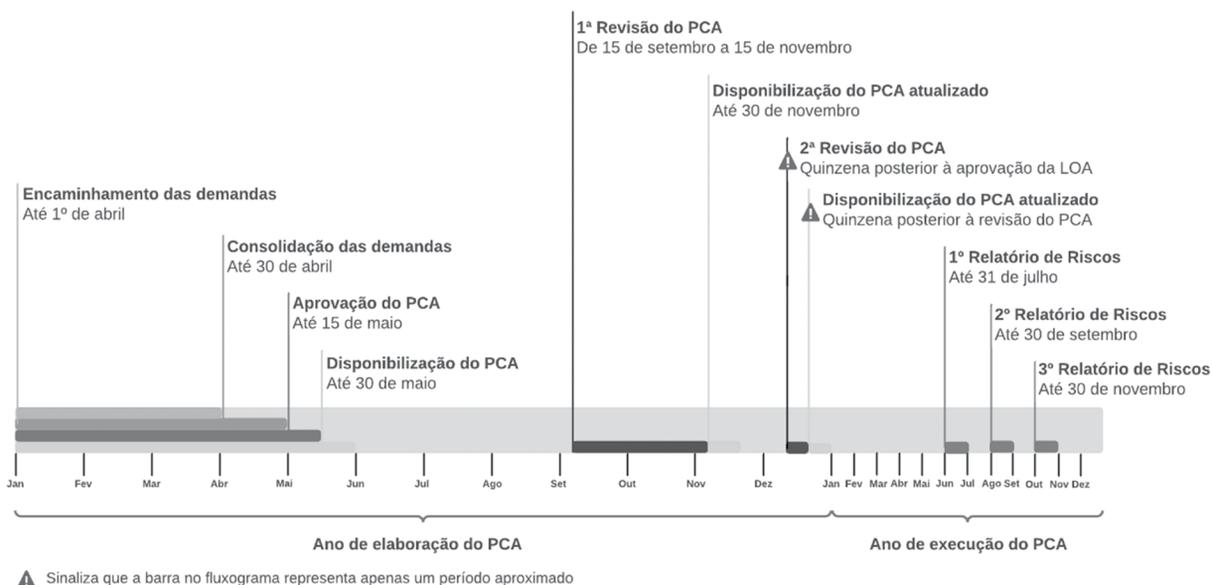
2.2.7 Prazos

O decreto federal fixou prazos para 6 (seis) atividades relacionadas à tramitação do Plano de Contratações Anual: (1) encaminhamento das demandas pelos requisitantes; (2) consolidação das demandas pelo setor de contratações; (3) aprovação do plano pela autoridade competente; (4) disponibilização, pelos órgãos e entidades, em seus sítios eletrônicos, do endereço de acesso ao plano no PNCP²⁶; (5) revisão do plano, aprovada pela autoridade competente; (6) elaboração de relatórios de risco pelo setor de contratações.

Com vistas a possibilitar uma melhor visualização, apresenta-se um fluxograma representativo do cronograma de tramitação do Plano de Contratações Anual, de acordo com a regulamentação federal:

26 - Ressalta-se que esse prazo é para a disponibilização do plano nos sítios eletrônicos dos órgãos e entidades, pois a disponibilização no PNCP é automática, visto que já há integração entre o sistema PGC e o PNCP (BRASIL, 2021a, art. 12, § 2º; art. 14, caput; e art. 16, parágrafo único).

Fluxograma 1 - Cronograma de tramitação do Plano de Contratações Anual, de acordo com o Decreto Federal nº. 10.947, de 25 de janeiro de 2022.



Fonte: Elaborado pelos autores.

Os prazos de tramitação do plano não foram aleatoriamente definidos. Ao contrário, refletem os prazos de tramitação da Proposta de Lei Orçamentária Anual (PLOA). Com efeito, a PLOA da União deve ser encaminhada ao Congresso Nacional até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro (até 31 de agosto) e devolvida para sanção do presidente da república até o encerramento da sessão legislativa (22 de dezembro) (BRASIL, [2016], ADCT, art. 35, § 2º, inciso III).

Assim, o PCA precisa estar aprovado pela autoridade competente até o dia 15 de maio para que possa subsidiar a elaboração da PLOA, a qual precisa ser enviada ao Congresso até 31 de agosto. Do mesmo modo, o primeiro redimensionamento corresponde a um período em que a PLOA já foi encaminhada ao Congresso, para possibilitar que o PCA possa ser ajustado à proposta efetivamente enviada. Já o segundo redimensionamento corresponde ao período em que já está publicada a LOA, para que o PCA possa ser ajustado ao orçamento aprovado.

3. BOAS PRÁTICAS PARA A EDIÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO LOCAL E REGIONAL

Realizado o estudo do modelo do governo federal, verifica-se que é necessário ter atenção no momento da regulamentação do Plano de Contratações Anual, com vistas à construção de um plano que efetivamente subsidie o planejamento do ente público, sem incorrer em burocracias desnecessárias que dificultem sua elaboração e elevem seu custo.

Para tanto, cumpre relembrar que o regulamento é uma espécie de ato administrativo, utilizado “para produção de normas dotadas de maior nível de concretude, fornecendo critérios, soluções e providências indispensáveis à aplicação da norma legal” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 25). O regulamento, portanto, detalha os dispositivos legais, não podendo estabelecer normas

contra legem ou *ultra legem*, ou inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas etc. (DI PIETRO, 2022).

Nesse sentido, realizado o estudo do decreto federal, compreendidos os limites do regulamento, e considerando outras regulamentações federais, estaduais e municipais, é possível elencar boas práticas a serem adotadas pelos estados e municípios na regulamentação local e regional do Plano de Contratações Anual:

a) Exercer efetivamente o poder regulamentar, dispondo de forma adequada sobre o procedimento de elaboração, execução, divulgação, revisão e controle do PCA, bem como a competência dos agentes e unidades envolvidos, considerando as realidades locais e regionais, as capacidades existentes (disponibilidade de recursos humanos, materiais e tecnológicos), bem como os objetivos da adoção do PCA. Não basta aos municípios e aos estados copiar ou aplicar diretamente os regulamentos editados pela União, pois as cópias são, por vezes, mais maléficas do que a ausência de regulamentação (MOTTA, 2021). Por outro lado, não há óbice à adoção do regulamento federal, caso a unidade entenda pertinente, ou à sua utilização como referência para a elaboração do regulamento local ou regional.

b) Avaliar se será determinada a obrigatoriedade ou a facultatividade da elaboração do plano. A obrigatoriedade foi fixada nos regulamentos do governo federal e de alguns governos estaduais (ALAGOAS, 2023, art. 4º; AMAPÁ, 2022, art. 2º; BRASIL, 2022a, art. 3º; CEARÁ, 2023, art. 36; MARANHÃO, 2022, art. 2º; MATO GROSSO DO SUL, 2023a, art. 4º; PARAÍBA, 2021, art. 2º; PARANÁ, 2022, art. 21; PERNAMBUCO, 2021, art. 2º; SÃO PAULO [estado], 2023, art. 3º). Por outro lado, sua construção foi considerada facultativa em algumas prefeituras municipais (SÃO PAULO [município], 2022, art. 5º; RIO NEGRINHO, 2023, art. 12). Considerando que é recomendável a adoção do PCA, pode a unidade avaliar se possui estrutura (disponibilidade de recursos humanos, materiais e tecnológicos) suficiente para sua produção imediata ou se optará por sua implantação progressiva.

c) Indicar o nível de descentralização do plano – adoção de um plano central, de planos setoriais ou ambos. Nas regulamentações do governo federal e de alguns governos estaduais, cada órgão ou entidade elaborará seu próprio plano (ALAGOAS, 2023, art. 4º; BRASIL, 2022a, art. 6º; ESPÍRITO SANTO, 2023, art. 8º; SÃO PAULO [estado], 2023, art. 3º). Já em outras regulamentações estaduais, embora cada órgão ou entidade elabore seu próprio plano, estes serão posteriormente consolidados em um único plano (AMAPÁ, 2022, art. 7º; MARANHÃO, 2022, art. 6º; PARANÁ, 2022, art. 21; PERNAMBUCO, 2021, art. 2º; TOCANTINS, 2023, arts. 50 e 51). Por fim, na regulamentação do governo do Pará, o plano é único e central, com base nas informações enviadas pelos órgãos e entidades, apesar de ser facultado às unidades a elaboração de planos internos (PARÁ, 2022, arts. 1º e 5º, § 1º). O nível de descentralização do plano influenciará nas informações gerenciais produzidas. Por isso, a escolha por um ou outro modelo dependerá não só da organização administrativa da unidade, mas da avaliação de quais informações gerenciais são necessárias para um planejamento efetivo.

d) Incluir os principais conceitos abordados pelo regulamento, com vistas a balizar a interpretação, evitando ambiguidades, tendência observada na Lei nº. 14.133/2021 e mantida nos regulamentos do governo federal e de alguns governos estaduais (ALAGOAS, 2023, art. 2º; AMAPÁ, 2022, art. 3º; BRASIL, 2021a, art. 6º; BRASIL, 2022a, art. 2º; MATO GROSSO DO

SUL, 2023a, art. 2º; PARÁ, 2022, art. 2º; PARANÁ, 2023, art. 2º; TOCANTINS, 2023, art. 40; SÃO PAULO [Estado], 2023, art. 2º).

e) Estabelecer a forma de registro do plano. Há unidades que utilizam sistema informatizado próprio, como o governo federal e inúmeros governos estaduais (AMAPÁ, 2022, art. 6º; AMAZONAS, 2023, art. 14; BRASIL, 2022a, art. 3º; CEARÁ, 2023, art. 34; MATO GROSSO DO SUL, 2023a, art. 2º, inciso VII; PARAÍBA, 2021, art. 2º; PERNAMBUCO, 2021, art. 3º; TOCANTINS, 2023, art. 40, inciso IX). Por outro lado, há unidades que optaram por utilizar o sistema do governo federal (SÃO PAULO [estado], 2023, art. 3º). Há, contudo, outras alternativas, como, por exemplo, a utilização de *softwares* de planilhas eletrônicas, como o *Microsoft Excel*, *Google Sheets*, *LibreOffice*, entre outras (PERNAMBUCO, 2021, art. 3º, parágrafo único).

f) Determinar o nível de abrangência do plano, ou seja, quais contratações devem constar nesse instrumento. Nas regulamentações de alguns governos estaduais, são incluídas no plano todas as contratações que se pretende realizar ou prorrogar (AMAZONAS, 2023, art. 12; CEARÁ, 2023, art. 36; ESPÍRITO SANTO, 2023, arts. 8º e 10, inciso IV; MATO GROSSO DO SUL, 2023a, art. 4º; TOCANTINS, 2023, art. 39, parágrafo único). Já nos regulamentos do governo federal e de outros estados, não há determinação expressa quanto à necessidade de as prorrogações serem incluídas no plano (ALAGOAS, 2023, art. 2º, inciso V; BRASIL, 2022a, art. 2º, inciso V, e art. 6º; PARÁ, 2022, art. 2º, inciso V; PARANÁ, 2023, art. 2º, inciso I; SÃO PAULO [estado], 2023, art. 2º, inciso V). Por sua vez, há regulamentações de governos estaduais ainda mais restritivas, que exigem apenas a previsão de bens e serviços, excluindo obras e serviços de engenharia (MARANHÃO, 2022, art. 2º; PARÁ, 2022, art. 1º; PARAÍBA, 2021, art. 1º). Essa escolha, do mesmo modo, dependerá da avaliação de quais informações gerenciais são necessárias para a unidade subsidiar o planejamento de suas contratações.

g) Fixar o nível de detalhamento do plano, fator diretamente relacionado à quantidade de dados solicitados no documento de formalização de demandas. Partindo do regulamento do governo federal, o qual traz a necessidade de o DFD conter 8 (oito) informações (BRASIL, 2022a, art. 8º), verificou-se que há unidades que seguiram esse nível de detalhamento (ALAGOAS, 2023, art. 6º; SÃO PAULO [estado], 2023, art. 7º); há organizações que detalharam ainda mais o DFD, como o governo do Paraná, que exigiu 24 (vinte e quatro) informações (PARANÁ, 2023, art. 6º); e, por fim, há unidades que adotaram um DFD mais simples, como o governo do Tocantins, que exigiu 4 (quatro) informações (TOCANTINS, 2023, art. 47). Essa escolha dependerá não só da estrutura (disponibilidade de recursos humanos, materiais e tecnológicos) da unidade, que deve ser suficiente para levantar e processar essas informações, mas também da avaliação de quais informações gerenciais são necessárias para que os objetivos do PCA sejam alcançados.

h) Definir a metodologia para mensurar o grau de prioridade da demanda. Essa informação auxiliará na priorização das contratações na fase de execução do PCA. Nas regulamentações dos governos estaduais, observaram-se classificações por diferentes critérios, como os efeitos que a impossibilidade da contratação provocam em processos da unidade (PARANÁ, 2023, art. 7º); a relevância e o prazo para a contratação (CEARÁ, 2023, art. 36, §2º, inciso V); e o quadrimestre em que a contratação precisa ser realizada (MATO GROSSO DO SUL, 2023b, art. 1º, inciso I).

i) Dispor sobre a elaboração do calendário de contratações, principal componente do

PCA e responsável por organizar as demandas ao longo do ano. Esse documento foi amplamente previsto nos regulamentos, a exemplo das regulamentações do governo federal (BRASIL, 2022a, art. 11, inciso III e §§ 1º e 2º) e de vários governos estaduais (ALAGOAS, 2023, art. 9º, inciso III; AMAPÁ, 2022, art. 5º, inciso III; CEARÁ, 2023, art. 37, inciso III; ESPÍRITO SANTO, 2023, art. 17, inciso II, “c”; MATO GROSSO DO SUL, 2023a, art. 15, inciso III; PARÁ, 2022, art. 6º; PARAÍBA, 2021, art. 5º, inciso III; TOCANTINS, 2023, art. 48, inciso IV; SÃO PAULO [estado], 2023, art. 10º, inciso III).

j) Fixar prazos para as etapas de elaboração, execução, divulgação, revisão e controle do PCA. Com efeito, a tramitação regular e célere de qualquer instrumento exige uma adequada fixação de prazos. Os prazos de tramitação do PCA, todavia, devem ser compatíveis com os prazos locais e regionais de tramitação da PLOA, com vistas a possibilitar que o PCA subsidie a elaboração da PLOA e seja ajustado à ela e à LOA aprovada.

k) Avaliar o grau de rigidez do PCA, com base no procedimento de alteração, revisão e redimensionamento, o qual deve considerar a necessidade de flexibilidade do plano, sem descuidar do comprometimento dos agentes públicos com as demandas pactuadas. Para tanto, pode a unidade avaliar a fixação de períodos fixos de revisão, bem como a exigência da apresentação de justificativas e da aprovação da autoridade competente.

l) Atentar para a forma de divulgação e disponibilização do PCA, prevista na Lei nº. 14.133/2021, por meio do PNCP e do sítio eletrônico oficial (BRASIL, 2021a, art. 12, §1º; e art. 174, § 2º, inciso I).

m) Avaliar a previsão de providências para a ausência de envio das demandas no prazo, com vistas a evitar atrasos na tramitação do plano, bem como reforçar o dever de comprometimento dos agentes públicos com o processamento do PCA. Essa prática foi observada em regulamentos de governos estaduais (CEARÁ, 2023, art. 38; MARANHÃO, 2022, art. 5º, §§ 3º e 4º; PARÁ, 2022, art. 5º, § 2º; PARAÍBA, 2021, art. 2º; PERNAMBUCO, 2021, art. 4º, §§ 2º e 3º).

n) Dispor sobre a elaboração de relatórios de riscos, documento responsável pelo controle da execução do PCA, evidenciando a provável não efetivação de determinadas contratações e, ao final do exercício, a existência de contratações planejadas, e não executadas. Apesar de extremamente relevante, foi observado em poucos regulamentos, a exemplo do governo federal e de alguns estaduais (ALAGOAS, 2023, art. 17; BRASIL, 2022a, art. 19; ESPÍRITO SANTO, 2023, art. 22; TOCANTINS, 2023, art. 58; SÃO PAULO [estado], 2023, art. 18).

4. CONCLUSÃO

Um dos principais desafios que permeiam o universo das compras públicas é a realização do adequado planejamento das contratações. Por certo, trata-se de uma etapa que exige não só a alocação suficiente de recursos humanos, materiais e tecnológicos, mas também a mudança de cultura na administração pública, que deve abandonar o caráter meramente reativo para adotar uma atuação preventiva.

Partindo dessa problemática, foi efetuado o estudo de um dos mais importantes instrumentos do planejamento, o Plano de Contratações Anual, com vistas a investigar como esse documento pode contribuir para a promoção de contratações públicas mais racionais, eficientes e transparentes.

Para alcançar esse propósito, foi realizada uma breve contextualização inicial do tema, por meio da abordagem do planejamento e da governança nas contratações, oportunidade em que se verificou que ambos constituem pressupostos necessários para a melhoria da qualidade das contratações públicas e para o pleno alcance da missão, objetivos e metas das organizações públicas, as quais consubstanciam, em essência, projetos e programas sociais, com vistas ao atendimento do interesse público.

A partir dessa perspectiva, verificou-se que o Plano de Contratações Anual constitui uma engrenagem fundamental no processo de fortalecimento do planejamento e da governança das contratações, razão pela qual foi preciso investigar como o PCA pode ser adotado pelos entes federativos.

A apropriada implementação desse instrumento, entretanto, pressupõe a apreensão do seu conceito, natureza, origem, objetivos e procedimentos. Com esse intuito, foi realizado o exame do PCA sob a ótica da Lei nº. 14.133/2021, do Decreto federal nº. 10.947, de 25 de janeiro de 2022, da doutrina e da jurisprudência do TCU.

Procedida a análise, confirmou-se que o Plano de Contratações Anual é, essencialmente, um instrumento de governança e gestão e – ao conciliar as demandas projetadas para o exercício seguinte, o planejamento estratégico e a proposta de lei orçamentária anual – constitui um verdadeiro elo entre contratação, estratégia e orçamento. Constatou-se, ainda, que o PCA pode propiciar para a administração pública benefícios internos, em termos gerenciais e logísticos, mas, principalmente, externos, por perseguir, como finalidade última, contratações que efetivamente atendam ao interesse público.

Ademais, o estudo do modelo do governo federal permitiu a compreensão dos mecanismos adotados pela União para materializar os objetivos do Plano de Contratações Anual, motivo pelo qual pode ser visto como relevante referência para os demais entes federativos.

Realizado o exame do regramento federal do PCA, mas sem descuidar das regulamentações estaduais e municipais já editadas, foram sugeridas boas práticas para a regulamentação local e regional do plano. Em síntese, constatou-se a necessidade de construção de um plano que seja robusto o suficiente para produzir informações gerenciais úteis para o gestor público, dar suporte ao planejamento dos órgãos e entidades públicas, sem incorrer em excessos de formalismo e de microgerenciamentos infundados.

Diante do exposto, é possível a construção de um Plano de Contratações Anual que efetivamente contribua para a racionalização, eficiência e transparência das compras públicas. Nesse desafio, devem os órgãos e entidades da administração pública editar regulamentos que considerem as realidades locais e regionais, respeitem as capacidades existentes (disponibilidade de recursos humanos, materiais e tecnológicos) e adotem mecanismos para concretizar os objetivos e benefícios atribuídos ao PCA.

REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo. **E4: Plano de Contratações Anual**: construção e governança. Enap. YouTube, 15 de junho de 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/59p67n55>. Acesso em 8 set. 2023.

ALVES, Alan Tiago. **Tamanho de mochilas escolares entregues a alunos de creches por prefeitura na BA vira piada na internet**. G1, 08 de maio de 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/mvx6fjfm>. Acesso em: 21 out. 2023.

ALAGOAS. **Decreto n. 90.385, de 30 de março de 2023**. Dispõe sobre o plano de contratações anual no âmbito da administração pública estadual direta, autárquica e fundacional. Maceió: Governo do Estado, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7zp8k8>. Acesso em: 19 out. 2023.

AMAPÁ. Procuradoria Geral Do Estado. **Instrução Normativa n. 003/2022-PGE**. Dispõe sobre o Plano Anual de Contratações de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações no âmbito dos órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado do Amapá. Macapá: Governo do Estado, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/47ppb63w>. Acesso em: 21 out. 2023.

AMAZONAS. **Decreto n. 47.133, de 10 de março de 2023**. Regulamenta, no âmbito da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo Estadual, a Lei Federal n.º 14.133, de 1.º de abril de 2021, que estabelece normas gerais de licitação e contratos administrativos. Manaus: Governo do Estado, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/493vz8vx>. Acesso em: 20 out. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n8f7jtd>. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 10.947, de 25 de janeiro de 2022**. Regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da Lei n.º 14.133, de 1.º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2022a. Disponível em: <https://tinyurl.com/4f9dd8am>. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: <https://tinyurl.com/3349z4h7>. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. **Instrução Normativa n. 58, de 8 de agosto de 2022**. Dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP, para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital. Brasília, DF: Presidência da República, 2022b. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n8eyby3>. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. **Orientação SEGES/ME n. 35/2022**. Orientação sobre procedimento simplificado para estimar o valor preliminar da contratação para Plano de Contratações Anual. Brasília, DF: Presidência da República, 2022c. Disponível em: <https://tinyurl.com/e7k6jajt>. Acesso em: 14 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. **Portaria SEGES/ME n. 8.678, de 19 de julho de 2021**. Dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Disponível em: <https://tinyurl.com/runxatfj>. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. **Documento de Formalização da Demanda (DFD)**. Gov.br, 6 de abril de 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2e-crywnm>. Acesso em: 14 out. 2023.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Instrução Normativa n. 1, de 29 de março de 2018**. Dispõe sobre o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações e sobre a elaboração do Plano Anual de Contratações de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrx4mk2p>. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: <https://tinyurl.com/t5u2uvtz>. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). **Acórdão n. 1.046/2009**. Processo 007.645/2004-0. Relator: Augusto Sherman. Data da sessão: 17/03/2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2866zcx2>. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 2.622/2015**. Processo 025.068/2013-0. Relator: Augusto Nardes. Data da sessão: 21/10/2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/yck4u9rv>. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 2.339/2016**. Processo 020.145/2015-2. Relator: Augusto Nardes. Data da sessão: 14/09/2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7muem9>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). **Acórdão n. 1.973/2008**. Processo 012.519/2005-3. Relator: Guilherme Palmeira. Data da sessão: 17/06/2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7cd52p>. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). **Acórdão n. 2.866/2009**. Processo 018.843/2007-9. Relator: Augusto Nardes. Data da sessão: 02/06/2009. Disponível em: <https://>

tinyurl.com/55phjztf. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU**. 3ª Ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/4kuz-6vzw>. Acesso em: 27 out. 2023.

CEARÁ. **Decreto n. 35.322, de 24 de fevereiro de 2023**. Regulamenta, no âmbito da administração pública estadual, o sistema de compras, e dá outras providências. Fortaleza: Governo do Estado, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdhbbd7a>. Acesso em: 19 out. 2023.

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

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Introdução ao estudo das boas práticas na administração da justiça: a relevância dogmática da inovação. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, v. 84, abr./jun. 2022, p. 39-69.

ESPÍRITO SANTO. **Decreto n. 5.307-R, de 15 de fevereiro de 2023**. Dispõe sobre a governança das contratações públicas e institui o Planejamento de Contratações Anual no âmbito da Administração Pública Estadual direta, autárquica e fundacional. Vitória: Governo do Estado, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/3zy5vtf6>. Acesso em: 19 out. 2023.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. **Poder regulamentar**: aspectos controvertidos no contexto da função regulatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. *In*: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano et al. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

GIL, Antônio. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LEONEZ, Angelina. **Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações**. Grupo Sollicita, 25 de julho de 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/64j95xmr>. Acesso em 22 out. 2023.

MARANHÃO. **Decreto n. 37.661, de 26 de maio de 2022**. Dispõe sobre o planejamento das contratações públicas, o enquadramento dos bens de consumo e o processo de padronização no âmbito do Poder Executivo Estadual, e dá outras providências. São Luís: Governo do Estado, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/y26ey4ez>. Acesso em: 19 out. 2023.

MATO GROSSO DO SUL. **Decreto n. 16.121, de 9 de março de 2023**. Dispõe sobre o Plano

de Contratação Anual, no âmbito dos órgãos da Administração Direta e das entidades autárquicas e fundacionais do Poder Executivo Estadual, nos termos da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e dá outras providências. Campo Grande: Governo do Estado, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cz5xb4a>. Acesso em: 20 out. 2023.

MATO GROSSO DO SUL. Secretária de Estado de Administração. **Resolução Normativa n.162, de 17 de abril de 2023**. Dispõe sobre a elaboração do Plano de Contratações Anual e preenchimento de documentos no SIGA Plano de Compras. Campo Grande: Governo do Estado, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7x8se7>. Acesso em: 20 out. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEZZAROBIA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOTTA, Fabrício. **Planejamento nas licitações**: copiar a União quase nunca é a solução. Conjur, 22 de julho de 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/mv2837zy>. Acesso em: 22 out. 2023.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

PARÁ. **Decreto n. 2.227, de 16 de março de 2022**. Dispõe sobre o Plano de Contratações Anual de Bens e Serviços Comuns da Administração Pública Estadual. Belém: Governo do Estado, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/3kwfb9v7>. Acesso em: 20 out. 2023.

PARAÍBA. Secretária de Estado de Administração. **Instrução Normativa SEAD n. 001, de 27 de maio de 2021**. Orienta os órgãos e entidades da Administração Pública do Poder Executivo Estadual quanto aos critérios e requisitos para o levantamento de necessidades e a forma de envio por cada órgão regulamentando o processo de aquisição de produtos e contratações de serviços no exercício subsequente. João Pessoa: Governo do Estado, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/442jpwf5>. Acesso em: 20 out. 2023.

PARANÁ. **Decreto n. 10.086, de 17 de janeiro de 2022**. Regulamenta, no âmbito da Administração Pública estadual, direta, autárquica e fundacional do Estado do Paraná, a Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, que “Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, a aquisição e incorporação de bens ao patrimônio público estadual, os procedimentos para intervenção estatal na propriedade privada e dá outras providências. Curitiba: Governo do Estado, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/du88vmbk>. Acesso em: 19 out. 2023.

PARANÁ. Secretaria de Estado do Planejamento. **Instrução Normativa n. 1, de 14 de fevereiro de 2023**. Dispõe sobre a forma de recebimento dos Planos de Contratações Anuais – PCAs, que subsidiarão a elaboração do Plano de Contratações Anual do Estado – PCA-E. Curitiba: Governo do Estado, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/46mwsfpb>. Acesso em: 19 out. 2023.

PEIXOTO, Sinara. **Máscaras gigantes para alunos do AM viralizam; Secretaria diz que serão trocadas.** CNN Brasil, 13 de agosto de 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/34tzjzk7>. Acesso em: 21 out. 2023.

PERNAMBUCO. **Decreto n. 51.652, de 27 de outubro de 2021.** Dispõe sobre o planejamento das contratações públicas, o enquadramento dos bens de consumo e o processo de padronização no âmbito do Poder Executivo Estadual. Recife: Governo do Estado, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/nhraexz2>. Acesso em: 20 out. 2023.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 27-48, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/d8yxtfeu>. Acesso em: 19 jan. 2023.

RIO NEGRINHO. **Decreto n. 15.259 de 09 de maio de 2023.** Regulamenta a Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que dispõe sobre licitações e contratos administrativos, no âmbito da Prefeitura Municipal de Rio Negrinho/SC. Rio Negrinho: Prefeitura Municipal, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/p5e33hc9>. Acesso em: 21 out. 2023.

SANTA CATARINA. Secretaria de Estado da Administração. Diretoria de Gestão de Licitações e Contratos. **Documento de Formalização da Demanda.** 1ª versão, fevereiro de 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2kacdx2>. Acesso em: 14 out. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado (Plenário). **Acórdão n. 222/2017.** Processo 12/00467334. Relator: Luiz Roberto Herbst. Data da sessão: 08/05/2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/3zfv2sz5>. Acesso em: 21 out. 2023.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto n. 67.689, de 03 de maio de 2023.** Regulamenta o inciso VII do artigo 12 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual no âmbito da Administração Pública direta e autárquica. São Paulo: Governo do Estado, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr37r3d8>. Acesso em: 19 out. 2023.

SÃO PAULO (Município). **Decreto n. 62.100 de 27 de dezembro de 2022.** Dispõe sobre normas de licitação e contratos administrativos para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Município de São Paulo, nos termos previstos na Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, bem como consolida a regulamentação da matéria em âmbito municipal. São Paulo: Prefeitura Municipal, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/32zd7feh>. Acesso em: 21 out. 2023.

THORSTENSEN, Vera; et al. **Brasil na OCDE: Compras Públicas.** Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bddat85n>. Acesso em: 21 out. 2023.

TOCANTINS. **Decreto n. 6.606, de 28 de março de 2023.** Regulamenta, no âmbito da Administração Pública Estadual, direta, autárquica e fundacional do Estado do Tocantins, a Lei Federal



no 14.133, de 1o de abril de 2021, que estabelece normas gerais de licitação e contratação, e adota outras providências. Palmas: Governo do Estado, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc-7fnu67>. Acesso em: 21 out. 2023.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Planejamento das contratações à luz da nova lei de licitações**. Blog JML, 5 de julho de 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdd86fww>. Acesso em: 8 set. 2023.

ZANOTO, Luiz Eduardo. A fase preparatória e o elo entre o planejamento e a licitação. *In*: LINS, Bernardo Wildi; NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). **A nova lei de licitações e contratos administrativos e a advocacia**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 151-164.

ZYMLER, Benjamin. **Entrevista com Min. Benjamin Zymler**: regulamentação da NLLC. Entrevista concedida a Aline Oliveira. Grupo Sollicita, 29 de novembro de 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/36uvpxe6>. Acesso em: 13 out. 2023.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



Data de recebimento: 12/09/2023

Data de aceite: 20/10/2023

.....

A ADOÇÃO SUBSIDIÁRIA DA SUSPENSÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E DE PASSAPORTE COMO MEIO EXECUTIVO ATÍPICO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA

.....

THE SUBSIDIARY ADOPTION OF THE SUSPENSION OF NATIONAL DRIVER'S LICENSE AND PASSPORT AS AN ATYPICAL EXECUTIVE MEANS IN THE EXECUTION PROCESS FOR A CERTAIN AMOUNT

Eduarda Machado Guedes¹

Vinícius Pinheiro Marques²

1 - Estudante de graduação no curso de Direito pela Universidade Federal do Tocantins, Campus Palmas. E-mail: eduarda.machado@mail.uft.edu.br.

2 - Doutor em Direito (2016) (Magna Cum Laude) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS); Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (2015) pela Universidade Federal do Tocantins (UFT); e Bacharel em Direito (2005) pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Professor dos Programas de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e do Mestrado Profissional em Administração Pública (PROFIAP); atua também como professor dos Cursos de Graduação e de Especialização em Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT), do Centro Universitário Católica do Tocantins (UNICATÓLICA) e do Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA). No exercício de funções acadêmicas e administrativas, destacou-se como Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT) por três mandatos eletivos (2011-2013, 2013-2015 e 2019-2021). Atualmente, também desempenha a função de avaliador/parecerista de artigos em diversos periódicos jurídicos de alto impacto científico, integra Conselhos de revistas e editoras universitárias, além de exercer a advocacia no Estado do Tocantins. E-mail: viniciusmarques@uft.edu.br

SUMÁRIO. Introdução. 1. As medidas executivas atípicas no processo de execução por quantia certa. 2. A suspensão de CNH e de Passaporte. 3. Critérios gerais de fixação das medidas executivas atípica. 4. Critérios de análise da aplicabilidade da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e do Passaporte. 4.1. O direito de ir e vir e o cabimento de *habeas corpus*. 4.2. O princípio de proteção ao executado. 4.2.1 Direito comparado. 4.2.2. Aplicação na suspensão da CNH e do Passaporte. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o caráter punitivo da adoção de meios alternativos de execução, como a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e do Passaporte. Para tanto, utiliza-se uma abordagem dialética, apresentando teses defensivas em oposição à crítica desses meios, buscando compreender sua aplicação nos processos de execução. São discutidos os princípios da eficiência e da menor onerosidade ao devedor, em confronto com a adoção dessas medidas. Este estudo foi baseado em precedentes do Superior Tribunal de Justiça e enfoca a proporcionalidade, a razoabilidade, a garantia de excesso, a eficiência, a violação do direito de ir e vir e o princípio de proteção ao executado. A partir das fontes e discussões colocadas, conclui-se que é necessário considerar a subsidiariedade desses meios atípicos.

PALAVRAS-CHAVE: Execução por quantia certa. Meios Executivos Atípicos. Processo Civil. Suspensão de CNH. Suspensão de Passaporte.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the punitive nature of the adoption of alternative means of execution, such as the suspension of the National Driver's License (CNH) and passport. The research uses a dialectical approach, presenting defensive theses in opposition to the criticism of these means, seeking to understand their application in the execution processes. The principles of efficiency and lower cost to the debtor are discussed, in comparison with the adoption of these measures. The research is based on precedents of the Superior Court of Justice and focuses on proportionality, reasonableness, guarantee of excess, efficiency, violation of the right to come and go and the principle of protection for the debtor. It is concluded that it is necessary to consider the subsidiarity of these atypical means..*

KEYWORD: *Execution for a certain amount. Atypical Executive Means. Civil Procedure. Driver's license suspension. Passport Suspension.*

INTRODUÇÃO

No âmbito do direito processual civil, os meios executivos atípicos são alternativos em face de outras medidas devidamente previstas em lei, que podem ser deferidas pelo juízo de acordo com o caso concreto para a satisfação do direito certo, líquido e exigível pleiteado pelo exequente, seja derivado de título judicial ou extrajudicial.

Diferentemente das vias típicas, não há a pormenorização das medidas atípicas, de modo que a legislação, ao incorporar esse assunto na codificação processual, materializou sua disciplina por meio do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, de forma genérica para viabilizar a interpretação pelo juiz.

Diante disso, este artigo traz como objetivo identificar, sob a ótica principiológica, o caráter punitivo da adoção de alguns meios alternativos de execução, como a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e do Passaporte, visto que esse tema é alvo de debates jurisprudenciais e doutrinários em virtude da sua colisão com os princípios da efetividade e da menor onerosidade ao devedor. Dito em outros termos, pretende-se aqui analisar esses meios como medidas executivas atípicas, sob a ótica principiológica da efetividade e da menor onerosidade ao devedor, compreendendo a aplicação concreta dessas nos processos de execução.

A fim de alcançar esse objetivo, utilizou-se o método dialético, uma vez que a ponderação acerca do caráter punitivo de meios atípicos, como os citados, deve ser feita por meio da apresentação de teses defensivas em oposição à asserção que critica tal recurso. Ademais, a abordagem do conflito desse tema é a qualitativa, pois os casos concretos que versam sobre o assunto derivam de trajetória processual fluida entre as partes do litígio, principalmente entre o interesse do exequente e a prestação jurisdicional do juiz, que é complexa. Nesse sentido, realiza-se uma análise aprofundada, considerando os contextos específicos, os aspectos subjetivos entre os litigantes e os posicionamentos dos órgãos judiciais.

Ainda, ressalta-se que a presente pesquisa tem natureza básica, visto que o problema apresentado já é existente e possui precedente no Superior Tribunal de Justiça, quando a Segunda Seção afetou o tema 1137, no dia 7 de abril de 2022, de modo que se busca tratar do assunto de forma aprofundada.

Para melhor organização da questão, inicialmente, apresenta-se neste artigo a conceituação de medidas executivas atípicas no contexto do processo de execução por quantia certa, bem como a sua constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro sob as seguintes perspectivas: a sincronia da legislação processual com a Constituição Federal, a intenção da norma e o sopesamento a ser feito pelo magistrado na aplicação dessas vias.

Na sequência, trata-se, especificamente, da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e do Passaporte e a sua problemática como meio atípico, discorrendo acerca dessa abordagem desde o âmbito da jurisprudência até se tornar tema afetado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A partir desse ponto, apontam-se os critérios gerais de fixação das medidas executivas atípicas.

Nesse sentido, faz-se uma delimitação principiológica, especialmente no que diz respeito aos critérios de proporcionalidade, a saber: a razoabilidade, a proibição de excesso, a eficiência e a menor onerosidade do devedor, que serão explicados no âmbito do processo de execução.

Contudo, quando se aplica a suspensão de CNH e Passaporte contra o devedor, outros critérios devem ser considerados diante do caráter dessa medida. Assim, são abordadas duas cláusulas de aplicabilidade: a violação do direito de ir e vir e o princípio de proteção ao executado.

Quanto à primeira cláusula, disserta-se sobre as suas visões dialéticas, a sua subsunção ao conceito de coação ilegal e sua interdisciplinaridade com o Direito Processual Penal e norma específica de caráter correlato. Quanto à segunda, aborda-se a sua perspectiva comparada entre o ordenamento jurídico brasileiro e o internacional, bem como se argumenta sobre sua observância na suspensão dos documentos de locomoção.

Por fim, ratifica-se a necessidade de subsidiariedade das vias atípicas.

1 AS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA

O conceito de medida executiva atípica é diversificado entre os doutrinadores do Direito Processual Civil brasileiro. Contudo, há o consenso acerca do seu caráter subsidiário em face das vias típicas. Isso é notável nas seguintes definições:

STJ. “Subsidiariedade”. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “a adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade” (STJ, 3ª Turma, REsp 1.788.950/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.23.04.2019, DJe 26.04.2019).

Didier Jr *et al.* (2017, p. 105) observam que:

Nesse sentido, enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”.

Acerca da sua constitucionalidade, a medida executiva atípica é, necessariamente, contextualizada no processo de execução que possui respaldo do devido processo legal, conforme previsão expressa do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, o qual se trata de um meta-princípio e tem como um de seus desdobramentos o princípio da efetividade, como bem expressa a Carta Magna: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Brasil, 1988).

A esse respeito, Didier Jr. *et al.* (2017, p. 65) asseveram que:

O devido processo legal, cláusula geral processual constitucional, tem como um de seus corolários o princípio da efetividade: os direitos devem ser efetivados, não apenas

reconhecidos. Processo devido é processo efetivo. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste “na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”.

Além disso, há previsão infraconstitucional no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil no contexto dos poderes, responsabilidades e deveres do juiz. Ressalta-se que essa localização na referida norma é intencional pelo legislador, afinal, a imposição de meios atípicos é derivada do poder de cautela do magistrado, visto que cabe a ele uma prestação jurisdicional que preserve a efetivação do direito das partes, ainda que fuja da tipicidade normativa. Nesse sentido, o Diploma Processual preconiza que:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (Brasil, 2015).

Em reforço ao debate acerca da constitucionalidade, essa foi questionada pelo Partido dos Trabalhadores, no que diz respeito ao artigo supracitado, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5941. Na sua petição inicial, o pedido principal se deu no sentido de declarar a nulidade do referido dispositivo e a inconstitucionalidade de algumas medidas derivadas de sua aplicação, como a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e do Passaporte, bem como a proibição de participação em concursos e licitações públicas.

Nesse sentido, colaciona-se a seguinte premissa firmada nesta jurisprudência:

São constitucionais — desde que respeitados os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os valores especificados no próprio ordenamento processual, em especial os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade — as medidas atípicas previstas no CPC/2015 destinadas a assegurar a efetivação dos julgados. (STF, 2023)

Todavia, a questão reforçada pelo Partido dos Trabalhadores não foi considerada procedente. Conforme julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o artigo 139, IV, do CPC é constitucional, se considerado, justamente, o poder de cautela do juiz e a discricionariedade derivada dele. Para analisar as particularidades desse debate, a improcedência deve ser observada sob três alicerces: a sincronia dessa legislação com a Constituição Federal, a intenção da norma processual e o sopesamento a ser feito pelo magistrado.

Quanto ao primeiro, ressalta-se o artigo 5º, LXVIII, da Carta Magna, que prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Brasil, 1988); e sua correspondência no artigo 4º do CPC, qual seja: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral

do mérito, incluída a atividade satisfativa” (Brasil, 2015).

As medidas atípicas estão alocadas no contexto do processo de execução, que se trata da concretização do direito à prestação, isto é, o poder jurídico de alguém de exigir de outrem. Nesse sentido, a relação desse conceito é íntima com a norma constitucional, pois a prestação jurisdicional pode se munir de meios, típicos ou não, para atingir a tutela executiva de forma célere por força do princípio da duração razoável do processo.

Diante disso, verifica-se a constitucionalidade da aplicação de medidas executivas atípicas, se considerados os direitos fundamentais, a prestação jurisdicional efetiva e o devido processo legal, consoante ao artigo 5º, incisos XXXV e LIV, da Constituição Federal. Assim, constata-se que:

- a) a interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível;
- b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar como forma de proteção a outro direito fundamental;
- c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva [...] (Didier Jr. *et al.*, 2017. p. 66).

Com base nos itens supracitados, passa-se a analisar o segundo alicerce, que versa sobre a intenção da norma processual. Conforme se observa no inciso IV do artigo 139 do CPC, a legislação não especifica quais são as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias permitidas, e isso não é por acaso. A natureza desse dispositivo é chamada de cláusula geral pela doutrina. Por definição, considera-se que:

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. (Didier Jr. *et al.*, 2017. p. 102).

Cavalcante (2023) complementa que a previsão de uma cláusula geral, desde que contenha uma autorização genérica, se dá a partir da impossibilidade de a legislação em geral considerar todas as hipóteses plausíveis, ponderando o dinamismo e os riscos relacionados aos mais diversos ramos jurídicos.

Ante a inviabilidade de se prever todas as hipóteses de cabimento das medidas elencadas na lei, recai-se no terceiro alicerce: o sopesamento da situação em caso concreto pelo juiz. Contudo, não é somente em vista dessa impraticabilidade, pois, ao deixar de especificar os meios atípicos, a legislação inibe a possibilidade da escolha da via executiva mais onerosa pelo exequente (Didier Jr. *et al.*, 2017).

Logicamente, a mencionada casuística de responsabilidade do magistrado deve ser realizada considerando, claro, os princípios inerentes do processo de execução. Todavia, insta salientar, essa não é mera faculdade particular utilizada de acordo com o entendimento do juiz, afinal, conforme a doutrina:



Essa interpretação retiraria o princípio do sistema do CPC e, por isso, violaria o postulado hermenêutico da integridade, previsto no art. 926, CPC. Não bastasse isso, essa interpretação é perigosa: a execução por quantia se desenvolveria simplesmente de acordo com o que pensa o órgão julgador, e não de acordo com o que o legislador fez questão de, exaustivamente, pré-determinar. (Didier Jr. *et al.*, 2017. p. 107).

Assim sendo, retorna-se à característica subsidiária dos meios executivos atípicos, destacada no início da argumentação. A fim de afunilar o tema, é necessário relacionar essa particularidade, especificamente, ao processo de execução por quantia certa, pois esse é o único rito executivo que possui a atipicidade como exceção. “No que se refere às tutelas dos deveres de fazer e não fazer, a variedade de possibilidades é tamanha que torna impossível uma tipificação detalhada” (Expósito; Levitá, 2018. p. 353).

Entretanto, no domínio das medidas executivas atípicas – usuais na execução das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, e apenas recentemente introduzida nas execuções de prestação pecuniária –, *o balanceamento dos princípios em colisão realiza-se concretamente pelo juiz, como técnica para aquilatar o direito predominante*. Quando muito, o legislador avalia que o juiz defina, caso a caso, o meio adequado para a concretização do direito. Mas o faz a partir de regras de moldura aberta e flexível, como os citados artigos 139, IV, 497, 536 e 538, §3º, todos do CPC/15 (Doutor, 2019. p. 42). (grifo nosso)

Em síntese, é imperativo afirmar que a previsão legal no processo civil acerca dos meios executivos atípicos é constitucional, tanto do ponto de vista legislativo quanto do jurisprudencial. No entanto, apesar de firmado esse entendimento, há apontamentos a serem feitos sobre algumas medidas específicas, como a suspensão de CNH e de Passaporte.

2 A SUSPENSÃO DE CNH E DE PASSAPORTE

É inerente ao processo executivo a colisão entre direitos e princípios, uma vez que sua natureza obrigacional é severa, pois já existe a certeza e a exigibilidade do direito cuja prestação está sendo exigida, legitimamente, pelo credor, tanto na sua origem judicial quanto extrajudicial.

De certa forma, em prol de satisfazer essa prerrogativa, prioriza-se o adimplemento da obrigação frente a alguns direitos do devedor. A título de exemplo, tem-se no Código de Processo Civil a expressa preferência, respeitada a ordem sequencial, de penhora na execução por quantia certa, que pode, inclusive, recair sobre o direito fundamental à propriedade, nos termos do artigo 835 do CPC.

A esse respeito, Doutor (2019, p. 41) acrescenta que:

Na medida em que a execução opera-se de forma necessariamente agressiva, atuando coativamente sobre o patrimônio ou a vontade do devedor, é fácil intuir que da sua realização resultará, quase sempre, o atingimento de um ou de alguns direitos fundamentais do executado, tais como o patrimônio, a liberdade pessoal e a livre manifestação do pensamento. É da atmosfera da atividade executiva a tensão entre direitos fundamentais. A execução atua a todo tempo os restringindo.

No entanto, quando se trata da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e do Passaporte, outras pertinências temáticas devem ser analisadas. Essa é uma questão já existente

e possui precedente qualificado no Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a sua Segunda Seção afetou o tema 1137 no dia 7 de abril de 2022.

A proposta de afetação derivou dos Recursos Especiais n.º 1955539 e 1955574, originários do Tribunal de Justiça de São Paulo, os quais se tratavam do mesmo recorrente e da mesma matéria fática: o indeferimento da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), bem como do Passaporte, e do bloqueio de cartões de créditos de titularidade dos executados.

Conforme se extrai do voto do Exmo. Sr. Ministro Marco Buzzi no REsp n.º 1955539/SP, a relevância desse assunto se evidencia nos entendimentos divergentes entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça, ainda que haja matéria consolidada em jurisprudência.

Além das numerosas manifestações em órgãos colegiados, o entendimento quanto ao tema tem sido reproduzido em milhares de decisões monocráticas - cerca de 2.168 (dois mil e cento e sessenta e oito) deliberações unipessoais -, segundo informa o NUGEP, exaradas por todos os membros da Segunda Seção, de modo a demonstrar, portanto, o caráter multitudinário da questão subjacente ao presente recurso especial, ensejando-se o exame em caráter repetitivo desta questão jurídica.

Encontra-se igualmente satisfeita a exigência estabelecida pela orientação jurisprudencial da Segunda Seção do STJ de “somente afetar ao rito dos recursos repetitivos aqueles temas que já tenham sido objeto de jurisprudência consolidada no âmbito das Turmas que a integram.” (ProAfR no REsp n. 1.686.022, Segunda Seção, Plenário Virtual, DJe de 5/12/2017, Rel. p/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão).

Consoante destacado pelo Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, o julgamento qualificado no âmbito da Segunda Seção do STJ poderá evitar decisões divergentes nas instâncias de origem e o desnecessário envio de recursos especiais e/ou agravos em recursos especiais a esta Corte Superior.

Portanto, uma vez reconhecida a relevância da matéria, propõe-se a afetação do presente reclamo à sistemática de recursos especiais repetitivos para consolidar o entendimento acerca da seguinte questão jurídica:

Definir se, com esteio no art. 139, IV, do CPC/15, é possível, ou não, o magistrado, observando-se a devida fundamentação, o contraditório e a proporcionalidade da medida, adotar, de modo subsidiário, meios executivos atípicos. (STJ, 2022. p. 9-10).

Nesse sentido, é possível analisar a necessidade de observação de outros critérios de fixação no caso afetado pelo Tribunal Superior, além dos que já são utilizados nos demais meios executivos atípicos. Assim, em momento posterior, opta-se por tratar desses, numa primeira análise, para relacioná-los aos meios que são específicos do sobrestamento dos documentos de locomoção.

3 CRITÉRIOS GERAIS DE FIXAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

A delimitação de quais medidas executivas atípicas são cabíveis em determinado caso concreto é, inerentemente, principiológica. Conforme a doutrina processualista, em geral, são máxima da proporcionalidade a razoabilidade, a proibição de excesso, a eficiência e a menor onerosidade do devedor (Didier Jr. *et al.*, 2017).

Acerca disso, é notável que a principiológica no estudo do Direito é amplamente corrobora-

rada na obra do autor Robert Alexy³, razão pela qual a terminologia “máxima”, apresentada por ele, é utilizada para tratar da proporcionalidade enquanto critério de ponderação na aplicabilidade de vias atípicas de execução (Doutor, 2019. p. 41).

Quanto à proporcionalidade, essa não é um princípio, mas sim um dever a ser aplicado quando há colisão de direitos fundamentais e possui como sub-regras, necessariamente nesta ordem, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (Silva, 2002, p. 24). Ressalta-se essa sequencialidade, pois:

Se simplesmente as enumeramos, independentemente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a necessidade do ato estatal é, no caso, questionada antes ou depois da análise da adequação ou da proporcionalidade em sentido estrito. (Silva, 2002. p. 34-35).

Toda essa análise, conforme já destacado anteriormente, é de responsabilidade do magistrado. Nesse sentido, caso a medida executiva atípica seja adequada, necessária, proporcional em sentido estrito e corresponda ao “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (Silva, 2002. p. 40), então ela poderá ser aplicada, se observadas as próximas premissas.

Quanto à razoabilidade, essa é inúmeras vezes confundida com a máxima anterior. Isso ocorre, porque sua definição como “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins” pode ser facilmente associada à proporcionalidade em sentido estrito. Contudo, a razoabilidade se atém somente ao primeiro requisito da proporcionalidade: a adequação (Mendes, 1994 *apud* Silva, 2002. p. 32).

Além disso, a proibição de excesso também possui íntima relação com a máxima de proporcionalidade, entretanto esta aparece quando a atuação onerosa restringe a essência de um direito fundamental, de modo que “pouco importa a relação meio/fim, ou a exigibilidade da medida ou ainda a ponderação com outro direito fundamental eventualmente em jogo” (Didier Jr. *et al.*, 2017. p. 112).

Superado esse ponto, há o princípio da eficiência. Esse decorre do artigo 37 da Constituição Federal que, embora seja relacionado à Administração Pública, tem seu reflexo na prestação jurisdicional no artigo 8º do Código de Processo Civil. Nesse sentido:

Aplicado ao processo jurisdicional, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional. Pode-se sintetizar a “eficiência”, meta a ser alcançada por esse princípio, como o resultado de uma atuação que observa dois deveres: a) o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (*efficiency*); b) o de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*). (Didier Jr. *et al.*, 2017. p. 112).

E, por fim, tem-se o critério geral da menor onerosidade ao devedor, que deriva das disposições gerais do processo de execução, pois, conforme o artigo 797 do Código de Processo Civil, “realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”. (Brasil, 2015)

3 - ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

Consoante ao que foi pontuado, a natureza da execução é inerentemente repressiva em face do patrimônio do devedor, sobretudo, porque o direito de preferência aparece de forma expressa na legislação supracitada. Nessa lógica, deve-se pontuar que o princípio da menor onerosidade ao devedor não busca eximi-lo de suas obrigações, mas sim proteger minimamente seus direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, como bem observam Didier Jr. *et al.* (2017, p. 80):

O princípio visa impedir a execução desnecessariamente onerosa ao executado; ou seja, a execução abusiva. Em vez de enumerar situações em que a opção mais gravosa revelar-se-ia injusta, o legislador valeu-se, corretamente, de uma cláusula geral para reputar abusivo qualquer comportamento do credor que pretender valer-se de meio executivo mais oneroso do que outro igualmente idôneo à satisfação do seu crédito.

Os autores complementam:

Não parece, porém, que tal princípio destine-se a proteger, ao menos primordialmente, a dignidade do executado, suficiente e adequadamente protegida pelas regras que limitam os meios executivos, principalmente aquelas que preveem as impenhorabilidades. Esse princípio protege a ética processual, a lealdade, impedindo o comportamento abusivo do exequente. (Didier Jr. *et al.*, 2017. p. 80)

E finalizam o raciocínio observando que:

Trata-se de princípio (o da menor onerosidade) que frequentemente entrará em rota de colisão com o princípio da efetividade, o que torna ainda mais importante a correta identificação do seu conteúdo dogmático. (Didier Jr. *et al.*, 2017. p. 81).

Evidentemente, esses não são os únicos critérios a serem obedecidos. Afinal, a própria existência deles deriva de premissas anteriores que funcionam de forma sistêmica, como os princípios que regem o processo civil em si, bem como os constitucionais, que atuam de forma imperiosa em consonância com a Constituição Federal de 1988.

Ocorre que, quando se analisa a viabilidade da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e do Passaporte como medida executiva atípica, observa-se a colisão de outros direitos que não são abarcados de forma suficiente apenas pela aplicação desses critérios gerais. Assim sendo, torna-se necessário apreciar outros fatores paralelamente.

4 CRITÉRIOS DE ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E DO PASSAPORTE

A existência de outros coeficientes que podem implicar de forma direta e específica a questão – a serem abordados nos tópicos subsequentes – é abordada no trabalho de Expósito e Levita (2018). Nessa seara, as autoras pontuam a violação ao direito de ir e vir e ao princípio de proteção ao executado, no que diz respeito à suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e do Passaporte, como descumprimento aos demais critérios gerais de fixação.

4.1 O direito de ir e vir e o cabimento de habeas corpus

O primeiro critério a ser analisado se trata da possibilidade da medida ser uma violação do direito de ir e vir. Isso ocorre, pois, com as determinações judiciais que deferiram a suspensão

dos documentos de locomoção, atribuiu-se à natureza desses esse direito, de modo que surgiu uma série de *habeas corpus* impetrados em face do exposto, tanto na execução cível como na fiscal.

Por conta da amplitude do tema, reduz-se o estudo desse fenômeno processual somente ao âmbito cível, sem prejuízo à análise de algumas pertinências que possam ser análogas ao caso. Nessa senda, a fim de introduzir os conceitos iniciais antes de aprofundar nas visões distintas sobre o assunto, pontua-se que o direito de locomoção é uma espécie do gênero que é o direito de ir e vir (Expósito; Levita, 2018). Essa diferença é essencial para sejam analisados os impactos distintos da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e do Passaporte.

Acerca disso, pode-se verificar a explicação dessa diferença manifesta na seguinte jurisprudência:

1. O Código de Processo Civil, no artigo 139, inciso IV inseriu no capítulo que trata dos poderes, deveres e responsabilidades do juiz, o dever de efetivação. Dispõe que o juiz, na qualidade de presidente do processo, determine todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. [...] A fundamentação de aplicação das medidas atípicas (artigo 139, inciso IV, CPC) deve ser consistente, coerente com o caso concreto, proporcional e adequada. 3. A suspensão da CNH não afronta o direito constitucional de ir e vir (artigo 5º, XV, CF/88), pois a locomoção do executado pode ocorrer de outras formas que não a direção pessoal de automóvel. 4. No que concerne ao direito de viajar para o exterior, com a retenção do passaporte, tal medida, entretanto, não se mostra razoável tampouco proporcional. O passaporte é documento essencial e imprescindível para o direito de ir e vir do território nacional. Restringir tal direito como medida de coerção para adimplemento de débito é excessivo, violando o artigo 5º, XV da Constituição Federal.” (TJDF, 2020).

Ainda que se discorde acerca da afronta ao direito constitucional em questão, no caso da suspensão da CNH, de fato, é inequívoco que o impacto dessa medida é menor do que o da suspensão do Passaporte. Nos termos das legislações que regulam as referidas documentações, é possível notar o exposto a partir de sua interpretação gramatical.

Ao versar sobre a Carteira Nacional de Habilitação, a legislação expressa que:

Art. 1º A condução de veículos automotores sujeitos a legislação de trânsito depende de habilitação, verificada em exame prestado perante as repartições de trânsito do Distrito Federal e das Capitais dos Estados e Territórios ou comissões por elas organizadas. (Brasil, 1946).

O Passaporte, por sua vez, é definido como: “Art. 2º Passaporte é o documento de identificação, de propriedade da União, exigível de todos os que pretendam realizar viagem internacional, salvo nos casos previstos em tratados, acordos e outros atos internacionais”. (Brasil, 2006).

A partir do exposto, nota-se que a Carteira Nacional de Habilitação é requisito essencial somente para a condução de veículos automotores dentro do território nacional, enquanto o Passaporte é exigência imprescindível para a locomoção interterritorial, não sendo possível o deslocamento de pessoas entre o Brasil e outros países senão em virtude desse documento.

Quanto ao cabimento de *habeas corpus* em caso de suspensão da CNH ou do Passaporte, é

preciso considerar que há diferenças substanciais entre esses documentos. Nesse sentido, esse assunto foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça em caso de processo de execução por quantia certa de título executivo extrajudicial, equivalente ao Recurso em *Habeas Corpus* n.º 97.876-SP (2018/0104023-6) de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão.

Acerca disso, vale ressaltar que o *habeas corpus* é a via adequada para buscar o provimento jurisdicional conforme seus requisitos legais, nos termos determinados pela própria Constituição Federal, que orienta “conceder-se-á ‘*habeas-corpus*’ sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer, violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. (Brasil, 1988).

Quanto à suspensão de Passaporte como meio executivo atípico deferido no âmbito cível, tem-se que:

Nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de Passaporte é medida que limita a liberdade de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o *habeas corpus* via processual adequada para essa análise (RHC 97.876/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 09/08/2018).

Ocorre que, quando se trata da Carteira Nacional de Habilitação, a jurisprudência supracitada faz uma análise pertinente, mormente, no que diz respeito ao preenchimento do requisito de coação ilegal para concessão do remédio constitucional em questão. Veja-se:

De fato, entender essa questão de forma diferente significaria dizer que todos aqueles que não detém a habilitação para dirigir estariam constrangidos em sua locomoção.

Com efeito, e ao contrário do passaporte, ninguém pode se considerar privado de ir a qualquer lugar por não ser habilitado à condução de veículo ou mesmo por o ser, mas não poder se utilizar dessa habilidade.

A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do *habeas corpus*, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do *habeas corpus*, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza. (RHC 97.876/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 09/08/2018) (grifo nosso).

Além desse óbice, a questão foi abordada em interdisciplinaridade com o Direito Processual Penal, que pode ser visualizada no caso concreto presente no Agravo Interno no *Habeas Corpus* n.º 402.129/SP, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no qual se defende o entendimento de que, mediante a inviabilidade de conversão da suspensão de CNH em pena privativa de liberdade, não há ameaça por ilegalidade ou abuso de poder.

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO

AUTOMOTOR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO OU AMEAÇA DE VIOLÊNCIA DO DIREITO DE IR E VIR. VIA INADEQUADA. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. “*A imposição da medida cautelar de suspensão do direito de dirigir veículo automotor, em razão da ausência de previsão legal de sua conversão em pena privativa de liberdade caso descumprida, não tem o condão, por si só, de caracterizar ofensa ou ameaça à liberdade de locomoção do paciente, razão pela qual não é cabível o manejo do habeas corpus.* Precedentes do STJ e do STF” (HC n. 383.225/MG, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 04/05/2017, DJe 12/05/2017). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgInt no HC 402.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26/09/2017) (grifo nosso).

No entanto, é interessante utilizar o método dialético para analisar esse posicionamento junto ao conceito de liberdade de locomoção. Sobre esse último, Expósito e Levita (2018, p. 365) abordam essa definição de forma ampla, pois consideram não só o direito de locomoção em si, mas também “o modo que se deseja operar a locomoção”, sendo possível afirmar “que se pode inserir no rol dos direitos de locomoção o direito de dirigir”.

Ainda em contraposição ao teor da decisão, as referidas autoras sustentam que a suspensão de CNH é, necessariamente, regulada por lei ordinária, qual seja, o Código de Trânsito Brasileiro (Expósito; Levita, 2018). Estabelecido esse ponto, pode-se dizer que sua previsão normativa é inerentemente punitiva, na medida em que está inserida no rol dos crimes de trânsito.

Art. 293. A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, tem a duração de dois meses a cinco anos.

§ 1º Transitada em julgado a sentença condenatória, o réu será intimado a entregar à autoridade judiciária, em quarenta e oito horas, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

§ 2º A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor não se inicia enquanto o sentenciado, por efeito de condenação penal, estiver recolhido a estabelecimento prisional.

Art. 294. Em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, poderá o juiz, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção. (Brasil, 1977).

Ante o cabimento de lei ordinária para regulamentação, que inclusive estabelece prazo máximo de suspensão, é possível dizer que a decisão que ultrapassa os limites das especificidades do Código de Trânsito Brasileiro pode ser considerada ilegal, pois pretende inovar ao aplicar medida de caráter penal em matéria cível, de forma que é manifestamente contrária ao teor da legislação específica vigente.

Portanto, a síntese que se extrai perante a exposição desses posicionamentos contrários é que, ainda que a medida de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não possa ser convertida em pena privativa de liberdade, mesmo assim possui caráter penal devido aos crimes de trân-

sito. Desse modo, a decisão que defere essa medida de suspensão numa execução cível pode ir de encontro ao teor do Código de Trânsito Brasileiro, podendo ser considerada ameaça ou violência à liberdade de locomoção por ilegalidade. Logo, em vista disso ser hipótese do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal, é possível o cabimento de *habeas corpus*.

4.2 O princípio de proteção ao executado

Além dos critérios gerais de fixação das medidas executivas atípicas pontuadas anteriormente, quais sejam, a proibição de excesso e a menor onerosidade do devedor, resta ainda o princípio de proteção ao executado; apesar de sua íntima relação com os demais, o seu conceito não é confundível.

Em detrimento disso, Didier Jr. *et al.* (2017, p. 78) evidenciam, por exemplo, que o princípio da menor onerosidade é uma das normas que compõem o princípio da proteção ao executado, pois é reservado a esse último o caráter de ser fonte de “todas as demais regras de tutela do executado”.

A seguir, discorre-se acerca da origem e da abordagem desse princípio em outros sistemas internacionais processuais cíveis. Logo após, demonstra-se a sua aplicação no contexto da suspensão dos documentos de locomoção e a pertinência de sua subsidiariedade no cenário das medidas executivas atípicas.

4.2.1 Direito comparado

A origem do princípio que é objeto deste tópico está nos valores cristãos do direito romano, corroborado na premissa do *favor debitoris*, cujo imaginário social de clemência, piedade e compaixão afluem na expressão codificada do processo de execução civil brasileiro (Alves, 2006).

Conquanto sua gênese seja romana, o processo de execução civil italiano atual não é, num primeiro momento, regido expressamente pela proteção ao devedor. Como se depreende do artigo 483 do *Codice di Procedura Civile*, há maior atenção à faculdade do credor acerca do meio executivo que ele considerar apropriado.

Art. 483. (Cumulo dei mezzi di espropriazione). Il creditore puo' valersi cumulativamente dei diversi mezzi di espropriazione forzata previsti dalla legge, ma, su opposizione del debitore, il giudice dell'esecuzione, con ordinanza non impugnabile, puo' limitare l'espropriazione al mezzo che il creditore sceglie o, in mancanza, a quello che il giudice stesso determina. (Italia, 1940)⁴

Os meios de defesa do devedor, nesse contexto, são previstos no artigo 683 do referido código italiano, em que há a possibilidade de oposição em dois momentos: antes e depois de iniciada a execução forçada dos bens. Caso o juiz entenda que os motivos para a oposição sejam graves, ele suspende a eficácia do título executivo.

No que se refere ao processo civil brasileiro, Expósito e Levita (2018, p. 368) afirmam que o artigo 805 do CPC materializa o princípio da proteção ao executado, porque esse é a “base

4 - Artigo 483. (Meio cumulativo de expropriação). O credor pode valer-se cumulativamente dos diversos meios de expropriação forçada prevista em lei, mas, mediante oposição do devedor, o juiz da execução, em despacho irrecorrível, pode limitar a expropriação ao meio que o credor escolher ou, na falta disso, ao que o próprio juiz determinar. (Itália, 1940, tradução nossa).

para a criação do regramento”. Nesse sentido, a redação desse dispositivo prevê que: “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. (Brasil, 2015).

Em consonância com o direito brasileiro, outros sistemas processualistas, como o alemão e o espanhol, também abordam a proteção ao executado, particularmente atrelada à menor onerosidade. Conforme o *Zivilprozessordnung (ZPO)* e a *Ley de Enjuiciamiento Civil*, respectivamente:

§ 803 Pfändung (1) *Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung. Sie darf nicht weiter ausgedehnt werden, als es zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung erforderlich ist.*⁵ (Alemanha, 2005) (grifo nosso).

Artículo 592. Orden en los embargos. Embargo de empresas. 1. *Si acreedor y deudor no hubieren pactado otra cosa, dentro o fuera de la ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución embargará los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado.*⁶ (Espanha, 2001) (grifo nosso).

4.2.2 A aplicação na suspensão da CNH e do Passaporte

O princípio da proteção ao executado não é respaldo para retirar a responsabilidade do executado de cumprir suas obrigações. Em verdade, esse princípio delimita o que é conveniente, adequado e proporcional para a satisfação do crédito; por isso, há a necessidade do esgotamento das vias típicas e da subsidiariedade dos meios executivos atípicos. Em função disso, o Fórum Permanente de Processualistas Civil formulou seu Enunciado n.º 12 com a seguinte redação:

Enunciado 12. A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas quando necessário e adequado, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II (TJDFT, 2023).

Na opinião de Doutor (2019, p. 91), o objetivo do processo de execução é satisfazer o crédito, desse modo, ele critica a subsidiariedade das vias atípicas, nesse contexto, em prol da efetividade e do interesse do exequente. No entanto, quando se aplica esse posicionamento à suspensão da CNH e do Passaporte, é importante fazer alguns apontamentos.

Nesse sentido, deve-se diferenciar a satisfação do crédito e o interesse do credor. A premissa de ocorrer a subsidiariedade dos meios executivos atípicos não é por acaso, afinal, a parte exequente objetiva o litígio pela via jurisdicional em vista do seu direito violado, portanto, é lógico que essa escolha a medida lhe convir.

5 - § 803 Penhora (1) A execução de bens móveis efetua-se por penhora. Não pode ser prorrogado além do necessário para satisfazer o credor e cobrir as despesas de execução. (Alemanha, 2005, tradução nossa).

6 - **Artigo 592. Ordem nas apreensões. Embargo empresarial.** 1. Se o credor e o devedor não tiverem acordado de outra forma, dentro ou fora da execução, o Advogado da Administração da Justiça responsável pela execução procederá à penhora dos bens do executado, procurando ter em conta a maior facilidade da sua alienação e o menor custo deste para o executado. (Espanha, 2001, tradução nossa).

Ocorre que o processo de execução por quantia certa visa quitar o débito exequendo, não satisfazer o interesse subjetivo do polo ativo da demanda. Pela interpretação que se extrai dos artigos 797 e 799 do Código de Processo Civil, o interesse em questão é o processual, o de agir, que acarreta o binômio necessidade-utilidade de acionar o Poder Judiciário e a incumbência de requerer, pleitear e proceder o que é pertinente para o processo, não para si mesmo.

Em detrimento disso, o princípio da proteção ao executado é o limite que o legislador traz para que o credor, ainda que em situação insatisfatória, primeiramente, priorize satisfação do direito em litígio, ou seja, a pecúnia. Em seguida, caso os meios típicos não funcionem, poderão ser analisados no caso concreto outras formas de induzir o executado ao objetivo primário.

Logo, não há lógica em desconsiderar a subsidiariedade em deferir a suspensão dos documentos de locomoção como primeira atitude para induzir o devedor ao pagamento, somente porque essa é a medida que convém ao credor, quando há outras formas tipificadas que são voltadas à satisfação direta do dinheiro a ser pago. Portanto, isso em nada contribui com a efetividade que deve reger a trajetória processual.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, este trabalho procurou trazer uma contribuição para a área do Direito Processual Civil, no que diz respeito ao rito da Execução de obrigação de pagar quantia certa. A partir da argumentação mobilizada aqui, inicialmente, pode-se concluir que as medidas executivas atípicas são constitucionais.

Contudo, ao tratar da suspensão da Carteira Nacional de Habilitação e do Passaporte, devem ser analisados outros critérios além daqueles que são próprios da atipicidade em geral. Nessa linha de pensamento, destacam-se as principais cláusulas desse âmbito: a violação do direito de ir e vir e o princípio da proteção ao executado.

Em detrimento disso, nota-se uma diferença substancial entre a suspensão da CNH e do Passaporte quando consubstanciada na violação do direito ir e vir, na medida em que essa última é bem mais grave que a primeira. Além disso, afirma-se que, no que diz respeito unicamente à suspensão de habilitação para veículo automotor, há ainda a presença de caráter penal devido aos crimes de trânsito, o qual possui regramento específico.

A partir disso, conclui-se que essa medida pode entrar em conflito com as disposições do Código de Trânsito Brasileiro e ser considerada uma ameaça ou violação à liberdade de locomoção, de modo que se evidencia o preenchimento de requisito para impetrar ação de *habeas corpus*.

Ademais, por meio da comparação entre os diversos ordenamentos processuais internacionais e o brasileiro, pode-se verificar que não é somente a legislação nacional que se preocupa com a proteção do executado. Nessa perspectiva, é possível reconhecer a pertinência dessa premissa no Código de Processo Civil e distinguir o que é satisfação do crédito do que é o interesse do credor.

Diante desse problema, constata-se que o processo executivo deve objetivar a resolução do débito exequendo a partir dos meios convenientes ao melhor deslinde possível do processo para satisfazer o direito tutelado, e não ao interesse subjetivo do exequente, que é distinto do seu interesse processual.

Logo, infere-se que é importante o esgotamento das vias típicas no processo de execução de quantia certa, pois é desequilibrado o deferimento de uma medida, como a suspensão da CNH e do Passaporte, de forma subsidiária sem isso, uma vez que não visa, de forma primária e direta, o recebimento de pecúnia.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Zivilprozessordnung**, 1950. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html#BJNR005330950BJNG000032301>. Acesso em: 19/05/2023.

ALVES, J. C. M. O favor *debitoris* como princípio geral do direito. **Revista do Advogado**. AASP, São Paulo, n. 26, p. 98 – 108, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12/04/2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.978 de 4 de dezembro de 2006**. Dá nova redação ao Regulamento de Documentos de Viagem a que se refere o Anexo ao Decreto no 1.983, de 14 de agosto de 1996, que instituiu o Programa de Modernização, Agilização, Aprimoramento e Segurança da Fiscalização do Tráfego Internacional e do Passaporte Brasileiro - PROMASP, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato200D2006/2006/decreto/d5978.htm#:~:text=DO%20PASSAPORTE,Art.,%C3%A9%20documento%20pessoal%20e%20intransfer%C3%ADvel. Acesso em: 21/04/2023.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 9.545, DE 5 DE AGOSTO DE 1946. Dispõe sobre a habilitação e exercício da atividade de condutor de veículos automotores**, 1946. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9545-5-agosto-1946-417705-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21/04/2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12/03/2023.

BRASIL. **Lei Nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Institui o Código de Trânsito, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm. Acesso em: 21/04/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em *Habeas Corpus* substitutivo de recurso. Suspensão temporária da habilitação para dirigir veículo automotor. Rodrigo Serrano Ribeiro *versus* Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AgInt no HC 402.129/SP. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Brasília, DJe 26/09/2017. **JusBrasil**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860791065/inteiro-teor-860791075>. Acesso em: 20/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Execução de título

extrajudicial. Medidas coercitivas atípicas. Jair Nunes de Barros *versus* Estado de São Paulo RHC 97.876/SP. Relator Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Brasília. Julgado em 05/06/2018, DJe 09/08/2018. **JusBrasil**. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/611423833/inteiro-teor-611423848>. Acesso em: 20/05/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 1137**. Segunda Seção. Afetado em 7 de abril 2022. Definir-se, com esteio no art. 139, IV, do CPC/15, é possível, ou não, o magistrado, observando-se a devida fundamentação, o contraditório e a proporcionalidade da medida, adotar, de modo subsidiário, meios executivos atípicos, 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1137&cod_tema_final=1137. Acesso em: 18/03/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. ADI 5941/DF. Partido dos Trabalhadores *versus* Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Luiz Fux. Julgado em 09/02/2023. Brasília, DJe 10/02/2023.

CAVALVANTE, M. A. L. É constitucional o art. 138, IV, do CPC, que prevê medidas atípicas destinadas a assegurar a efetivação dos julgados. 2023. Buscador Dizer o Direito. **Buscador Dizer o direito**. Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1b554caad50131478083eb6e4f7845d6>. Acesso em: 13/03/2023.

DIDIER JR., F. et al. **Curso de direito processual civil: Execução**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DOUTOR, M. P. **Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: diretrizes e limites de aplicação**. 2019. 161 p. Dissertação (Direito) — Universidade Federal do Paraná.

ESPANHA. **Ley de Enjuiciamiento Civil**, 2001. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 19/05/2023.

EXPÓSITO, G.; LEVITA, S. I. A (im)possibilidade de suspensão de CNH como medida executiva atípica. In: TALAMINI, E.; MINAMI, M. Y. (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 349 – 370.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MENDES, G. F. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**, Imprensa, São Paulo, v. 1, n. 23, p. 475 – 469, 1994.

RAMPAZZO, L. **Metodologia Científica para alunos dos cursos de graduação e pós-graduação**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.



SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23 – 50, 2002.

TJDFT. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **A liberdade de locomoção e suas restrições**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/a-liberdade-de-locomocao-e-suas-restricoes-diante-de-outros-direitos-fundamentais>. Acesso em: 21/04/2023.

TJDFT. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Medidas executivas atípicas**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/novo-codigo-de-processo-civil/medidas-executivas-atipicas-1>. Acesso em: 15/10/2023.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

















































Data de recebimento: 30/10/2023

Data de aceite: 16/11/2023

.....

IMPACTO DAS TRANSAÇÕES DE CRÉDITOS PÚBLICOS NA ARRECADAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL REFERENTE A DEVEDORES EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

.....

*IMPACT OF OFFER IN COMPROMISES IN COLLECTION OF
ATTORNEY-GENERAL OF THE PUBLIC FINANCES OFFICE
FROM DEBTORS IN JUDICIAL RECOVERY*

Igor Guimarães Pereira¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Fundamentação teórica; 1.1. Cobrança de créditos públicos federais inscritos em dívida ativa contra devedores em recuperação judicial; 1.2 Transação de créditos públicos federais inscritos em dívida ativa; 2. Metodologia; 3. Análise dos resultados; 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

1 - Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB e especializado em Direito, Constituição e Estado pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central, JURPLAC. Mestre em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (EBAPE-FGV) (2021-2023). Procurador federal desde 2007. Na Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, atuou como gerente de procedimentos fiscais (2011-2013), coordenador de contencioso administrativo (2013-2015), assessor especial do procurador-geral (2016-2018) e procurador-geral adjunto – matéria finalística (2018-2023). Atualmente, exerce o cargo de coordenador-geral de estudos e pareceres da Procuradoria Especializada junto ao Cade. E-mail: igorgpereira@gmail.com.



RESUMO: A transação de créditos públicos federais no Brasil foi implementada recentemente pela Lei nº 13.988, de 2020. Este estudo busca analisar o impacto desse tipo de transação na arrecadação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) referente a devedores em recuperação judicial. Para tanto, efetuou-se um pedido de acesso à informação junto à PGFN, e as informações obtidas foram analisadas a partir de comparações de séries temporais. Constatou-se que as celebrações das transações de créditos públicos pelos devedores em recuperação judicial e a PGFN aumentaram substancialmente a arrecadação (provendo recursos públicos para os serviços públicos) e auxiliaram as sociedades empresárias em recuperação judicial a regularizar seus débitos, além de melhorar sua situação econômico-financeira.

PALAVRAS-CHAVE: Transação de créditos públicos. Recuperação judicial. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Arrecadação. Regularização de débitos.

***ABSTRACT:** Offer in compromise in Brazil was implemented recently, by law 13.988, 2020. This study aims to analyse the impact of the offer in compromise institute in collection obtained by the Attorney-General of the Public Finances Office from debtors in judicial recovery. Request for access to information was sent to Attorney-General of the Public Finances Office, and the data obtained were analysed by comparison of time series. Conclusion of offer in compromises by debtors in judicial recovery and Attorney-General of the Public Finances Office increased substantially collection promoted by Attorney-General of the Public Finances Office from debtors in judicial recovery (providing public resources to public services) and help companys in judicial recovery to settle the debts and improve economic and financial situation.*

***KEYWORDS:** Offer in compromise. Judicial recovery. Attorney-General of the Public Finances Office. Collection. Debt regularization.*

INTRODUÇÃO

A arrecadação de créditos públicos é uma atividade relevante para que o Poder Público obtenha os recursos que serão destinados à prestação dos mais variados serviços públicos; por isso, os órgãos competentes estão sempre buscando formas de tornar essa arrecadação mais eficiente para realizar a cobrança desses créditos.

A Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, ao criar o instituto da recuperação judicial, estabeleceu um regime jurídico que prevê meios para a sociedade empresária em situação de crise econômico-financeira buscar seu soerguimento econômico e, assim, promover a manutenção da fonte produtora, dos empregos dos trabalhadores e atender, até mesmo, aos interesses dos credores. A empresa, assim, é vista pela perspectiva de sua função social e de estímulo à atividade econômica.

No modelo da lei supracitada, tal como desenhado pelo legislador, a recuperação econômica da empresa ocorreria, em grande medida, às custas dos credores privados, sendo que os créditos públicos seriam cobrados normalmente, não sendo afetados pela recuperação judicial. No entanto, no âmbito do Poder Judiciário, adotaram-se entendimentos jurisprudenciais que dificultaram bastante a arrecadação de créditos públicos federais contra devedores em recuperação judicial, levando esse tipo de cobrança a um quadro de cobrança ineficiente.

No sentido de buscar maior eficiência na arrecadação de créditos públicos federais, a Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, possibilitou a transação de créditos públicos federais irrecuperáveis ou de difícil recuperação, mediante a aplicação de regras mais benéficas ao devedor do que as previstas nos parcelamentos ordinários, entre as quais a concessão de descontos. A própria Lei classificou os créditos referentes a devedores em recuperação judicial como créditos irrecuperáveis ou de difícil recuperação.

Alguns meses depois, a Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020, promoveu alterações no regime jurídico aplicável às empresas em recuperação judicial (Lei nº 11.101, de 2005) e no regime jurídico aplicável especificamente à transação de créditos públicos federais com devedores em recuperação judicial (inclusão do art. 10-C na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002).

Em relação à dívida ativa da União, desde a edição da Lei nº 13.988, de 2020, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) tem celebrado transações com devedores em recuperações judiciais que abrangem bilhões de reais de créditos inscritos em dívida ativa da União.

Nesse contexto, passados três anos da edição da Lei nº 13.988, de 2020, e dois anos do advento do art. 10-C na Lei nº 10.522, de 2002, o presente trabalho propõe-se a estudar em que medida a transação de créditos públicos federais inscritos impactou a arrecadação de créditos inscritos em dívida ativa da União contra devedores em recuperação judicial, tendo em vista as dificuldades relativas à arrecadação de tais créditos e avaliando a possibilidade de a transação se apresentar como instrumento efetivo de arrecadação de créditos públicos federais contra devedores em recuperação judicial.

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1. Cobrança de créditos públicos federais inscritos em dívida ativa contra devedores em recuperação judicial

A recuperação judicial corresponde a um instituto por meio do qual uma sociedade empresária em situação de crise econômico-financeira requer, perante o Poder Judiciário, a aplicação do regime jurídico previsto na Lei nº 11.101, de 2005, com vistas a buscar seu soerguimento econômico.

Um dos princípios mais relevantes que envolvem a recuperação judicial de empresas é a preservação da atividade empresarial, o qual se encontra previsto no art. 47 da referida lei. O dispositivo deixa claro que a recuperação judicial tem o objetivo de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Clodomiro José Bannwart Júnior e Maurício José Morato de Toledo destacam que a cessação da atividade empresarial apresenta diversos reflexos diretos e indiretos no meio social e econômico. No tocante aos reflexos diretos, a cessação dessa atividade afeta credores e seus negócios, encerra postos de trabalho, extinguindo a fonte de renda do trabalhador e de sua família, aumenta o custo social, uma vez que o Estado terá que prestar assistência ao desempregado, reduz a oferta de produtos ou serviços no mercado e diminui a receita tributária estatal. Em relação aos reflexos indiretos, a cessação da atividade empresarial atinge atividades correlatas e interdependentes, subtrai a circulação de capital, afeta políticas de geração de empregos e inclusão social, que têm na empresa seu instrumento essencial de execução, a exemplo do desenvolvimento e formação do trabalhador menor aprendiz e da absorção do deficiente físico ou mental pelo mercado de trabalho (BANNWART JR; TOLEDO, 2015).

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e João Paulo Atilio Godri salientam que o sistema falimentar deve buscar equilibrar os interesses do devedor, a fim de que alcance seu soerguimento econômico (preservação da empresa), e os dos credores (tutela do crédito), para que possam recuperar seus créditos, ao menos, parcialmente (ALVES; GODRI, 2022).

Na opinião dos autores, quando um sistema prestigia excessivamente o devedor, a ponto de permitir, a qualquer custo, a manutenção de empresas inviáveis, isso pode comprometer o sistema econômico, com o aumento do grau de incerteza e de restrições ao mercado de crédito. Por sua vez, a postura contrária, qual seja, a de privilegiar excessivamente os credores, pode afastar empresas viáveis do mercado, o que acarretaria perdas referentes à renda, a empregos e a tributos (ALVES; GODRI, 2022).

No âmbito das recuperações judiciais, os autores consideram que é comum privilegiar a preservação da empresa sobre o interesse dos credores (ALVES; GODRI, 2022). Dentre os principais aspectos previstos no regime jurídico aplicáveis à empresa em recuperação judicial, destaca-se a renegociação coletiva com os credores privados, mediante um plano de recuperação judicial, que é submetido à aprovação desses credores, o qual pode prever descontos e alongamento no prazo de pagamento das dívidas (art. 45 da Lei nº 11.101, de 2005). Por outro lado, os créditos

das pessoas jurídicas de Direito Público contra devedores em recuperação judicial não são submetidos ao mesmo regime jurídico aplicado aos créditos privados. No regime jurídico aplicável aos créditos públicos, esses não se submetem ao plano de recuperação judicial.

Em artigo elaborado antes da edição da Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, Henrique Avelino Lana e Eduardo Goulart Pimenta tratam da cobrança de crédito tributário contra devedores em recuperação judicial. Os autores abordam esse tema à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência e avaliam se o contexto (anterior à edição da lei citada) favorecia ou prejudicava a eficiência da arrecadação do crédito tributário (LANA; PIMENTA, 2021). Para eles, a legislação conferiu determinadas garantias aos créditos tributários, entre as quais, a previsão de que as execuções fiscais contra devedores em recuperação judicial não se suspendem, a impossibilidade de o plano de recuperação judicial abranger créditos tributários e a exigência de certidão negativa de créditos tributários para a concessão da recuperação judicial (LANA; PIMENTA, 2021).

Os autores advertem, entretanto, que as garantias previstas na legislação não foram suficientes para proporcionar eficiência na arrecadação dos créditos tributários contra devedores em recuperação judicial. Nesse sentido, destacam como principal motivo para essa ineficiência a ausência de incentivo para que o devedor celebre com o credor o parcelamento dos créditos tributários; em especial, os autores salientam que a exigência de certidão negativa para que haja concessão da recuperação judicial tem sido dispensada por diversos juízes responsáveis por esse tipo de caso (LANA; PIMENTA, 2021).

Danielle de Lucena Zanforlin Coutinho ressalta que, embora o legislador tenha buscado, ao mesmo tempo, criar formas de as empresas em recuperação judicial se soerguerem economicamente e regras de proteção aos créditos tributários, o Poder Judiciário brasileiro tem interpretado a legislação de modo que a cobrança de créditos tributários contra devedores em recuperação judicial se apresenta inviabilizada, o que gerou uma verdadeira crise de efetividade nessa cobrança (COUTINHO, 2021).

Dentre os entendimentos mencionados pela autora, destaca-se aquele no sentido da prevalência da competência do juízo da recuperação judicial para decidir quanto aos atos de constrição patrimonial para pagamentos de créditos objeto de execuções fiscais, em detrimento da competência do juízo responsável pela execução fiscal em que se cobra o crédito.

Hoje, após a edição da Lei nº 14.112, de 2020, foi incluído o §7º-B no art. 6º da Lei nº 11.101, de 2005, o qual prevê que o juízo responsável pela execução fiscal pode determinar a constrição do bem, porém o juízo da recuperação pode determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, ou seja, tal como ocorria antes da edição dessa lei, o entendimento do juízo da recuperação judicial continua prevalecendo sobre o da execução fiscal nessa seara.

Enquanto o juízo da execução fiscal é vocacionado à satisfação dos créditos do Poder Público, o da recuperação judicial tem por objetivo viabilizar, precipuamente, o soerguimento econômico da empresa em recuperação judicial. Em razão dessa diferença de perspectiva, o entendimento jurisprudencial de que compete ao juízo da recuperação judicial decidir quanto aos atos de constrição patrimonial para pagamentos de créditos objeto de execuções fiscais se apresenta,

portanto, como grave obstáculo à cobrança forçada de créditos públicos em recuperação judicial, levando a situação ao quadro de inefetividade na cobrança (COUTINHO, 2021).

Outro entendimento do Poder Judiciário que influenciou a arrecadação de créditos públicos em face de devedores em recuperação judicial foi o de que a exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débitos tributários, prevista no art. 57 da Lei nº 11.101, de 2005, poderia ser afastada em prol do soerguimento econômico da empresa em recuperação judicial (COUTINHO, 2021). Em razão disso, as empresas em recuperação judicial puderam se preocupar quase exclusivamente com os débitos referentes aos credores privados. Ante a ausência de incentivo para a regularização dos créditos públicos, a regularização desses vinha sendo deixada em segundo plano. Assim, esse aspecto contribuiu também para o quadro de inefetividade na cobrança (COUTINHO, 2021).

Vale ressaltar que a Lei nº 11.101, de 2005, previu a edição de uma legislação específica, a fim de estabelecer parcelamentos de créditos públicos para empresas em recuperação judicial (art. 68). O primeiro passo dado nesse sentido ocorreu apenas em 2014, por meio da Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014, que indicou, mediante a inclusão do art. 10-A na Lei nº 10.522, a possibilidade de a empresa em recuperação judicial parcelar seus débitos com a Fazenda Nacional em 84 (oitenta e quatro) prestações, sem a aplicação de qualquer desconto, sendo que as prestações do primeiro ano seriam inferiores às do segundo ano, e essas, por sua vez, seriam inferiores às dos anos subsequentes.

Para Coutinho, a demora no tratamento dessa matéria pelo legislador contribuiu para a construção desses entendimentos jurisprudenciais desfavoráveis à cobrança dos créditos públicos em face de empresas em recuperação judicial (COUTINHO, 2021).

Na perspectiva de César de Lucca, a Lei nº 13.043, de 2014, embora tenha sido editada com o objetivo de cumprir o art. 68 da Lei nº 11.101, de 2005, criando um parcelamento específico para empresas em recuperação judicial, apresentou-se insuficiente, do ponto de vista material, para atender o objetivo da lei, que era o de efetivamente apresentar uma solução para esses casos no tocante à regularização das dívidas fiscais de empresas em recuperação judicial (DE LUCCA, 2019).

Ao analisar as regras aplicáveis nesse tipo de parcelamento, De Lucca as compara com as de outros parcelamentos extraordinários que surgiram no período de 2000 a 2019. O autor destaca que, nesses parcelamentos, os descontos, que foram objeto de quinze normas diferentes, chegavam frequentemente a 50% do valor das multas, enquanto os parcelamentos poderiam ser distribuídos em até 180 (cento e oitenta) parcelas (DE LUCCA, 2019). Assim, para o autor, a existência desses parcelamentos extraordinários com regras mais favoráveis aos devedores do que o parcelamento previsto na Lei nº 13.043, de 2014, demonstra a insuficiência material desse diploma legal frente aos objetivos da Lei nº 11.101, de 2005. Além disso, o grande número desses parcelamentos se apresenta como incentivo no sentido de que as empresas esperem um parcelamento extraordinário para utilizarem seus benefícios, em lugar de realizarem parcelamentos com base na Lei nº 13.043, de 2014 (DE LUCCA, 2019).

Acerca do regramento da cobrança do crédito público contra empresa em recuperação judicial, no contexto anterior à edição da Lei nº 13.988, de 2020, De Lucca o considera ineficiente.

De um lado, esses créditos não estão sujeitos ao concurso de credores e à necessidade de negociação das condições de pagamento com a empresa devedora. Por outro lado, as execuções fiscais não são efetivas, uma vez que o juízo responsável por empreendê-las não tem competência para realizar quaisquer atos de constrição patrimonial (DE LUCCA, 2019).

Para Roberta de Oliveira Barcia, a inefetividade da cobrança dos créditos públicos contra devedores em recuperação judicial permitiu que as empresas em recuperação judicial utilizassem o endividamento com o Fisco para se financiarem, priorizando o pagamento dos credores privados, em detrimento do pagamento à Fazenda Pública (BARCIA, 2022).

Constata-se, portanto, que, no cenário anterior à Lei nº 13.988, de 2020, a cobrança da dívida ativa em face de devedores em recuperação judicial era ineficiente, haja vista que, além das dificuldades de arrecadação inerentes à dívida ativa como um todo, em relação ao devedor em recuperação judicial, a constrição patrimonial estava especialmente dificultada pelos entendimentos jurisprudenciais relativos a esse tipo de devedor e havia pouco incentivo para que o ele celebrasse o parcelamento de créditos públicos na forma da legislação até então vigente.

2.2. TRANSAÇÃO DE CRÉDITOS PÚBLICOS FEDERAIS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA

Cristiano Neuenschwander Lins de Moraes estuda a transação tributária da Lei nº 13.988, de 2020, e analisa a estrutura de incentivos contemplada nessa lei, sob a óptica da teoria econômica. Para o autor, a transação tributária, por se tratar de uma medida restrita a devedores incapazes de pagamento, se apresenta mais vantajosa à Fazenda Pública do que a edição de parcelamentos extraordinários, os quais, por sua vez, promovem anistias de pagamentos de valores referentes a créditos tributários sem considerar a existência ou não da capacidade de pagamento por parte de cada tipo de devedor (MORAIS, 2021).

O autor destaca que, nesses parcelamentos extraordinários, a maior parte dos devedores que aderem a eles são aqueles com capacidade de pagamento, os quais se aproveitam dessas regras para pagarem suas dívidas com menor dispêndio de recursos. Esse modelo, assim, incentiva o devedor com capacidade de pagamento a não saldar as dívidas no prazo correto, a fim de esperar a edição de parcelamento extraordinário para pagá-las, valendo-se dos descontos que então serão previstos. Assim, a Fazenda Pública acaba recebendo menos recursos de devedores que têm capacidade para pagar suas dívidas no seu valor integral (MORAIS, 2021).

Nessa seara, Barros estudou os parcelamentos extraordinários relativos aos créditos da PGFN, no período de 2000 a 2020, e concluiu que essa prática produz incremento de arrecadação no ano em que é editada, porém, no biênio seguinte à edição do parcelamento, já é possível identificar queda na arrecadação, em decorrência do desestímulo à arrecadação espontânea (BARROS, 2022). De modo geral, se analisados a longo prazo, os parcelamentos extraordinários se mostram deletérios para a arrecadação, porque incentivam devedores com capacidade de pagamento a deixar de pagar tempestivamente os tributos, à espera do próximo parcelamento extraordinário. Na percepção de Barros, a arrecadação teria melhores resultados sem a edição dessa prática (BARROS, 2022).

No tocante à transação de créditos públicos, o autor a considera como uma das ações previstas no planejamento estratégico da PGFN que repercutiram positivamente na arrecadação e destaca

os resultados do ano de 2021, em que as transações proporcionaram uma arrecadação de, aproximadamente, R\$ 6,4 bilhões, o que correspondeu a 20% da arrecadação total da PGFN (BARROS, 2022).

Para Moraes, na transação², o incentivo para a adesão pelos devedores com capacidade de pagamento não ocorre, haja vista que o regime jurídico da transação possibilita que os descontos sejam aplicáveis apenas a créditos referentes a devedores com falta de capacidade de pagamento, e a Lei nº 13.988, de 2020, bem como a regulamentação aplicável, confere à Fazenda Pública mecanismos aptos para verificar a capacidade de pagamento dos devedores. Na perspectiva do autor, a transação se apresenta como instrumento capaz de arrecadar créditos públicos e estimular contribuintes que hoje não apresentam capacidade de pagamento de seus débitos a buscarem a conformidade fiscal (MORAIS, 2021).

Nessa perspectiva, Priscila Maria Fernandes Campos de Souza também afirma que a transação tem pressupostos alinhados à justiça fiscal por meio da realização do princípio da isonomia tributária, na medida em que seu modelo permite evitar que contribuintes em situações diferentes sejam tratados da mesma forma. A autora destaca a possibilidade de concessões mais vantajosas para o devedor nas hipóteses de créditos irrecuperáveis ou de difícil recuperação, com o objetivo de permitir a recuperação de créditos e diminuir os custos de suas cobranças (SOUZA, 2021).

Para Paulo Mendes Oliveira e Rita Dias Nolasco, a Lei nº 14.112, de 2020, ao tratar da transação de créditos públicos com devedores em recuperação judicial, entre outras possibilidades de parcelamento desses créditos, e promover outras modificações na Lei nº 11.101, de 2005, reestruturou o procedimento de recuperação judicial, de modo que os créditos públicos não ficassem em segundo plano, para serem quitados apenas após o pagamento dos créditos privados (OLIVEIRA; NOLASCO, 2021).

Gabriel Augusto Luís Teixeira Gonçalves destaca que, na regulamentação da Lei nº 14.112, de 2020, a PGFN buscou conciliar a arrecadação de créditos públicos com princípios próprios da recuperação judicial de empresas, entre os quais, sua preservação, o que atende a sua função social. Ao mesmo tempo em que se tutelam os interesses do Fisco, busca-se a cobrança equilibrada, que seja a menos gravosa possível para todos, e que permita que a empresa em recuperação judicial consiga superar a crise econômico-financeira pela qual passa (GONÇALVES, 2022).

Na perspectiva desse autor, na celebração das transações de créditos públicos deve ser avaliada a conjuntura própria de cada sociedade empresária em recuperação judicial, a forma como ela impacta na comunidade em que está inserida e o exercício de sua função social, bem como eventuais repercussões da transação tributária no cumprimento do plano de recuperação judicial. O acordo de transação deve-se harmonizar com o plano de recuperação judicial e possibilitar o soerguimento da empresa, de modo a ser um acordo favorável a ela, aos demais credores, ao Fisco e à sociedade (GONÇALVES, 2022).

Nesse campo, Miranda Neto destaca que, nos Estados Unidos, há a prática denominada *offer in compromise*, a qual permite que os agentes fiscais atuem de forma discricionária na cele-

2 - Cabe salientar que, entre as diversas modalidades de transação, a única que não se destina a devedores com reduzida capacidade de pagamento é a transação de “contencioso relevante”. Nesse caso, o motivo para a transação é a existência de relevante e disseminada controvérsia jurídica, hipótese em que a PGFN considera os riscos de insucesso em relação a um tema discutido em muitos processos judiciais e, nesse sentido, oferece propostas de transação. Essa modalidade de transação está prevista no art. 16 da Lei nº 13.988, de 2020.

bração de acordos, conforme a capacidade de pagamento do devedor. Esse procedimento guarda semelhança com a transação de créditos públicos (MIRANDA NETO, 2020).

Rubens Quaresma Santos buscou avaliar a aplicação de algoritmos de aprendizado de máquina para elaborar projeções de arrecadação da PGFN. O autor identificou que, para todas as modalidades de transação, houve correlações diretas com a arrecadação, enquanto ocorreram comportamentos conflitantes para os parcelamentos excepcionais. Embora o autor tenha salientado que a correlação não significa causalidade, haja vista o risco de haver correlações espúrias, na sua percepção, as transações se mostraram mais consistentes do que os parcelamentos especiais, no tocante ao impacto na arrecadação (SANTOS, 2022).

A Lei nº 13.988, de 2020, estabeleceu a possibilidade de transação de créditos públicos federais inscritos em dívida ativa, sendo que, para créditos classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, esse regramento possibilitou a redução dos créditos transacionados em até 50%, além do prazo de quitação de até 84 (oitenta e quatro) meses (§2º do art. 11). Para algumas hipóteses específicas, a lei previu redução de até 70% e prazo de quitação de até 145 (cento e quarenta e cinco) meses (§§ 3º e 4º do art. 11).

Dois anos depois, esse dispositivo foi alterado pela edição da Lei nº 14.735, de 21 de junho de 2022. Hoje, como regra geral, a Lei nº 13.988, de 2020, prevê redução de até 65% do valor do débito transacionado, tendo sido mantidas as hipóteses específicas com redução de até 70% e prazo de quitação de até 145 (cento e quarenta e cinco) meses (§§ 3º e 4º do art. 11). Nesse ínterim, os créditos públicos federais inscritos em dívida ativa devidos por empresas em recuperação judicial foram classificados como créditos irrecuperáveis ou de difícil recuperação, pela própria Lei nº 13.988, de 2020 (§5º do art. 11 da Lei nº 13.988, de 2020). Dessa forma, esses créditos passaram a poder ser objeto de transações, nas quais seria possível aplicar os descontos e demais regras previstas na Lei nº 13.988, de 2020.

Em 24 de dezembro de 2020, foi editada a Lei nº 14.112, de 2020, a qual modificou diversos dispositivos da Lei nº 11.101, de 2005, e da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, entre os quais se destaca, para os objetivos do presente trabalho, a inclusão do art. 10-C na Lei nº 10.522, de 2002. Esse dispositivo possibilitou que a transação de créditos públicos federais com empresa em recuperação judicial pudesse ser feita com redução de até 70% dos créditos e com prazo máximo de quitação de 120 meses. No caso de o devedor em recuperação judicial desenvolver projetos sociais, o prazo máximo de quitação é de 132 (cento e trinta e dois) meses.

Na própria exposição de motivos da Medida Provisória nº 899, de 6 de setembro de 2019, que veio a ser convertida na Lei nº 13.988, de 2020, consta expressamente o objetivo de a transação de créditos públicos permitir a arrecadação mais eficiente desses. Na oportunidade, estimou-se como resultado das transações de créditos públicos a arrecadação de R\$ 1,426 bilhão, em 2019; de R\$ 6,384 bilhões, em 2020; e de R\$ 5,914 bilhões, em 2021, sem prejuízo da economia de recursos decorrentes da solução de litígios encerrados pela transação. A transação de créditos públicos, portanto, é tida como um instrumento recentemente incorporado à legislação brasileira e que tem por objetivo, entre outros, aumentar a eficiência da arrecadação da dívida ativa federal.

Nesse contexto, passados três anos da edição da Lei nº 13.988, de 2020, e dois anos da inclusão do art. 10-C na Lei nº 10.522, de 2002, o presente trabalho propõe-se estudar em que medida a transação de créditos públicos federais impactou a arrecadação da dívida ativa federal em

face de devedores em recuperação judicial, tendo em vista as dificuldades relativas à arrecadação de tais créditos (LANA; PIMENTA, 2021; COUTINHO, 2022; DE LUCCA, 2019) e avaliando a possibilidade de a transação se apresentar como instrumento efetivo de arrecadação de créditos públicos federais contra esses devedores (MORAIS; MIRANDA NETO, 2021).

2. METODOLOGIA

Ante o objetivo de estudar em que medida as transações de créditos públicos federais com devedores em recuperação judicial impactaram a arrecadação desses créditos, opta-se por uma abordagem quantitativa, na qual os construtos centrais do trabalho, para avaliar o mencionado impacto, correspondem à arrecadação desses créditos no cenário anterior à possibilidade de transação desses e à arrecadação de créditos no cenário posterior a essa possibilidade.

Conforme dados obtidos a partir de pedido fundamentado na Lei de Acesso à Informação, em dezembro de 2022, havia 6.396.366 devedores da PGFN, dos quais 5.274 empresas em recuperação judicial. A partir dos dados relativos à arrecadação e estoque de dívida referente a esse amplo universo de devedores, é possível analisar os resultados alcançados e estabelecer comparações entre as séries temporais (comparação dos resultados alcançados em um ano com os alcançados em outros anos).

3. ANÁLISE DOS RESULTADOS

Por meio do pedido de acesso à informação nº 03005.018920/2023-27, coletou-se os dados relativos aos devedores da PGFN, os quais abrangem o período de 2013 a 2022 e foram apresentados de modo global, mas também estratificados por *rating* do crédito (classificação de grau de recuperabilidade); além disso, foram evidenciados também os dados específicos acerca das dívidas ativas relativas aos devedores em recuperação judicial, os quais se referiam às empresas que estavam em recuperação judicial na data da extração dessas informações (janeiro de 2023).

Diante desse material, entende-se que o primeiro aspecto a ser avaliado é a questão do estoque da dívida ativa pendente de pagamento, uma vez que esse aspecto é relevante para a análise de outras variáveis. Desse modo, a tabela 1, abaixo, apresenta a evolução do estoque de dívida ativa da União pendente de pagamento.

Tabela 1 - Evolução do estoque de dívida ativa da União pendente de pagamento (2018 a 2022), em milhares de reais (R\$)

| | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 |
|---|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| Geral | 2.196.679.112 | 2.436.042.898 | 2.567.625.613 | 2.710.259.856 | 2.715.009.257 |
| <i>Rating A</i> | 137.764.386 | 180.151.570 | 221.613.609 | 256.830.624 | 284.651.360 |
| <i>Rating B</i> | 372.343.838 | 485.532.758 | 547.712.382 | 661.672.217 | 735.550.037 |
| <i>Rating C</i> | 207.327.570 | 252.479.043 | 286.810.488 | 328.407.830 | 364.797.729 |
| <i>Rating D</i> | 1.479.243.317 | 1.517.879.526 | 1.511.489.133 | 1.463.349.184 | 1.330.010.129 |
| <i>Empresas em recuperação judicial</i> | 96.132.434 | 113.686.440 | 124.458.275 | 141.484.863 | 147.460.647 |

*Fonte: Resposta ao pedido de acesso à informação nº 03005.018920/2023-27. Elaboração própria.

A partir da leitura da Tabela 1, cabe destacar alguns aspectos que se referem à evolução da dívida ativa no período de 2018 a 2022: a) houve aumento do estoque geral da dívida ativa da União pendente de pagamento (23,59%), do estoque *rating* A (106,62%), do estoque *rating* B (97,54%), do estoque *rating* C (75,95%) e do estoque relativo a empresas em recuperação judicial (53,39%). Por outro lado, o estoque *rating* D diminuiu (10,08%).

Para avaliar a repercussão da possibilidade de celebração de transação de créditos públicos na efetiva celebração de parcelamentos e transações nos créditos públicos inscritos na dívida ativa da União, é importante apresentar os dados de volume de dívida parcelada/transacionada (Tabela 2).

Tabela 2 – Volume de dívida parcelada/transacionada (2018 a 2022), em milhares de reais (R\$)

| | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 |
|---|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Geral | 266.652.479 | 232.898.434 | 281.696.950 | 353.494.307 | 447.512.654 |
| <i>Rating</i> A | 31.766.244 | 34.484.008 | 40.366.930 | 50.677.433 | 61.958.540 |
| <i>Rating</i> B | 130.175.405 | 130.260.817 | 173.022.905 | 233.714.308 | 325.066.227 |
| <i>Rating</i> C | 21.413.784 | 15.678.535 | 25.058.919 | 33.782.000 | 44.761.398 |
| <i>Rating</i> D | 83.297.044 | 52.475.073 | 43.248.195 | 35.320.564 | 15.726.487 |
| <i>Empresas em recuperação judicial</i> | 13.098.068 | 6.589.700 | 11.458.201 | 22.816.528 | 30.761.137 |

*Fonte: Resposta ao pedido de acesso à informação nº 03005.018920/2023-27. Elaboração própria.

A partir da leitura da Tabela 2 é possível constatar que, no período de 2018 a 2022, houve um substancial acréscimo do volume de dívida ativa parcelada/transacionada. Em relação à dívida ativa geral, os valores subiram de R\$ 266.652.479.323,62 (2018) para R\$ 447.512.654.683,48 (2022), verificando-se, assim, aumento de 67,82%, bastante superior àquele do estoque de dívida ativa geral, que foi de 23,59%.

Acerca da dívida ativa relativa aos devedores em recuperação judicial, o volume de dívida ativa parcelada/transacionada subiu de R\$ 13.098.068.502,37 (2018) para R\$ 30.761.137.940,15 (2022), ou seja, um aumento de 134,85%. A elevação do estoque de dívida ativa relativa a esse universo de devedores foi de 53,39%.

Para compreender em que dimensão se deu o aumento do estoque da dívida ativa e do volume da dívida parcelada/transacionada, mostra-se oportuno combinar os dois aspectos em uma mesma tabela, a fim de verificar se houve alguma substancial alteração no tocante à proporção entre a dívida ativa parcelada/transacionada e o estoque de dívida ativa pendente de pagamento (Tabela 3).

Tabela 3 – Percentual do estoque de dívida ativa parcelado/transacionado

| | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 |
|----------------------------------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Geral | 12,14 | 9,56 | 10,97 | 13,04 | 16,48 |
| Rating A | 23,06 | 19,14 | 18,22 | 19,73 | 21,77 |
| Rating B | 34,96 | 26,83 | 31,59 | 35,32 | 44,19 |
| Rating C | 10,33 | 6,21 | 8,74 | 10,29 | 12,27 |
| Rating D | 5,63 | 3,46 | 2,86 | 2,41 | 1,18 |
| Empresas em recuperação judicial | 13,63 | 5,80 | 9,21 | 16,13 | 20,86 |

*Fonte: Resposta ao pedido de acesso à informação nº 03005.018920/2023-27. Elaboração própria.

É possível verificar a partir da tabela 3 que, à exceção do universo de créditos relativos ao *Rating D*, todos os demais vivenciaram incremento na proporção da dívida ativa parcelada/transacionada em relação ao estoque de dívida ativa pendente de pagamento.

Vale mencionar que o percentual de dívida parcelada/transacionada para todos os tipos de crédito reduziu no intervalo de um ano, entre 2018 e 2019. Atribui-se esse fato à existência do Programa Especial de Regularização Tributária (PERT), instituído pela Lei nº 13.496, de 24 de outubro de 2017, que conferiu aos devedores da PGFN a possibilidade de, até o dia 31 de outubro de 2017 (§3º do art. 1º da Lei nº 13.496, de 2017), parcelar débitos com descontos (art. 2º).

Esses descontos são maiores para os parcelamentos com menor prazo de duração, incentivando assim a celebração de acordos de pagamento com forte impacto de arrecadação nos primeiros meses da instituição do Programa. O incentivo extraordinário oferecido pelo PERT (aplicação de descontos), em 2017, explica o motivo de os percentuais de 2018 (que sofreram mais impacto do PERT, devido à lógica de descontos adotada) serem superiores aos de 2019.

Sobre esse aspecto, vale mencionar que o Relatório PGFN em números, referente ao ano de 2017, destaca que naquele ano, em razão do PERT, a PGFN atendeu mais de 260 mil devedores e efetuou o parcelamento de R\$ 109 bilhões, motivo pelo qual, conforme explanado acima, atribui-se ao PERT um volume de dívida parcelada no ano de 2018 superior ao volume de dívida parcelada no ano de 2019.

É oportuno destacar que a pesquisa realizada por Barros identificou que, uma vez editado um parcelamento extraordinário, há aumento de arrecadação no ano dessa concessão, porém, há queda de arrecadação no biênio seguinte. A queda no volume de dívida parcelada, tanto em valor absoluto quanto proporcionalmente ao estoque da dívida ativa, tal como identificada nas tabelas 2 e 3, é compatível com as conclusões desse autor acerca do impacto dos parcelamentos extraordinários na arrecadação em longo prazo (BARROS, 2022).

Nesse sentido, constata-se que, em relação à dívida ativa do universo geral dos devedores da PGFN, o volume de dívida ativa parcelada/transacionada era 12,14% do total da dívida ativa pendente de pagamento, em 2018, e passou a ser 16,48%, em 2022. Acerca da dívida ativa das empresas em recuperação judicial, o volume de dívida ativa parcelada/transacionada que era 13,63% do total da dívida ativa pendente de pagamento referente a esses devedores, em 2018, passou a ser 20,86%, em 2022. Em outras palavras, hoje, o percentual da dívida ativa parcelada/transacionada referente às empresas em recuperação judicial já supera o percentual relativo aos devedores em geral.

Nessa perspectiva, vale destacar que, no ano de 2019 e de 2020, o volume de dívida ativa parcelada/transacionada do universo geral dos devedores era 9,56% (2019) e 10,97% (2020) do total da dívida ativa pendente de pagamento, enquanto, para os devedores em recuperação judicial, o volume de dívida ativa parcelada/transacionada era 5,80% (2019) e 9,21% (2020). A partir do ano de 2021, o primeiro ano que se inicia já com a vigência da Lei nº 13.988/2020, a proporção de dívida ativa parcelada/transacionada dos devedores em recuperação judicial sobe para 16,13% (2021) e 20,86% (2022), superando, assim, aquela do universo dos devedores em geral, 13,04% e 16,48%.

É interessante ressaltar que, a partir de uma abordagem que considera a comparação de resultados do período de 2019 e de 2022, com o objetivo de tentar reduzir o impacto do PERT na avaliação, para o universo dos devedores em geral, o volume de dívida ativa parcelada/transacionada era 9,56% do total da dívida ativa pendente de pagamento, em 2019, e passou a ser 16,48%, em 2022. Para as empresas em recuperação judicial, o percentual foi de 5,80%, em 2019, para 20,86%, em 2022.

O substancial aumento do percentual de dívida ativa parcelada/transacionada relativa aos devedores em recuperação judicial no período de 2019 a 2022 demonstra que a política de celebração de transações de créditos públicos de empresas em recuperação judicial, conforme prevista na Lei nº 13.988, de 2020, e na Lei nº 14.112, de 2020, conseguiu entregar seus produtos em medida bastante satisfatória. Se, em 31 de dezembro de 2019, antes da edição da Lei nº 13.988, de 2020, o percentual de dívida ativa parcelada/transacionada era de 5,80%, dois anos após a edição das Leis, o percentual subiu para 20,86%. Houve, portanto, um aumento de 259,65%.

Para abordar a realização dos resultados esperados pela política de celebração de transações de créditos públicos de empresas em recuperação judicial no tocante à arrecadação, é importante apresentar o histórico de arrecadação da dívida ativa da PGFN (Tabela 4).

Tabela 4 – Histórico de arrecadação da dívida ativa da PGFN (2018 a 2022), em milhares de reais (R\$)

| | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 |
|----------------------------------|------------|------------|------------|------------|------------|
| Geral | 24.205.141 | 24.449.967 | 24.489.873 | 32.028.494 | 39.055.072 |
| Rating A | 5.526.260 | 7.242.757 | 5.493.591 | 8.478.078 | 10.406.081 |
| Rating B | 3.418.680 | 4.285.990 | 5.478.610 | 9.196.355 | 14.702.164 |
| Rating C | 763.553 | 827.575 | 817.144 | 1.190.417 | 1.950.962 |
| Rating D | 14.496.647 | 12.093.643 | 12.700.526 | 11.566.081 | 11.995.864 |
| Empresas em recuperação judicial | 586.124 | 540.188 | 360.517 | 843.017 | 1.347.655 |

*Fonte: Resposta ao pedido de acesso à informação nº 03005.018920/2023-27. Elaboração própria.

É possível verificar que, de modo geral, houve um aumento da arrecadação no período de 2018 a 2022 para todos os demais tipos de créditos. Apenas o universo de créditos relativos ao Rating D não vivenciou essa realidade. No universo geral dos créditos, o aumento foi de R\$ 24.205.141.721,38 para R\$ 39.055.072.153,12 (aumento de 61,35%). No tocante aos créditos relativos a devedores em recuperação judicial, o aumento foi de R\$ 586.124.289,78 para R\$ 1.347.655.303,91 (aumento de 129,92%).

Também é interessante comparar os resultados do ano em que se iniciaram as primeiras transações (2020) com os resultados dos dois anos seguintes (2022). Em relação ao universo geral dos devedores, constata-se que o aumento foi de R\$ 24.489.873.579,39 para R\$ 39.055.072.153,12 (aumento de 59,47%). No tocante aos devedores em recuperação judicial, a arrecadação foi de R\$ 360.517.102,74 para R\$ 1.347.655.303,91 (aumento de 273,81%).

Em relação aos créditos da União, esse comparativo é o que melhor demonstra o impacto das transações com devedores em recuperação judicial na arrecadação dos créditos em face desses devedores. Explica-se: embora a Lei nº 13.988, de 2020, tenha sido editada no dia 14 de abril de 2020, a Portaria nº 9.917, dessa mesma data, da PGFN, possibilitava a concessão de diferimento (prazo em que não há vencimento de parcelas) pelo prazo máximo de 180 dias, contados da formalização do acordo de transação e do pagamento da entrada convencionada, o que repercute, de certa forma, em um adiamento da arrecadação decorrente de uma transação.

Ademais, nas transações também é possível estabelecer que as parcelas iniciais sejam inferiores às seguintes (parcelas não lineares), com o objetivo de facilitar que o devedor em situação de falta de capacidade de pagamento consiga melhorar suas condições econômicas, durante a vigência da transação. Nessa situação, também se verifica uma espécie de adiamento da arrecadação decorrente de uma transação, especialmente se compararmos com a lógica que vinha sendo adotada nos parcelamentos extraordinários que concediam maiores descontos em parcelamentos de menor duração. Assim, ainda que no ano de 2020, a PGFN tenha celebrado muitas transações, o impacto dessas, em termos de arrecadação, é melhor percebido nos anos seguintes aos das celebrações das transações, diferentemente do que ocorria com os parcelamentos extraordinários, que oferecem melhores descontos para os parcelamentos com menor prazo de duração, os quais promovem substancial impacto na arrecadação já no ano da edição do parcelamento, todavia, consubstanciam incentivo ao não pagamento das dívidas por devedores com capacidade de pagamento.

Para melhor compreender a evolução da arrecadação da dívida ativa da União, mostra-se importante comparar a arrecadação anual com o estoque de dívida ativa referente a cada tipo de crédito. A tabela 5, abaixo, indica os percentuais de arrecadação em cada ano, considerando o estoque de dívida ativa.

Tabela 5 – Percentuais de arrecadação anual, considerando o estoque de dívida ativa (2018 a 2022)

| | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 |
|----------------------------------|------|------|------|------|------|
| Geral | 1,10 | 1,00 | 0,95 | 1,18 | 1,44 |
| Rating A | 4,01 | 4,02 | 2,48 | 3,30 | 3,66 |
| Rating B | 0,92 | 0,88 | 1,00 | 1,39 | 2,00 |
| Rating C | 0,37 | 0,33 | 0,28 | 0,36 | 0,53 |
| Rating D | 0,98 | 0,80 | 0,84 | 0,90 | 0,90 |
| Empresas em recuperação judicial | 0,61 | 0,48 | 0,29 | 0,60 | 0,91 |

*Fonte: Resposta ao pedido de acesso à informação nº 03005.018920/2023-27. Elaboração própria.

Ao comparar os dados relativos aos exercícios de 2018 a 2022, constata-se que, no que se refere à proporção de arrecadação anual do estoque de dívida ativa, houve um aumento dessa proporção quanto aos diversos tipos de crédito, ressalvados os créditos *Rating A* e *Rating D*.

No tocante ao universo geral dos créditos, de 1,10% (2018) foi para 1,44% (2022), o que implicou um aumento de 30,55%. Para os créditos devidos por empresas em recuperação judicial, o aumento foi de 0,61% (2018) para 0,91% (2022), isto é, 49,89%, o qual apenas não superou o aumento relativo aos créditos *Rating B*, cuja proporção de arrecadação anual foi de 0,92% para 2,00% (aumento de 117,70%).

Ao comparar os resultados de 2020, ano em que foi admitida a possibilidade de transação dos créditos públicos federais, com os resultados de 2022, o grau de aumento da proporção de arrecadação anual do estoque da dívida ativa referente a devedores em recuperação judicial ainda se torna mais evidente, tendo passado de 0,29%, em 2020, para 0,91%, em 2022, ou seja, houve um substancial aumento de 215,50%.

Ainda nesse comparativo dos resultados de 2022 à luz do cenário de 2020, a proporção de arrecadação anual do universo geral dos créditos subiu de 0,95% (2020) para 1,44% (2022), o que implicou um aumento de 50,82%. A proporção de arrecadação de todos os tipos de crédito também subiu nesse período, com destaque para os créditos *Rating B*, que subiram de 1,00% para 2,00% (aumento de 99,83%), e para os créditos *Rating C*, que subiram de 0,28% para 0,53% (aumento de 87,71%).

Nota-se que os dados referentes à arrecadação da dívida ativa da União relativa a devedores em recuperação judicial em 2022 comprovam que os resultados esperados pela política de possibilitar a transação de créditos públicos federais para esse público foram bastante satisfatórios, seja quando comparados com os dados de 2018, ou quando comparados com os dados de 2020. Nesse sentido, o aumento da arrecadação da PGFN referente a devedores em recuperação judicial pode ser percebido a partir de várias perspectivas, a saber: a) aumento dos valores absolutos de arrecadação relativos a esses devedores; b) aumento da proporção desses valores comparados ao estoque de dívida referente a esses devedores; c) aumento do volume de dívida ativa regularizada; d) aumento da proporção de dívida regularizada, comparada ao estoque de dívida ativa.

Cumprir destacar que, diferentemente do que ocorria com os parcelamentos extraordinários, em relação às transações de créditos públicos, não se verificou decréscimo de arrecadação ou de volume de dívida regularizada no biênio seguinte à edição da Lei nº 13.988, de 2020. Pelo contrário, os resultados de 2022 foram melhores que os de 2021, e esses, por sua vez, foram melhores que os de 2020, o que demonstra um incremento de arrecadação mais consistente do que aqueles proporcionados pelos parcelamentos extraordinários.

Dessa forma, constata-se que as transações de créditos públicos federais têm promovido substancial aumento de arrecadação da dívida ativa da União em face de devedores em recuperação judicial. Assim, a Lei nº 13.988, de 2020, e a Lei nº 14.112, de 2020, estão cumprindo o objetivo de aumentar a arrecadação de créditos públicos federais.



4. CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve por objetivo analisar em que medida as transações de créditos públicos federais inscritos em dívida ativa, que foram possibilitadas pela Lei nº 13.988, de 2020, impactaram a arrecadação da dívida ativa da União referente aos devedores em recuperação judicial.

A Lei nº 11.101, de 2005, conferiu a possibilidade de sociedades empresárias requererem a aplicação do regime jurídico de empresa em recuperação judicial estabelecido nessa lei, com o objetivo de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira. Para tanto, deveria haver renegociação coletiva, inclusive com descontos e alongamentos das dívidas relativas aos credores privados (plano de recuperação judicial). Em relação aos credores públicos, de acordo com a redação original da lei, a cobrança de seus créditos não seria afetada pela recuperação judicial.

Desde a edição da lei, as Fazendas Públicas sempre tentaram cobrar normalmente seus créditos inscritos em dívida ativa em face de devedores em recuperação judicial, como se não houvesse recuperação judicial em curso. Nesse contexto, o Poder Judiciário, diante do dilema entre satisfazer os créditos públicos ou possibilitar a manutenção da atividade empresarial, adotou entendimentos que privilegiam a manutenção da atividade empresarial, em detrimento da cobrança dos créditos públicos. Assim, a cobrança forçada de créditos públicos contra devedores em recuperação judicial vivenciou um quadro de cobrança ineficiente.

A partir da análise de dados da PGFN, obtidos por meio de pedido de acesso à informação com fundamento na Lei nº 12.527, de 2011, referentes a 5.274 devedores da PGFN que estão em recuperação judicial, verificou-se que, a partir da edição da Lei nº 13.988, de 2020, e da Lei nº 14.112, de 2020, tornou-se mais atrativo para esses devedores a regularização de suas dívidas junto ao Poder Público federal.

Assim, foi possível constatar que as transações de créditos públicos propiciaram substancial incremento de arrecadação da dívida ativa da União em face de devedores em recuperação judicial e de regularização dos devedores em recuperação judicial. No ano da edição da Lei nº 13.988, de 2020, e da Lei nº 14.112, de 2020, a PGFN arrecadou 0,29% do estoque de dívida ativa referente a devedores em recuperação judicial. Em 2022, essa proporção subiu para 0,91% (substancial aumento de 215,50%).

Nota-se, assim, que as edições da Lei nº 13.988, de 2020, e da Lei nº 14.112, de 2020, propiciaram a possibilidade de construção de soluções conciliatórias. Essas soluções conciliatórias (transações) têm favorecido o Poder Público, enquanto credor, que até então tinha uma ineficiente cobrança forçada de seus créditos, bem como o devedor, que passou a ter a possibilidade mais concreta de regularizar suas dívidas e buscar o soerguimento econômico.

A principal limitação da pesquisa é o fato de as informações obtidas se referirem a um curto intervalo de tempo, uma vez que a transação de créditos públicos foi instituída recentemente, no ano de 2020. Estudos posteriores acerca desse tema poderão trabalhar com informações mais abrangentes, inclusive podendo avaliar o volume de dívidas efetivamente quitadas por meio de transações, após o integral cumprimento das transações.

Por último, o foco do presente trabalho consistiu em abordar as transações de créditos públicos na perspectiva da arrecadação. Estudos posteriores podem ser realizados com enfoque diverso, buscando avaliar impactos da edição da Lei nº 13.988, de 2020, e da Lei nº 14.112, de 2020, no tocante ao objetivo de possibilitar que uma proporção maior de empresas em recuperação judicial supere suas crises econômico-financeiras e consiga, efetivamente, se soerguer economicamente, mantendo a atividade produtiva e os empregos e renda que dela decorrem.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GODRI, João Paulo Atilio. Axiomas da lei de recuperação judicial e falências: entre a preservação da empresa e a tutela do crédito. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**. XXIX Congresso Nacional, v. 8, n. 2, jul./dez., 2022.

BANNWART Júnior, Clodomiro José; TOLEDO, Maurício José Morato de. A preservação da empresa e sua participação para consecução de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Minas Gerais, v. 2, n. 1, dez. 2015.

BARCIA, Roberta de Oliveira. O crédito tributário na recuperação judicial após a reforma da lei nº 14.112/20: uma análise comparativa com o direito concursal espanhol. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, jan./abr. 2022.

BARROS, Cláudio da Silva Mota. **Planejamento estratégico na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**: o impacto das iniciativas implementadas no desempenho da instituição. 2022. Dissertação [Mestrado em Administração Pública e de Empresas] – Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2022.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 15/04/2022.

_____. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm. Acesso em: 15/04/2022.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 15/04/2022.

_____. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm#view. Acesso em: 15/04/2022.



Políticas Públicas e Governo. Fundação Getúlio Vargas, Brasília, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31338>. Acesso em: 15/04/2022.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de; NOLASCO, Rita Dias. Os créditos tributários e o novo modelo de recuperação judicial. In: OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado de. **Lei de recuperação judicial e falência**: pontos relevantes e controversos da reforma pela Lei 14.112/2020. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

SANTOS, Rubens Quaresma. Estimando a Arrecadação da Dívida Ativa da União com Machine Learning: Uma análise baseada nos dados de arrecadação do período de 2015 a 2021. **Revista da CGU**, v. 14, n. 26, 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/529. Acesso em: 04/04/2023.

SILVA, Bruna Marchese e; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Análise dos princípios aplicáveis à recuperação judicial das empresas concessionárias de serviço público. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Encontro Virtual, v.7, n. 2, jul./dez. 2021.

SOUZA, Priscila Maria Fernandes Campos de. Transação tributária: definição, regulamentação e principais desafios. **Revista da PGFN**. Ano XI, n. 1. Publicado em 08/01/2019 e atualizado em 16/08/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/revista-da-pgfn>. Acesso em: 04/04/2023.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License





Data de recebimento: 13/11/2023

Data de aceite: 12/12/2023

.....

ANALISANDO O JULGAMENTO DOS TEMAS 881 E 885 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NOVAS PERSPECTIVAS ACERCA DA INSEGURANÇA JURÍDICA NO USO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NA SEARA TRIBUTÁRIA

.....

ANALYZING THE JUDGMENT OF TOPICS 881 AND 885 BY THE FEDERAL SUPREME COURT: NEW PERSPECTIVES ON LEGAL INSECURITY IN THE USE OF EFFECT MODULATION IN THE TAX AREA

Luca Barbosa Tavares¹

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto²

1 - Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e em Ciências Contábeis pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: lucksbarbosa27@gmail.com.

2 - Doutor em Direito pelo UniCEUB-DF (2018). Mestre em Ordem Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (2000). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1995). Atualmente é professor titular da Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc). Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Advogado da União de categoria especial - Advocacia-Geral da União. E-mail: muriack@yahoo.com.



SUMÁRIO: Introdução; 1 O regime jurídico da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade brasileiro; 2 Relações tributárias de trato continuado e suas peculiaridades; 3 Análise crítica dos temas 881 e 885 à luz do princípio da segurança jurídica; 3.1 Explicação dos fundamentos de fato e de direito relativos ao tema 881; 3.2 Resumo das circunstâncias jurídicas relativas ao tema 885; 4 Análise doutrinária dos efeitos do julgamento dos temas 881 e 885; 5 Análise crítica do tema; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente artigo foi analisar, por meio de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, os efeitos e impactos produzidos na segurança jurídica brasileira pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca dos temas 881 e 885. Esses efeitos se traduzem como o entendimento contrário do STF em decisões com repercussão geral, em relação às sentenças favoráveis obtidas por empresas quanto à inconstitucionalidade de tributos em sede de controle de constitucionalidade difuso. Ou seja, analisa-se fundamentalmente a contradição existente entre a coisa julgada em matéria tributária e a respectiva decisão do STF em sede de controle abstrato superveniente e contrária àquela. Por conseguinte, aborda-se a viabilidade lógica jurídica de tal entendimento expresso pelo egrégio Tribunal Supremo para a perpetuação da coisa julgada, sob a óptica dos principais especialistas sobre o tema em questão. Por derradeiro, tece-se críticas sobre a viabilidade técnica dos efeitos dos temas 881 e 885 e sugestões de soluções para a não ocorrência de futuras contradições entre tribunais superiores e a coisa julgada nos tribunais inferiores no que diz respeito à seara tributária.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança jurídica. Matéria tributária. Trato continuado. Coisa julgada, Temas 881 e 885

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyze, through bibliographic and jurisprudential sources, the effects produced by themes 881 and 885 of the Brazilian Supreme Court in the Brazilian legal security. These effects refer to the Supreme Court's contrary understanding in decisions with general repercussion regarding favorable judgments obtained by companies in the context of diffuse constitutionality control of taxes. In other words, this article fundamentally analyzes the contradiction that exists between res judicata in tax matters and the subsequent and contrary decision of the Supreme Court. Therefore, the logical and juridical viability of this understanding expressed by the Supreme Court for the perpetuation of res judicata is analyzed, from the perspective of the main experts on the subject. Finally, the article presents an author's opinion on the technical feasibility of the issue and solutions to prevent future contradictions between higher courts and res judicata in lower courts in the tax field.* **KEYWORDS:** *Democratic rule of Law. Fake News. Collision of fundamental principles of Law. Restricted freedom of expression.*

KEYWORDS: *Legal security. Tax matters. Continuous dealing. Res judicata, Themes 881 and 885.*

INTRODUÇÃO

O direito tributário brasileiro foi campo de um intenso debate entre juristas sobre a contradição existente na decisão concernente aos temas 881 e 885 do Supremo Tribunal Federal (STF), cujo objeto eram as relações tributárias de trato continuado. Isso porque, segundo a decisão do *leading case* do qual resultou o tema 881, a coisa julgada, peça fundamental para a consagração da segurança jurídica, pode ser alterada segundo decisões ulteriores da Corte Suprema. Dessa forma, a segurança jurídica pode ser prejudicada de forma superveniente tendo em vista que, nas novas perspectivas processuais após o julgamento dos precedentes acima mencionados, decisões de matéria tributária proferidas por órgãos judiciários inferiores à quarta instância estão sujeitas a posterior sustação de seus efeitos, embora haja trânsito em julgado.

Diante desse problema, os recentes julgados serão analisados a partir de uma perspectiva bibliográfica com intuito de, primeiramente, possibilitar um entendimento sobre os instrumentos e fundamentações jurídicas utilizados nas referidas decisões, como o uso das técnicas do controle concentrado de constitucionalidade, do controle difuso e da modulação de efeitos. Em seguida, a definição de relações tributárias de trato continuado será apresentada para viabilizar a compreensão da recente alteração da Corte Suprema sobre sua perenidade em matéria tributária.

Findo esse aspecto introdutório, os temas 881 e 885 serão abordados de forma cronológica e contextualizada para, dessa forma, tornar possível o entendimento, em uma perspectiva jurídica, sobre como a segurança jurídica pode ser afetada e sob quais argumentos são evidenciadas as contradições dos recentes temas sobre a matéria tributária com base em parte da doutrina.

Impreterivelmente, será proposta uma tese cujo propósito será evitar a ocorrência de futuras controvérsias entre a Corte Suprema e a coisa julgada em matéria tributária, as quais podem ser interpretadas como óbice para a segurança jurídica brasileira. Alcançado esse último princípio, o fim máximo da jurisdição brasileira, por conseguinte, se alcança também a paz, a equidade e a justiça, identificados como o núcleo essencial do valor “segurança jurídica”, à luz do poder estatal de regular e harmonizar as relações humanas.

1 O REGIME JURÍDICO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Constata-se, no campo da defesa constitucional brasileira, um controle de constitucionalidade multifacetado, caracterizado pela flexibilização da coisa julgada da lei declarada inconstitucional por intermédio da modulação de efeitos, bem como em uma forma de defesa da constituição singular que produz efeitos diversos a depender do órgão judicial incumbido de realizar tal controle. Nesse ínterim, ressalta-se a idiosincrasia quanto ao controle difuso e ao controle concentrado de constitucionalidade.

O controle difuso é originário do direito norte-americano, nominalmente do caso *Marbury versus Madison*, em que se alegava, dentro da questão do mérito, o direito à nomeação de William Marbury para o cargo de juiz. Em um momento de transição de governo, o então secretário de Estado, James Madison, a mando da nova administração federal norte-americana recém-eleita, do presidente Thomas Jefferson, se negou a entregar os termos de posse a Marbury, por motivações políticas divergentes ao anterior governo que decidiu nomeá-lo como juiz. Acontece



que o principal juiz da suprema corte americana, John Marshall, tinha consciência da intenção do governo federal americano de não seguir uma possível decisão desfavorável da Corte em razão da baixa expressividade heterônoma no tribunal na época.

Dessa forma, a fim de evitar uma grave crise institucional, o juiz supremo não adentrou o mérito da lide, alegando que a corte americana era incompetente para julgar o caso, sob o fundamento de que Constituição de 1787 prescrevia o caráter meramente recursal para a corte suprema americana, ao passo que a lei federal na época erroneamente estabelecia a competência originária do tribunal para o caso em questão. Como consequência, não houve um confronto com o governo Federal, e o processo foi declarado de competência das instâncias inferiores, embora o mérito fosse favorável a *Marbury*.³

Portanto, criou-se, assim, o modelo de controle de constitucionalidade difuso, caracterizado pela realização do controle incidental em um caso concreto como forma prejudicial da análise do mérito. Ou seja, reconheceu-se que a Suprema Corte poderia analisar a constitucionalidade da Lei Federal perante a Constituição americana, no entanto, a jurisdição constitucional ao caso concreto não foi realizada, sob alegação de ausência de atribuição judicial para conhecimento de uma ação originada na própria Suprema Corte. Esse posicionamento, na prática, manteve a recusa de nomeação de *Marbury*, ao mesmo tempo que se reconhecia os então inéditos poderes judiciais de exercer o *judicial review*.

No Brasil, o controle de constitucionalidade difuso foi primeiramente positivado na Constituição Provisória de 1890 (Decreto nº 510), claramente influenciado pela prática do *Judicial Review* americano. Essa modalidade de defesa constitucional é realizada por todos os tribunais brasileiros por meio da aplicação de seus efeitos ao caso concreto, dentro de determinada lide, diferentemente do realizado pela Corte Suprema americana, que, por intermédio de suas decisões incidentais, opera um verdadeiro “efeito persuasivo” (*persuasive effect*) em relação à interpretação constitucional dos tribunais de instâncias inferiores.

Contudo, de semelhante forma a esse último caso, ocorre a atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Essa exceção quanto aos efeitos *inter partes* do controle difuso no Brasil só se tornou viável graças a uma tendência jurisprudencial própria da Corte Suprema brasileira, que tem possibilitado, cada vez mais, uma atuação da qual se resultam decisões com efeitos coletivos, é a chamada teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Esse entendimento se firmou a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ e nº 3470/RJ, que se traduz como uma autêntica mutação constitucional do artigo 52, X, da CF/1988. Essa interpretação constitucional ampliada faz com que o STF possa declarar uma lei como inconstitucional, dentro de um processo *inter partes*, com efeitos de aplicabilidade coletiva, sendo que o Senado apenas publica a decisão.⁴

3 - Schmidt, Gustavo da Rocha. *Judicial review: O “Big Bang”*. Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343947/judicial-review-o-big-bang>. Acesso em: 3 jun. 2023.

4 - DELAPIEVE, Thales. O STF e a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. *Revista Consultor Jurídico*, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-14/stf-abstrativizacao-controle-difuso-constitucionalidade>. Acesso em: 08 de out. de 2023.

Em uma análise mais aprofundada, cabe ressaltar que a abstrativização se tornou viável dentro de um contexto no qual se discutia uma maior otimização e uniformidade das decisões do STF, dado o seu papel central na análise de constitucionalidade das normas. Esse protagonismo da Corte Suprema foi influenciado por mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nº 03/93, mais especificamente em seu art. 102, parágrafo 2º, que criou o efeito vinculante do controle concentrado sobre o controle difuso, conferindo, desse modo, uma atuação prejudicial aos efeitos das decisões em instâncias inferiores. Além disso, o papel central do STF também foi possibilitado em face da Emenda Constitucional nº 45/2004, que, além de estender o efeito vinculante da ADC para a ADI, criou institutos padronizadores do controle difuso, quais sejam, a repercussão geral e a súmula vinculante; por fim, essas mudanças também decorreram das novas potencialidades da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), de ser utilizada para rever e padronizar decisões judiciais violadoras de preceitos fundamentais da Carta Magna em vigor – após a Lei Federal nº 9.882/99.

Sob uma perspectiva pragmática, é possível inferir que o efeito “*erga omnes*” pode ocorrer inclusive em se tratando de controle de constitucionalidade difuso efetuado pelo STF, por meio da declaração incidental de uma lei como inconstitucional. Essa asserção é evidenciada por várias peculiaridades no direito brasileiro, dentre as quais, está a relação entre a inclusão da Emenda Constitucional 45/2004 e os recentes temas 881 e 885. Nesse sentido, ao passo que a referida emenda instituiu que todos os recursos extraordinários do STF terão repercussão geral, a tese dos temas 881 e 885 permitiu a interrupção automática dos efeitos da coisa julgada nas relações tributárias de trato continuado, desde que se trate de uma decisão em sede de repercussão geral. Dessa forma, decisões do STF supervenientes, dotadas de efeitos *erga omnes*, poderão interromper as coisas julgadas em matéria de relação tributária de trato continuado, alcançando seus efeitos futuros posteriores projetados no tempo após a decisão do Pretório Excelso, dado que serão oriundas de repercussão geral ou, excepcionalmente, formadas por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, por sua vez, decorre da Escola Austríaca, por intermédio de seu principal doutrinador: Hans Kelsen. O jurista ressalta a necessidade de haver, em todo sistema constitucional, uma maneira de assegurar a efetividade das prescrições contidas na Magna Carta, no que diz respeito às normas infraconstitucionais que seriam delineadas ou recepcionadas após o poder constituinte originário. Isso pressupõe a criação de um órgão de controle, o qual foi denominado de tribunal constitucional, que teria a atribuição inerente de, em casos excepcionais, declarar a nulidade de normas contrárias à Lei Maior, seguindo a máxima de hierarquização normativa até o pico da ordem jurídica piramidal, a qual seria a norma hipotética fundamental.⁵

Sob a perspectiva do controle de constitucionalidade brasileiro, o poder constituinte originário recepcionou a defesa constitucional contida no Decreto nº 510, sob a égide da Constituição Republicana de 1891⁶, em seu artigo 59:

5 - Souza Neto, Jurandi Ferreira de. A teoria do Controle de Constitucionalidade em Kelsen. **Jus**, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27461/a-teoria-do-controle-de-constitucionalidade-em-kelsen>. Acesso em: 08 de outubro de 2023.

6 - ARAÚJO, Mauro La-Salette Costa Lima. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil: da Constituição de 1891 à de 1988. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2928, 8 jul. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19501>. Acesso em: 10 jun. 2023.

Art. 59 [...] § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas [...]

Já na vigente Constituição de 1988, é plausível inferir que não é raro que o controle concentrado de constitucionalidade seja empreendido por parte do Supremo Tribunal Federal – o qual não se configura plenamente como um tribunal constitucional, mas como uma espécie de órgão com poderes mais abrangentes –, uma vez que além da jurisdição constitucional, é detentor de competências civis, penais e processuais típicas da jurisdição comum. Essa atuação expressiva desse órgão judicial se dá a partir dos parâmetros analíticos proporcionados pelas normas da vigente Carta Constitucional.

Para Luís Roberto Barroso, a judicialização – caracterizada como a tomada de decisão de algumas questões de larga repercussão política ou social por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e o Poder Executivo – é viabilizada por três grandes razões. A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país que culminou na Constituição de 1988; em segundo plano, destaca-se o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é um dos mais abrangentes do mundo; e, por último, a consequência do desenvolvimento e progresso da hermenêutica jurídica por parte dos juízes em face da abrangente Constituição atual. Dessa forma, o poder judiciário brasileiro possui alto poder interventivo nas questões sociais e políticas, podendo decidir com efeitos prospectivos ou até mesmo com efeitos retroativos (*ex tunc*), a depender da existência da modulação de efeitos aplicada ao caso concreto.⁷

De fato, a modulação de efeitos é um provimento jurisdicional *sui generis* presente hodiernamente na jurisprudência brasileira. O seu surgimento também se configurou no caso *Marbury versus Madison*, no qual se discutia a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. Nesse contexto, foi firmado o entendimento de que “*the unconstitutional statute is not law at all*”, ou seja, a lei inconstitucional é nula desde o início (*ex tunc*) e baseada em pleno direito (*ipso iure*). Essa compreensão produziu reverberações na tradição jurídica brasileira, conquanto o dogma da nulidade da lei declarada constitucional esteja caminhando para uma relativização da nulidade da lei inconstitucional por intermédio da modulação de efeitos, conforme entendimento aduzido por Gilmar Mendes:

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar, todavia, tentativa no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade. Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade e sua aplicação continuada produziria consequências que não podem ser olvidadas. A lei inconstitucional não seria, portanto, nula ipso jure, mas apenas anulável.⁹

7 - BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN)THESIS, v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 9 out. 2023.

8 - MENDES, Gabriel F. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 11, 2016. DOI: 10.22456/0104-6594.69739. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/69739>. Acesso em: 7 jun. 2023.

9 - MENDES, Gabriel F. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 11, 2016. DOI: 10.22456/0104-6594.69739. (p.289) Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/69739>. Acesso em: 7 jun. 2023.

Na ótica jurisprudencial de controle de constitucionalidade, o STF empreende, em determinados casos concretos, conforme especifica as disposições positivadas no artigo 27 da Lei 9.868, uma espécie de dicotomia entre a extensão dos efeitos das leis e os atos declarados inconstitucionais, podendo os efeitos da lei serem restringidos ou relativizados.

Nesse diapasão, por um lado, é viável a limitação dos efeitos de uma lei declarada inconstitucional, quando verificada a tese de que a alteração das relações jurídicas constituídas causa um dano maior para a sociedade ou para a segurança jurídica do que simplesmente manter a situação ilegítima; e, por outro, é possível o desfazimento da lei e dos atos embasados nela como se nunca tivessem existido, seguindo a máxima da nulidade da lei inconstitucional e dos atos que nela se subsidiaram. Essa duplicidade no âmbito da decisão da Corte Suprema é o que ampara a imposição da modulação de efeitos.¹⁰

Impreterivelmente, a decisão em matéria de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público só pode ser declarada inconstitucional por meio da maioria absoluta dos membros do respectivo órgão especial, conforme o artigo 97 da Constituição Federal. Posto isso, é vedada a declaração de inconstitucionalidade por órgãos fracionários do respectivo tribunal, em vista da chamada “cláusula da reserva de plenário”.

2 RELAÇÕES TRIBUTÁRIAS DE TRATO CONTINUADO E SUAS PECULIARIDADES

A relação tributária de trato sucessivo ou continuado é uma relação em que o contribuinte é obrigado, pela lei, a pagar periodicamente ao fisco o tributo exigido como consequência de fatos geradores autônomos constituídos de forma sucessiva. Geralmente, esses tributos são relacionados a um contexto no qual há prática reiterada de atividades econômicas pelo próprio contribuinte. Ademais, convém ressaltar que as obrigações resultantes das relações tributárias de trato continuado são agrupadas e referenciadas por determinados períodos, para facilitar a cobrança e a administração dos tributos nas referidas relações. Isso posto, conclui-se que é preciso um arcabouço jurídico que viabilize a cobrança e o pagamento periódico do tributo, bem como a ocorrência de eventos frequentes inerentes à própria conjuntura circundante ao contribuinte, e que seja capaz de possibilitar a formação de fatos geradores constantes ao longo do tempo.

A partir da concepção da doutrina, o professor Teori Zavascki ressalta a existência de três espécies de relações jurídicas, no que se refere à classificação das circunstâncias temporais do fato gerador:

c) as relações jurídicas podem ser instantâneas (= as que decorrem de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, já plenamente consumado no quando da incidência da norma), permanentes ou duradouras (= as que nascem de um suporte fático ou de uma situação de incidência que se prolonga no tempo) ou sucessivas (= as nascidas de situação fática complexa, para cuja composição concorrem fatos geradores instantâneos autônomos, mas inseridos e referenciados a uma determinada situação jurídica permanente).¹¹

10 - Galvão, Jorge Octávio Lavocat. É preciso modular a modulação de efeitos? Reflexões sobre um desvirtuamento. Revista **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-19/artx-observatorio-constitucional-preciso-modular-modulacao-efeitos-reflexoes-desvirtuamento>. Acesso em: 1 jun. 2023.

11 - ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. In: **Doutrina: edição comemorativa de 15 anos**. Obra lançada em comemoração aos 15 anos do STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoconstitucional/index.php/Dout15anos/article/view/3666/3755>. Acesso em: 7 out. 2023.

Nesse sentido, é possível ilustrar a relação tributária sucessiva no caso do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido ou, até mesmo, do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços. Nesses casos, a percepção de renda ou o transporte de mercadorias por parte de pessoas físicas ou jurídicas possibilita as relações tributárias de trato continuado entre os contribuintes e o fisco, enquanto perdurarem as atividades desenvolvidas na órbita econômica. Nota-se, dessa forma, que não se trata de um pagamento circunstancial, como é o caso do ITBI ou o ITCMD, mas um adimplemento que depende da continuidade econômica da empresa.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “a obrigação de trato sucessivo [...] é aquela cuja prestação se renova em prestações singulares e sucessivas, em períodos consecutivos, como sucede na compra e venda a prazo, no pagamento mensal do aluguel pelo locatário, etc.”¹². Nesse sentido, e em analogia ao contexto empresarial, as obrigações tributárias de trato continuado continuarão a existir, em se tratando de imposto de renda, enquanto a empresa contribuinte continuar explorando a atividade econômica, ou, no caso do imposto sobre circulação de mercadorias e serviço (ICMS), durante o tempo em que a empresa comprar ou vender mercadorias sujeitas eventualmente a transporte.

As relações jurídicas sucessivas são tratadas no art. 478 do Código Civil, o qual propõe a seguinte prescrição: “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”¹³. Isso significa que o legislador procurou equiparar a relação contratual por meio do princípio *rebus sic stantibus*, no sentido de indicar que na ocorrência de mudanças significativas nas condições de fato na época da realização do contrato, será possível uma alteração no contrato celebrado, de forma a equilibrar a reciprocidade de direitos e devedores (sinalagma) inerente à relação jurídica contratual. Dessa forma, a partir desse princípio, é assegurada a equidade e a justiça econômica entre as partes.

Sob uma segunda análise, pode-se afirmar que o princípio *rebus sic stantibus* é o fator pelo qual se possibilita a flexibilização da *pacta sunt servanda*, o qual referencia o caráter obrigatório dos cumprimentos contratuais, balizados pela autonomia da vontade entre as partes. O *pacta sunt servanda*, assim como o *rebus sic stantibus*, surgiu a partir da tangibilidade contratual, cujos primórdios são datados desde o Código de Hamurabi, em 2.300 A.C, perpassando pelo Direito Romano e, especialmente, pelo Direito Canônico, no período Medieval, em que a vassalagem e o império do costume eram essenciais para a continuidade jurídica e estrutural da sociedade feudal.¹⁴

Por conseguinte, a internalização gradativa do princípio *rebus sic stantibus* no Direito brasileiro se deu no período contemporâneo. Sobre o tema, Maria Antonieta Lynch comenta que:

12 - GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações**. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 178

13 - BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2022.

14 - LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula *rebus sic stantibus* à onerosidade excessiva. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 184 (out./dez. 2009). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194943/000881699.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 22 jul. 2023.

Diante da legislação especial posterior ao Código de 16, a nossa doutrina e a jurisprudência brasileira têm considerado que é aplicável no Brasil a teoria da imprevisão. Assim, enraizada nos princípios gerais do Direito, é irrelevante a circunstância de um determinado Código Civil (como é o caso do Código de 16) não ter contemplado, em texto expresso, a teoria da imprevisão.¹⁵

Nesse sentido, é forte o ideal de que o objeto contratual terá vinculação ao caso concreto à medida que a situação que deu origem ao próprio contrato se mantiver. Caso contrário, os direitos e deveres oriundos de cada parte serão reequilibrados no âmbito contratual, diante de uma mudança imprevisível na situação fática que trouxe onerosidade excessiva ou encargos pesados para qualquer uma das partes.

No contexto tributário, a aplicação do princípio do *rebus sic stantibus* reflete a necessidade de adaptar as obrigações fiscais do contribuinte às mudanças nas condições econômicas, financeiras e sociais que possam ocorrer após a decisão do juiz. Essas alterações nas circunstâncias de fato podem afetar substancialmente a capacidade de pagamento dos tributos ou até mesmo prejudicar a subsunção da norma ao caso concreto, onerando, assim, a própria legalidade e o caráter de não confisco das imposições fiscais. É possível ilustrar essa mudança, em se tratando de direito tributário, no caso de um entidade religiosa ou de assistência social imune aos tributos, conforme artigo 150, VI, b da CF, que, após a prolação de uma sentença que declare a inexistência de relação jurídico tributária, tenha suspenso o seu direito à imunidade tributária como consequência do descumprimento dos requisitos previstos no artigo 14 do CTN.

Nesse caso, a título de exemplo, caso seja comprovado pelo fisco que a entidade beneficiada com a imunidade tributária distribui qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas¹⁶, conforme o ARE 1.149.994/SP (que determina que o ônus da prova para afastar a presunção de imunidade pertence ao fisco), essa terá o seu benefício suspenso, até o cumprimento da prescrição legal, posto que a imunidade prevista na Constituição se trata de uma norma de eficácia contida. Portanto, dentro do entendimento jurisprudencial brasileiro, é factível a presença do *rebus sic stantibus*, como se evidencia na súmula 239 do STF¹⁷: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”. Isso significa que há uma limitação temporal na eficácia da coisa julgada, que é a permanência das situações fáticas que justificaram a aplicação do silogismo legal por parte do juiz ao longo do tempo; ou seja, diante de uma alteração na norma ou nas condições de fato, o provimento jurisdicional aplicável ao caso concreto deve ser modificado.

15 - THEODORO JÚNIOR, 1993, p. 153 *apud* LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula *rebus sic stantibus* à onerosidade excessiva. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 184 (out./dez. 2009). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194943/000881699.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Último acesso em: 22 de julho de 2023.

16 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 1.149.994/SP**. Recurso extraordinário com agravo. Tributário. Ação ordinária. ISSQN. Imunidade. Templos de qualquer Culto. Artigo 150, vi, 'b', da Constituição. Presunção de Destinação às finalidades essenciais da instituição [...]. Relator: Min. Luiz Fux. Rcte.(s): Município de São Paulo. Recdo.(a/s): Congregação Cristã do Brasil. Julgamento, 13 de ago. de 2018. DJe 14/08/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=DJ&docID=747948332&pgl=311&pgF=315>. Acesso em: 15 de out. de 2023.

17 - BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 239**. Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores. Sessão Plenária de 13/12/1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 114. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula239/false>. Acesso em: 11 de out. 2023.

Trazendo esse entendimento para as relações tributárias de trato continuado entre o fisco e o contribuinte, entende-se que, dentro do contexto de vinculação compulsória de pagamento pecuniário, podem ocorrer várias alterações atinentes à própria conjuntura econômica, estatutária e geográfica da empresa, de modo que seja exigido do magistrado uma mudança de perspectiva quanto às cobranças fiscais feitas no decurso das modificações idiossincráticas de cada contribuinte. Caso isso ocorra, o juiz deverá aduzir, dentro do contexto das medidas processuais exacionais e das antiexacionais¹⁸, um entendimento coerente quanto ao pagamento ou não do tributo, de forma a afastar a cobrança eivada de vício. Nesse sentido, cabe ressaltar a possibilidade de realizar a transação tributária como forma de harmonizar as relações tributárias.

Por outro lado, pode-se inferir que o *rebus sic stantibus* também pode se aplicar a situações externas à própria conjuntura do contribuinte, como nos casos de mudanças legislativas e alterações jurisprudenciais, conforme veremos nos temas 881 e 885 do STF, que serão tratados posteriormente. Ademais, é importante frisar que a teoria da imprevisão também se aplica ao direito tributário nos casos que envolvem catástrofes naturais e pandemias, contextos que demandam ao Estado, como tentativa de assegurar o princípio social da empresa e sua estabilidade econômica, a adoção de medidas que concedam maiores prazos para pagamentos ou isenções de impostos. Um exemplo de situação extraordinária que demandou a aplicação do referido princípio foi a pandemia de covid-19, momento em que se autorizou um prazo maior para o pagamento de tributos federais, nos termos da Portaria 12/2012 do Ministério da Fazenda.

Por fim, a teoria da imprevisão se aplica, na seara do direito tributário, aos casos que envolvem modificações sociopolíticas e/ou das condições econômicas; nesses contextos, há a previsão constitucional de adoção de empréstimos compulsórios (art. 148, CF) ou impostos regulatórios dotados de extrafiscalidade, como é o caso do IPI, o IE, II e o IOF. Sendo assim, é evidente que as relações de trato continuado podem ser alteradas, observando-se a cláusula *rebus sic stantibus*, tanto na órbita administrativa, como é o caso imposições fiscais regulatórias, quanto nas atividades jurisdicionais, tal qual se pode observar num contexto de mudança de entendimento jurisprudencial, assim como aconteceu com o tema 881.

3 ANÁLISE CRÍTICA DOS TEMAS 881 E 885 À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

3.1 Explicação dos fundamentos de fato e de direito relativos ao tema 881

O tema de julgamento 881, que se constituiu mediante várias lides tributárias semelhantes, se resume na seguinte assertiva: “qual é o limite da coisa julgada em matéria tributária, em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado”. Nessa toada, percebe-se um certo conflito entre os dois controles de constitucionalidade, o concentrado, realizado apenas pelo Supremo Tribunal Federal, e o difuso,

18 - Conrado, Paulo Cesar. Medidas exacionais e antiexacionais: muito além das conveniências classificatórias. Revista **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-04/paulo-conrado-medidas-exacionais-antiexacionais>. Último acesso em: 22 de julho de 2023

inerente à atividade jurisdicional contemporânea, dentro dos demais tribunais brasileiros, superiores ou inferiores, e em todas as instâncias da jurisdição.

A princípio, sob a óptica dos contribuintes brasileiros, o problema jurídico concernente ao tema 881 teve sua gênese no dia 15 de dezembro de 1988, com a publicação da Lei número 7.689, que criou a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas (CSLL). A partir desse acontecimento, uma grande quantidade de empresas contribuintes começou a ajuizar ações, visando a impugnar os atos administrativos de lançamento realizados pelas autoridades fiscais quanto ao referido tributo, que continuavam a tributar as empresas com fundamento no Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011.

O principal fundamento arguido pelos contribuintes foi o de alegado *bis in idem*, conforme o artigo 154, I, da CF/1988. Em síntese, as empresas impugnaram judicialmente as atuações feitas pelo fisco sob a alegação de que a União estaria tributando, simultaneamente, o contribuinte pessoa jurídica com o imposto de renda pessoa jurídica (IRPJ) e com a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), incidentes sobre as mesmas bases de cálculo e econômica. Em resposta, basicamente, explicou-se que a vedação prevista no artigo 154, I, da CF/1988 se refere somente a novos impostos a serem instituídos pela União, e não ao constante no próprio art. 195 da Constituição, sob a justificativa de que essa norma originária dessa Carta, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, autoriza a redundância exacional.¹⁹ Ante o exposto, segue publicação da norma vigente durante o ano de 1988:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I- dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro. (grifo nosso)²⁰

Além disso, é importante frisar que foi arrazoado sobre o princípio da não retroatividade, consagrado no artigo 150, III, a, da Constituição Federal. Esse princípio estabelece que os tributos não podem ser cobrados em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os instituiu ou aumentou. No entanto, a CSLL foi instituída pela Lei 7.689/1988 e versou sobre a exigibilidade do tributo no mesmo ano em que entrou em vigor, com base no artigo 8º, que postulava o seguinte: “A contribuição social será devida a partir do resultado apurado no período-base a ser encerrado em 31 de dezembro de 1988”. Por esse motivo, o supracitado artigo foi anulado.

Por derradeiro, as pessoas jurídicas irredimidas levaram ao debate o disposto no artigo 195, § 4º, da Constituição Federal, o qual exige uma lei complementar para a instituição de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, que não as elencadas em seu dispositivo. Dessa forma, segundo a tese dos contribuintes, a CSLL deveria ser declarada inconstitucional, na medida em que foi instituída por uma lei ordinária, a Lei 7.689/1988, e não por uma lei complementar.

19 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 138.284/CE**. Constitucional. Tributário. Contribuições sociais. Contribuições incidentes sobre o lucro das pessoas jurídicas. Lei n. 7.689, de 15.12.88 [...]. Relator: Ministro Carlos Velloso. Recte.(s): União Federal. Recdo. (a/s): Petróleo Dois Irmãos Ltda. Tribunal Pleno. Julgamento: 01/07/1992. DJ 28/08/92. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur113170/false>. Acesso em: 12 de out. de 2023.

20 - BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 24 maio 2023.

A falta de observância desse requisito resultaria na inconstitucionalidade formal dessa contribuição especial. Contudo, há de se considerar que esse tributo se refere ao artigo 194, inciso I, da CF/1988 e, por esse motivo, a CSLL não necessitaria de lei complementar para sua imposição, conforme o trecho “nos termos da lei” inserto no *caput* do supracitado artigo, o qual, partindo-se de uma interpretação sistemática da Constituição aduzida pela Corte Suprema, dispõe que basta a edição de lei ordinária para imposição dessa contribuição.²¹

O resultado de todas as argumentações trazidas ao bojo do andamento processual ocasionou, em 1992, alguns títulos executivos judiciais que decidiram sobre a inconstitucionalidade da Lei 7.689/1988, em sede de controle difuso de constitucionalidade, a favor de empresas que impugnam o referido tributo. Isso se deu de tal forma que, mesmo com os Recursos Extraordinários 146.733 e 150.764, os quais declaram a constitucionalidade do tributo incidentalmente ao processo no mesmo ano de 1992, essas pessoas jurídicas continuaram a deixar de pagar o CSLL, o que resultou em uma situação não isonômica para as empresas contribuintes no âmbito processual.

Foi apenas no ano de 2007, durante a ADI nº 15, que o STF expressamente determinou a constitucionalidade da CSLL, mas, dessa vez, fora dos limites subjetivos do processo. Não obstante, não foi estipulado nessa ADI, expressamente, que esse tributo deveria ser pago inclusive por aquelas empresas que possuíam uma decisão favorável a si para o não pagamento da CSLL. Essa omissão fez com que as entidades beneficiadas pelos títulos judiciais no ano de 1992 continuassem a impugnar os lançamentos efetuados pelo fisco, em razão da cobrança administrativa ulterior do referido imposto; conseqüentemente, isso desembocou em novos recursos extraordinários, como é o caso do RE 949297, que resultou no tema 881.

Sendo assim, agora não mais se discute a constitucionalidade da Lei 7.689/1988, mas sim se os títulos judiciais advindos do controle difuso possuem eficácia diante de exações futuras, lançadas pela autoridade tributária, sobre a órbita contextual das relações tributárias de trato continuado.

Nesse ínterim, a parte autora do RE 949297 inicialmente alegou, em mandado de segurança com pedido liminar, que a cobrança do CSLL lhe era indevida, sob pena de violação do artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, e do artigo 6º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, em virtude de possuir decisão transitada em julgado em seu favor (sentença prolatada nos autos do mandado de segurança nº 127/89/CE). Ademais, no tocante ao artigo 471 do CPC/1973, argumentou-se que não é aplicável ação revisional a esse caso em específico, visto que não houve alteração de fato e de direito no que se refere ao direito constituído de não pagar CSLL com base em sua inconstitucionalidade e, caso houvesse, deveria ser proposto pelo respectivo juízo que decidiu pela sua não constitucionalidade em novo ato jurisdicional.²²

21 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 138.284/CE**. Constitucional. Tributário. Contribuições sociais. Contribuições incidentes sobre o lucro das pessoas jurídicas. Lei n. 7.689, de 15.12.88 [...]. Relator: Ministro Carlos Velloso. Recte.(s): União Federal. Recdo. (a/s): Petróleo Dois Irmãos Ltda. Tribunal Pleno. Julgamento: 01/07/1992. DJ 28/08/92. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur113170/false>. Acesso em: 12 de out. de 2023.

22 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1272714/CE**. Recurso especial. Processual civil e tributário. Contribuição social sobre o lucro líquido - csll. Coisa julgada que reconheceu a inconstitucionalidade da hipótese de incidência. Eficácia em relação a fatos geradores futuros [...]. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Rcte.(s): Fazenda Nacional Recdo.(a/s): Tbm - Têxtil Bezerra De Menezes S/A. Julgamento: 15/12/2015. DJe 02/02/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201101959757. Acesso em: 12 de out. de 2023. Acesso em: 12 de out. de 2023.

A partir dessa concepção, o contribuinte postulou sobre a inaplicabilidade da súmula 239 do STF, em caso de decisões que determinem a inconstitucionalidade sobre débito tributário, entendimento firmado pelo RE 93.048-5/ SP, e sobre o fato de que não houve advento de lei nova sobre a contribuição social que pudesse constituir nova cobrança em apartado aos limites da coisa julgada, posto que ocorreram somente alterações legislativas quanto à base de cálculo e à alíquota, conforme dispõe o julgado abaixo:²³

As Leis 7.856/89 e 8.034/90, a LC 70/91 e as Leis 8.383/91 e 8.541/92 apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei 7.689/88, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco de cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material.

A Receita Federal, no âmbito do Recurso Especial nº 1.118.893, alegou que o eventual ajuizamento de ação rescisória, no caso das ações favoráveis ao não pagamento de CSLL, se mostraria infrutífero, como se evidencia no trecho recortado dos autos do mandado de segurança supracitado:

Insta ponderar que, em relação às decisões transitadas em julgado, antes da jurisprudência pátria se tornar assente acerca da constitucionalidade da legislação da Contribuição Social sobre o Lucro de empresas, não seria cabível ação rescisória fundada em ofensa a literal disposição da Lei nº 7.689/88, tendo em vista os verbetes das Súmulas nº 343 do Supremo Tribunal Federal e nº 134, do Egrégio Tribunal Federal de Recursos [...]²⁴.

Aliás, é crucial a compreensão de que não era possível a utilização dos fundamentos legais constantes nos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único do CPC/73, para rescindir as coisas julgadas que declararam a constitucionalidade do CSLL, posto que essas normas se aplicam a títulos executivos judiciais; ademais, mesmo que houvesse aplicabilidade às *res judicatas* declaratórias, a Lei nº 11.232/2005 não seria cogente, por ter entrado em vigor somente no ano de 2006, com base no conteúdo da súmula 487 do STJ. Todavia, hodiernamente, é visível a possibilidade de rescindir títulos executivos, se forem baseados em interpretação de lei incompatível com a CF/1988, segundo o STF e conforme as disposições presentes nos artigos 525, §§ 14 e 15, e 535 do CPC, §§ 7 e 8.

Por oportuno, o juiz de 1º grau decidiu sobre o indeferimento da pretensão da parte autora, em razão da alteração da situação de fato e de direito concernentes à relação tributária de trato continuado que envolvia o CSLL, que se refere especialmente ao advento da ADI nº 15, à luz do que prescreve o art. 471, I, do CPC/73 (atualmente é o art. 505 do CPC/15): “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de

23 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. 731.250/PE**. Processual civil e tributário ? Embargos à execução fiscal ? Contribuição social ? Alcance da súmula 239/stf ? Coisa julgada: violação ? Art. 471, i do CPC não contrariado [...]. Coisa julgada. Rel. Min. Eliana Calmon. Recte.(s): Fazenda Nacional. Recdo.(a/s): Cicanorte Indústria De Conservas Alimentícias S/A. Julgamento: 17/04/2007. DJ 30/04/2007. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200500375454. Acesso em: 12 de out. de 2023.

24 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.118.893/MG**. Constitucional. Tributário. Processual civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Rito do art. 543-c do CPC. Contribuição social sobre o lucro - CSLL. Coisa julgada[...]. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Rcte.(s): Ale Distribuidora de Combustíveis Ltda. Recdo. (a/s): Fazenda Nacional. Julgamento: 14/03/2011. DJe 06/04/2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200900111359. Acesso em: 12 de out. de 2023.

relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.²⁵

Dessa decisão se sucedeu à apelação, que foi acordada em favor da parte autora, por unanimidade, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com fundamento na Súmula 343 do STF, que infere o seguinte: “A mudança de entendimento dos Tribunais Superiores não autoriza o pedido de rescisão de julgado, com base na violação literal de dispositivo de lei”. Outrossim, o entendimento desse tribunal, em 2ª instância, se baseou no acórdão referente ao Recurso Especial 599.764 - GO e ao Recurso Especial nº 227.458-CE, em que se garantiu a perenidade das decisões proferidas em sede de controle difuso para o não pagamento da contribuição.²⁶

Irresignada, a Fazenda Nacional interpôs um recurso extraordinário e também um recurso especial, pois a controvérsia concernente a essa lide cinge-se tanto ao que dispõe a Constituição quanto ao que versa a Lei federal que instituiu a CSLL. Em relação ao recurso especial interposto, insta mencionar a alegação do relator do processo, o ministro Napoleão Nunes, nos autos do Resp. nº 1.272.714-CE²⁷, que diz: “O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade”.

Como restou demonstrado, o ministro relator do recurso especial interposto aduziu entendimento a favor do acórdão proferido em segunda instância. Dessa forma, o magistrado inadmitiu o recurso com base no revogado artigo 557, *caput* do CPC/73, posto que o entendimento do STJ se encontrava abarcado no precedente do REsp 1118893/MG, que versava sobre a mesma matéria e foi julgado por esse órgão a favor do contribuinte no ano de 2011.

No tocante à análise feita pelo STF, observou-se um entendimento diverso. Inicialmente, o ministro relator, Edson Fachin, concedeu repercussão geral ao recurso interposto, em decorrência de um possível desequilíbrio concorrencial dentro do campo econômico e da crescente expectativa de previsibilidade por parte da sociedade quanto aos atos jurisdicionais, fatores esses que dependem plenamente do acórdão futuramente proferido.

3.2 Resumo das circunstâncias jurídicas relativas ao tema 885

É necessário ressaltar que a principal diferença entre os temas 885 e 881 é o tipo de controle de constitucionalidade, tratado em ambos como fator de alinhamento jurisprudencial e

25 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 15**. I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF): compreensão da “associação de associações” de classe [...] Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Reqte.(s) Confederação das Associações de Microempresas do Brasil. Julgamento, 14 de junho. 2007. DJE, 31 ago. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5753/false>. Acesso em: 11 de out. 2023.

26 - BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação em Mandado de Segurança 90497-CE**. Processo civil. Tributário. Contribuição social sobre o lucro. Lei 7689/88. Mandado de segurança. Ofensa à coisa julgada. Apelação provida. Relator: Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho. Apte: TBM- Têxtil Bezerra de Menezes S/A. Apdo: Fazenda Nacional. Julgamento em 3 de set. de 2009. DJe: 18/09/2009, pág. 458. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/processo/200181000081139>. Acesso em: 16 de out. de 2023.

27 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1272714/CE**. Recurso especial. Processual civil e tributário. Contribuição social sobre o lucro líquido - csll. Coisa julgada que reconheceu a inconstitucionalidade da hipótese de incidência. Eficácia em relação a fatos geradores futuros [...]. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Rcte.(s): Fazenda Nacional Recdo.(a/s): Tbm - Têxtil Bezerra De Menezes S/A. Julgamento: 15/12/2015. DJe 02/02/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201101959757. Acesso em: 12 de out. de 2023.

de planificação dos efeitos das coisas julgadas. Nesse sentido, ao passo que o tema 885 procura solucionar os efeitos do controle concentrado de constitucionalidade para a coisa julgada destoante, o tema 881 busca tratar dos efeitos do controle difuso exercido pela Corte Suprema para esse mesmo objeto de análise.

Em outra perspectiva, convém ressaltar que o processo do qual se originou o tema 885 foi o RE 955227. Esse processo, assim como o *leading case* do tema 881, se formou a partir da irrisignação da Fazenda Nacional quanto à decisão favorável ao contribuinte prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça. Esse entendimento também foi viabilizado pelo precedente nº 1.118.893 - MG²⁸:

Não é possível a cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade

Em adição, embora o *Leading Case* desse tema possua idiosincrasias diversas quanto à parte autora e à cronologia processual, o relator do processo e também autor da tese aplicável aos dois temas mencionados, Luís Roberto Barroso, optou por considerar os dois processos relativos aos temas supracitados como complementares, conforme o seguinte trecho do acórdão do RE 955227 RG /BA:

Tampouco se confunde com o objeto do RE 949.297, de relatoria do Min. Edson Fachin, recentemente submetido ao Plenário Virtual, que trata de tema semelhante, porém, está limitado a discutir os efeitos das decisões do Supremo colhidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade sobre a eficácia futura da coisa julgada nas relações de trato continuado. Aqui, o que se propõe é que o Plenário defina a relação das decisões em controle difuso, inclusive aquelas proferidas sob a dinâmica da repercussão geral, nos termos do art. 102, § 3º, da CF, com os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária. Penso que o presente caso e o RE 949.297 são complementares e devem ser julgados pelo Plenário da Corte em regime de repercussão geral, de modo a definir de forma completa esse tema.²⁹

Dessarte, respeitadas as diferenças processuais concernentes aos dois recursos extraordinários abordados, por unanimidade do colegiado do supremo, foi firmada a tese abaixo:

1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se

28 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.118.893/MG. Constitucional. Tributário. Processual civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Rito do art. 543-c do CPC. Contribuição social sobre o lucro - CSLL. Coisa julgada[...]. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Rcte.(s): Ale Distribuidora de Combustíveis Ltda. Recdo. (a/s): Fazenda Nacional. Julgamento: 14/03/2011. DJe 06/04/2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200900111359. Acesso em: 12 de out. de 2023.

29 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 955227/BA. Direito constitucional e tributário. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL). Obrigação de trato sucessivo. Hipóteses de cessação dos efeitos da coisa julgada diante de decisão superveniente do STF [...]. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Recte.(s): UNIÃO. Recdo.(a/s): Braskem S/A. Julgamento: 08/02/2023. DJe 02/05/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur478209/false>. Acesso em: 11 de out. 2023.

tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. 2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.³⁰

Isso significa que as decisões do STF, anteriores à vigência da Emenda Constitucional 45/2004 e balizadas pelo controle de constitucionalidade difuso no âmbito processual, não alteram automaticamente a coisa julgada formada anteriormente. Esse entendimento vai ao encontro da tese definida no RE. 730.462, ao observar que, conquanto se trate de tema jurisprudencial diverso, a decisão do STF de declarar ou não a constitucionalidade de um dispositivo normativo não reforma ou rescinde automaticamente as decisões proferidas com entendimento diverso. Logo, de semelhante forma ao tópico 1 da tese obtida no tema 881, as decisões do STF não impactarão as coisas julgadas de forma imediata, sendo necessária uma ação rescisória em apartado que observe o prazo decadencial de 2 (dois) anos (975 CPC/15).

Desse modo, é plausível afirmar que as decisões do STF anteriores à instituição do regime de repercussão geral e constituídas por meio do controle de constitucionalidade difuso não alteram a coisa julgada dos contribuintes que possuem títulos judiciais cogentes para o não pagamento da CSLL. Nesse sentido, acontece que a motivação para a não interferência nas coisas julgadas, no que diz respeito à CSLL, reflete a não incidência, ainda, da corrente jurisprudencial que incutiu, na defesa da constituição brasileira, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Portanto, não haveria motivo lógico-jurídico para impor efeito *erga omnes* às decisões do STF que se cingiam, na época, a efeitos *inter partes*.

Por outra análise, com base no tópico 2, nota-se que as decisões do STF proferidas em sede de repercussão geral, ou em decorrência de controle concentrado de constitucionalidade, impactam automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado que versam sobre as relações tributárias de trato continuado. Adicionalmente, não se pode olvidar que tal decisão respeita a irretroatividade, da anterioridade anual, e a noventena, conforme a natureza do tributo.

Desta feita, embora não tenha sido proferido ainda o acórdão sobre o termo inicial da aplicação da anterioridade, os ministros do STF decidiram (votos de 6 a 5) por não modular os efeitos do julgado, ou seja, o termo inicial dos efeitos do tema 881 não será a data de sua sessão deliberativa, e sim o precedente exarado em 2007 na ADI nº 15³¹.

Portanto, ao analisar os efeitos da irretroatividade nesse caso específico, pode-se afirmar que as empresas afetadas pelo tema 881 não poderão ser obrigadas a pagar a CSLL antes de junho de 2007, posto que foi somente a partir desse mês que o acórdão sobre a constitucionalidade da CSLL na ADI

30 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 955227/BA**. Direito constitucional e tributário. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL). Obrigação de trato sucessivo. Hipóteses de cessação dos efeitos da coisa julgada diante de decisão superveniente do STF [...]. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Recte.(s): UNIÃO. Recdo.(a/s): Braskem S/A. Julgamento: 08/02/2023. DJE 02/05/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur478209/false>. Acesso em: 11 de out. 2023.

31 - CAMANO, Fernanda Donnabella; CHIAVASSA, Tércio; SANTOS, André Torres dos. (Re)pensando os pressupostos para a modulação em matéria tributária. **Revista Consultor Jurídico**, 16 de abr. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-16/processo-tributario-repensando-pressupostos-modulacao-materia-tributaria#:~:text=Independentemente%20da%20discuss%C3%A3o%20em%20torno,de%20forma%20imediata%2C%20em%20n%C3%ADtida>. Acesso em: 07 out. 2023

nº15, em ação direta, passou a existir, e, em razão desse fato, se sucedeu à interrupção automática dos efeitos prospectivos das coisas julgadas que impediam a cobrança exacional pela Fazenda Nacional.

Nesse sentido, as empresas beneficiadas pela *res judicata* somente deverão pagar a CSLL em relação aos lançamentos posteriores a junho de 2007, respeitada a prescrição da ação executória fiscal, a anterioridade anual e a noventena. Em relação a esses dois últimos fatores, é certo que eles se aplicam à CSLL, com base no art. 150, inciso III, alínea a e b, da CF/1988. Por conta disso, o fisco somente poderá empreender as execuções fiscais com base na inadimplência da CSLL nos exercícios de 2008 e seguintes.

Todavia, em decorrência da prescrição da ação de cobrança de crédito, não se pode afirmar de maneira generalista quais créditos poderão ser exigidos pelo fisco. Isso irá depender de cada caso em específico, já que pode, em cada caso, ter ocorrido ou não a interrupção da prescrição, seja em razão de atos judiciais que constitua em mora o devedor ou por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor (artigo 174, III, IV, CTN).

4 ANÁLISE DOUTRINÁRIA DOS EFEITOS DO JULGAMENTO DOS TEMAS 881 E 885

Após a publicação da tese concernente à matéria tributária dos recursos extraordinários 949297 e 955227, criou-se um intrincado debate sobre os possíveis danos que a decisão da Corte Suprema poderia causar na segurança jurídica brasileira. Nesse aspecto, observa-se uma dicotomia entre os entendimentos doutrinários sobre a danosidade ou não da referida decisão suprema. Por um lado, alguns doutrinadores asseveram que houve, de fato, um desrespeito à segurança jurídica e, por outro, há quem diga que a não de modulação de efeitos pelo STF gerou insegurança para os contribuintes no campo tributário.

Segundo o entendimento do doutrinador Flávio Zanetti³², a tese desenvolvida pelo STF referente aos temas 881 e 885 foi acertada, segundo os parâmetros da anterioridade e irretroatividade, e seguiu a máxima de não interferência da coisa julgada, até a eventual decisão ulterior da Corte em sentido contrário. Desse modo, não houve dano à segurança jurídica nem desrespeito às normas de não surpresa.

Em complementação, o Ilmo. Phelipe Frota cita algumas contribuições geradas a partir da aplicação da tese mencionada:

- (i) haverá definição coerente do momento em que o contribuinte deverá deixar de adimplir tributo declarado inconstitucional ou quando a Fazenda Pública iniciará a cobrança de tributo declarado constitucional; (ii) permite-se a prévia avaliação de grupo de contribuintes impactados com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (disponibilização em site da autoridade administrativa, audiências públicas, revisão de 70 minutos, debates e seminários expositivos), de modo a favorecer a harmonia e o diálogo entre as partes, em observância ao atual modelo de administração pública gerencial e participativa; e (iii) será evitado o desdobramento da lide, com o ajuizamento desnecessário de ações revisionais, que apenas tornaram o Poder Judiciário ainda mais conturbado.³³

32 - Grillo, Fabio Artigas *et al.* A força da coisa julgada aos olhos do STF: jogando luz sobre o tema. **Conjur**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-29/opiniao-jogando-luz-tema-coisa-julgada>. Acesso em 07 de outubro de 2023.

33 - FROTA, Phelipe Moreira. **A Coisa Julgada em Matéria Tributária: Estudo Acerca de sua Eficácia no Tempo e seu Desdobramento nas Ações Declaratórias**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29806>. Acesso em: 07 out. 2023.

Sob uma concepção diferente, Lenio Luiz Streck erige o entendimento de que a situação jurídica desenvolvida por meio da contradição entre os dois controles de constitucionalidade realizados em relação à CSLL poderia ter sido evitada caso fosse ajuizada uma ação de declaração de constitucionalidade sobre a referida contribuição. Além disso, o doutrinador aduz que a Corte Suprema não tem o poder, conferido pela Constituição, de legislar permanentemente. Portanto, ele conclui que o STF desrespeitou a coisa julgada em matéria de inconstitucionalidade de CSLL, ao retirar seus efeitos nesse recente julgado.³⁴

Nessa mesma linha de pensamento, segue Renata Elaine S. Ricetti Marques, ao arrolar algumas críticas referentes à fundamentação utilizada pelo STF para sua decisão quanto aos temas 881 e 885. Dentre as quais, a jurista destaca a falta de fundamento legal sobre a supracitada tese diante da inaplicabilidade do art. 505 do CPC, em razão de não ter tido alteração nas circunstâncias de direito referentes às coisas julgadas que declararam a inconstitucionalidade da CSLL, conforme o que é exposto a seguir:

A conclusão carreada pelos ministros é que a decisão, que tenha por objeto relação jurídica de trato continuado, revela-se uma alteração do estado de direito, “como se fosse” (mas não é) uma nova lei [...] É oportuno destacar que a Lei Ordinária (artigo 505 do CPC) não se sobrepõe à autoridade da coisa julgada garantida pelo Texto Constitucional (artigo 5º, XXXVI, da CF) e ao efeito extintivo normatizado pela Lei Complementar, Código Tributário Nacional (artigo 156, X, do CTN). [...] É uníssono que a função judicante do STF em controle abstrato não é a criação de uma nova lei, sua função não é criar direito novo, função típica de legislador positivo, sob pena de usurpar o papel do Poder Legislativo [...] para a aplicação do supracitado artigo da lei processual civil seria necessária uma nova lei. O artigo processual (505 do CPC) não quis proteger uma nova interpretação sobre o mérito (natureza do tributo), não quis proteger uma mudança de entendimento, ou seja, uma decisão que desconsidera a decisão anterior, mesmo porque seria um paradoxo com a natureza da coisa julgada.³⁵

Dessa forma, fica o questionamento: “o que seria mudança nas circunstâncias de direito?”. Seria também a mudança jurisprudencial ou apenas o que foi decidido em lei *a posteriori*? Esses questionamentos são basilares para compreender se os fundamentos pelos quais se sucederam a decisão do STF possuem lógica jurídica ou não, pois, partindo-se do pressuposto econômico, a decisão já se justifica pela disparidade que iria causar para a concorrência entre empresas. Todavia, é forçoso reconhecer que o princípio da intangibilidade da coisa julgada é tão público e fundamental como o da isonomia, conforme aduz a ilustre doutrinadora Misabel Derzi, que, em sua concepção, esperava que o entendimento da Corte Suprema quanto aos temas 881 e 885 seguisse a lógica do abrigo à *res iudicata* e da não tributação de CSLL, em relação ao grupo de contribuintes afetados pela discussão.³⁶

34 - Streck, Lenio Luiz. Uma (nova) reflexão sobre a coisa julgada no Supremo Tribunal Federal. **Conjur**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-30/senso-incomum-reflexao-coisa-julgada-recente-julgado-stf>. Acesso em 07 de outubro de 2023.

35 - MARQUES, Renata Elaine Silva Ricetti. A coisa julgada no tempo e a decisão do STF no Tema 881. **Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-03/renata-marques-coisa-julgada-tempo-decisao-stf>. Acesso em: 1 jun. 2023.

36 - DERZI, Misabel de Abreu Machado et al. Coisa Julgada Tributária com Eficácia Prospectiva e as Questões Constitucionais Discutidas nos Temas 881 e 885 do STF, 2022. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord). **XVII Congresso Nacional de Estudos Tributários**: meio século de tradição. 1. ed. São Paulo: IBET, 2021. p. 1167- 1192. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2022/11/Misabel-de-Abreu-Machado-Derzi-Valter-de-Souza-Lobato-e-Tiago-Conde-Teixeira.pdf>. Acesso em: 07 out. 2023

Em última análise, ressalta-se a inteligência de Fernanda Donnabella *et al.*, que afirmam ser viciada a tese fixada no julgamento dos temas 881 e 885, tendo em vista que agregou “critério antes não previsto na decisão da ADI 15-2 ao fazer cessar os efeitos da coisa julgada de forma imediata, em nítida violação ao próprio item 2, que determina que tal paralisação de efeitos não se dê de modo retroativo.”³⁷

5 ANÁLISE CRÍTICA DO TEMA

Sabe-se que a depender da decisão da Corte Suprema, ou haveria uma relativização da coisa julgada, que é um exímio sinalizador da segurança jurídica, ou se formaria um dissenso jurisprudencial, que já se mostrou possível entre os dois controles de constitucionalidade, mas, dessa vez, generalizado inclusive em relação ao próprio entendimento anterior do STF na ADI nº15, o que acabaria, de vez, por tolher a harmonia jurídica no âmbito tributário.

Dessarte, a solução desenvolvida pelo STF nos temas 881 e 885 repisou a autoridade da instância superior como órgão máximo da atuação judicante, em detrimento dos demais órgãos do Poder Judiciário, no que se refere ao controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado.

Nesse contexto, parece que a atuação do STF se aproxima, cada vez mais, dos contornos norte-americanos de atuação jurisdicional costumeira, na qual o controle de constitucionalidade difuso não mais se aplica *inter partes* dentro do bojo processual, mas tem eficácia presumidamente com repercussões gerais. Contudo, existe uma diferença crucial entre as duas cortes: a corte brasileira possui poderes muito mais abrangentes.

É verossímil a tendência de valorização da jurisprudência como fonte do direito impositiva para todos os tribunais brasileiros. Isso se evidencia com a sistemática de precedentes, expressamente positivada pelo Código de Processo Civil de 2015, mais especificamente em seus artigos 926, § 2o, e 927. Sendo assim, diz-se “impositiva”, pois, caso essas prescrições não sejam respeitadas, poderá a parte prejudicada entrar com ação rescisória por violação manifesta de norma jurídica, conforme o que dispõe o parágrafo 6º sexto e inciso V do *caput* do artigo 966 do Código de Processo Civil de 2015³⁸. Dessa forma, a margem discricionária de interpretação do agente julgador em face da norma positivada, tal qual assevera o Hans Kelsen, se mostra cada vez mais diminuta nos planos pragmáticos de atuação jurisdicional.

Contudo, sob uma perspectiva teleológica, a tese dos temas 881 e 885 se mostrava necessária para não viabilizar uma disparidade no âmbito concorrencial entre as empresas afetadas e os demais contribuintes, em conformidade com o princípio da isonomia e da livre concorrência.

A despeito disso, a solução do STF desconstituiu a perenidade dos efeitos da coisa julgada, com base em uma decisão aplicável ao passado, ou seja, restou prejudicado o direito do contribuinte de não pagar a CSLL, segundo um entendimento imposto retroativamente, pois, até

37 - CAMANO, Fernanda Donnabella; CHIAVASSA, Tércio; SANTOS, André Torres dos. (Re)pensando os pressupostos para a modulação em matéria tributária. **Consultor Jurídico**, 16 abr. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-16/processo-tributario-repensando-pressupostos-modulacao-materia-tributaria#:~:text=Independentemente%20da%20discuss%C3%A3o%20em%20torno,de%20forma%20imediate%2C%20em%20n%C3%ADtida>. Acesso em: 07 out. 2023

38 - Frota, Phelipe Moreira. A Coisa Julgada em Matéria Tributária: Estudo Acerca de sua Eficácia no Tempo e seu Desdobramento nas Ações Declaratórias. **Biblioteca Digital**, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29806>. Acesso em: 07 out. 2023.

então, não havia manifestação do STF sobre a contradição entre a *res judicata* e o seu entendimento sobre a constitucionalidade da CSLL.

Além do problema ligado a não modulação de efeitos – que, de fato, trouxe retroativamente a legitimação dos créditos tributários cobrados pela Fazenda Nacional, após a ADI nº 15, e uma significativa falta de previsibilidade tributária (*tax certainty*) –, há também as problemáticas relacionadas aos efeitos prospectivos incertos causados pelo teor generalista da tese dos temas 881 e 885, que abrange todas as relações tributárias de trato continuado, ou seja, as coisas julgadas das instâncias inferiores em difuso de constitucionalidade, que tratem da mesma matéria, podem ser alteradas pelo STF futuramente. Por certo, isso pode culminar em insegurança jurídica, já que não se sabe ao certo se as decisões das instâncias inferiores continuarão produzindo efeitos após o entendimento da Corte Suprema sobre o respectivo tributo em controle concentrado de constitucionalidade.

Em adição aos problemas ligados à imprevisibilidade, ressalta-se que a atuação do STF em relação à tese elaborada se mostrou próxima à atuação do Poder Legislativo, pois, por intermédio dessa, se criou uma norma positivada, generalista e constitutiva de direitos para a própria atuação futura da Corte Suprema no âmbito jurisdicional, no sentido de negar a validade de coisas julgadas com entendimento diverso. Portanto, cria-se um campo propício para o desequilíbrio no sistema de freio e contrapesos que garante a atuação do Estado como instituição democrática, diante da atuação abrangente do STF em contraposição à inércia do Poder Legislativo na criação de uma lei que possa garantir a pacificação da lide.

Sob outra perspectiva, é possível afirmar que a tese dos referidos temas buscou atender a economicidade processual, posto que, se fosse decidido sobre a necessidade de ação rescisória para desconstituir as coisas julgadas nas quais se assentou constitucionalidade da CSLL, existiriam muitos litígios envolvendo a Fazenda Nacional e os contribuintes. Ademais, a instituição de um marco temporal, que é a decisão proferida em ação direta ou em sede de repercussão geral, é um fator essencial para trazer previsibilidade e, por consequência, a segurança jurídica.

Em última análise, deduz-se que as lides dos temas 881 e 885 deveriam ter sido resolvidas, inicialmente, com a intervenção do Poder Legislativo, ou com uma ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Contudo, como isso não aconteceu, o STF buscou resolver a problemática, inevitavelmente, atingindo as coisas julgadas, sendo essa a medida que gerou menos problemas e variáveis para se lidar em comparação com o permanecimento da imutabilidade de decisões individuais. Todavia, esse entrave jurídico se mostra cada vez mais encurralado, em razão dos seguintes problemas sistemáticos concernentes ao direito brasileiro: possível contradição dos tipos de defesa da constituição; a inércia do poder legislativo e legitimados para propor ADC; a morosidade dos processos judiciais; a complexidade do sistema tributário.

6 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 é cada vez mais extensa e analítica, o que propicia um ambiente fértil para o encaminhamento de numerosos processos para o STF, dos quais se resultam, cada vez mais, decisões polêmicas e imprevisíveis diante da inexistência de disposições legais que possam embasá-las expressamente.

Nesse sentido, é preciso que se empreenda uma reforma na sistemática de inter-relação jurídica e constitucional entre os três poderes, de modo a possibilitar uma diminuição do caráter impróprio de legislador negativo do STF e uma maior eficiência da atuação legiferante exercida pelo Poder Legislativo, no que se refere à regulação das contradições entre as ferramentas de defesa constitucional e das relações tributárias de trato continuado

Isso significa que o Poder Legislativo deverá ser mais eficiente em seu papel de criar leis aplicáveis ao caso concreto e na capacidade de adequar essas normas à ocorrência de contradições entre institutos jurídicos, de modo que a lacuna normativa a ser preenchida pelo Poder Judiciário não seja extensa.

Um exemplo de atuação legiferante conveniente para regular os conflitos de interesses nas relações tributárias de trato continuado é o Projeto de Lei nº 512/2023, cujo objeto é o Programa Especial de Regularização Tributária do Fim da Coisa Julgada (PERT-Fim), que traz proposta de parcelamento de débitos tributários em até 240 (duzentos e quarenta) prestações e reduz em até 50% as penalidades impostas pelo fisco em relação aos contribuintes afetados pela tese dos temas 881 e 885³⁹. Esse projeto está tramitando, na data da elaboração desta pesquisa, na Câmara dos Deputados.

Por outro lado, ao passo que existe a necessidade de melhora na atuação legiferante do Poder Legislativo, há uma evolução do entendimento jurisprudencial da máxima instância judiciária deste país, no sentido de agregar cada vez mais verbetes, interpretações e práticas tendentes a estender seus poderes de “legislador impróprio”. Portanto, cabe aqui um questionamento sobre se o extenso poder judiciário, progressivamente irrigado pelo STF a si mesmo, em contraposição à falta de atuação do Poder Legislativo pode causar um desequilíbrio na atuação entre os três poderes e a sociedade.

Todavia, é perceptível que a polêmica que envolve os temas 881 e 885 não decorre exclusivamente do fator decisório e deliberativo do Supremo Tribunal Federal, mas, indiretamente, do próprio arcabouço jurídico e normativo brasileiro, mais especificamente de uma inevitável colisão de institutos jurídicos que coexistem unicamente no Brasil, quais sejam, o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade.

Em adição, é forçoso o reconhecimento de que podem ocorrer futuras contradições entre tribunais superiores e a coisa julgada nos tribunais inferiores dentro da seara tributária, independentemente de a tese 881 e 885 do STF ser carreada ou não ao plano pragmático, levando em consideração que o efeito vinculante dessa tese é o de fazer prevalecer o entendimento do STF em detrimento da coisa julgada, e não o de evitar a contradição em si, que continua sendo possível em relação ao entendimento de cada tribunal sobre as relações tributárias de trato sucessivo.

Dessa forma, durante o intermédio de tempo entre a produção de efeitos da decisão sobre a coisa julgada nas instâncias inferiores ao STF e a publicação da própria decisão pelo STF em ação direta ou em sede de repercussão geral, é urgente a aplicação e prevalência do sistema de defesa constitucional brasileiro, em detrimento de uma possível reforma institucional da inter-re-

39 - Brasil. Projeto de Lei de fevereiro de 2023 (do Sr. Gilson Marques e outros). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2235317&filename=PL%20512/. Acesso em 07 de agosto de 2023.

lação entre os três poderes no Brasil, tendo em vista a facilidade e a conveniência de se utilizar das ferramentas jurídicas já presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, é plausível inferir que, para evitar a ocorrência das futuras contradições em comendo antes da aplicação da tese dos temas 881 e 885, é indeclinável a aplicação tempestiva dos institutos do controle constitucionalidade brasileiro, como é o caso da ADC; da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); e da ação declaratória de constitucionalidade (ADI), as quais se resumem como mecanismos jurídicos utilizados para alcançar a equidade, a justiça e os demais elementos fundamentais à formação do princípio da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Mauro La-Salette Costa Lima. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil: da Constituição de 1891 à de 1988. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2928, 8 jul. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19501> . Acesso em: 10 jun. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (SYN) **THESIS**, v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 239**. Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores. Sessão Plenária de 13/12/1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 114. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula239/false> . Acesso em: 11 de out. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 24 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1272714/CE**. Recurso especial. Processual civil e tributário. Contribuição social sobre o lucro líquido - csll. Coisa julgada que reconheceu a inconstitucionalidade da hipótese de incidência. Eficácia em relação a fatos geradores futuros [...]. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Rcte.(s): Fazenda Nacional Recdo.(a/s): Tbm - Têxtil Bezerra De Menezes S/A. Julgamento: 15/12/2015. DJe 02/02/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201101959757 . Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.118.893/MG**. Constitucional. Tributário. Processual civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Rito do art. 543-c do CPC. Contribuição social sobre o lucro - CSLL. Coisa julgada[...]. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Rcte.(s): Ale Distribuidora de Combustíveis Ltda. Recdo. (a/s): Fazenda Nacional.

Julgamento: 14/03/2011. DJe 06/04/2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200900111359 . Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. 731.250/PE**. Processual civil e tributário? Embargos à execução fiscal? Contribuição social? Alcance da súmula 239/stf? Coisa julgada: violação? Art. 471, I do CPC não contrariado [...]. Coisa julgada. Rel. Min. Eliana Calmon. Recte.(s): Fazenda Nacional. Recdo.(a/s): Cicanorte Indústria De Conservas Alimentícias S/A. Julgamento: 17/04/2007. DJ 30/04/2007. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200500375454 . Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 15**. I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF): compreensão da “associação de associações” de classe [...]. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Repte. (s) Confederação das Associações de Microempresas do Brasil. Julgamento, 14 jun. 2007. DJE, 31 ago. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5753/false> . Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 138.284/CE**. Constitucional. Tributário. Contribuições sociais. Contribuições incidentes sobre o lucro das pessoas jurídicas. Lei n. 7.689, de 15.12.88 [...]. Relator: Ministro Carlos Velloso. Recte.(s): União Federal. Recdo.(a/s): Petróleo Dois Irmãos Ltda. Tribunal Pleno. Julgamento: 01/07/1992. DJ 28/08/92. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur113170/false> . Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 949297/CE**. Processo civil. Tributário. Contribuição social sobre o lucro. Lei 7.689/88. Mandado de segurança. Ofensa à coisa julgada [...]. Relator: Min. Edson Fachin. Rcte.(s): União. Recdo.(a/s): TBM - Textil Bezerra De Menezes S/A. Tribunal Pleno. Julgamento: 24/03/2016. DJe 13/05/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral8342/false> . Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 955227/BA**. Direito constitucional e tributário. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL). Obrigação de trato sucessivo. Hipóteses de cessação dos efeitos da coisa julgada diante de decisão superveniente do STF [...]. Relator(a): Min. Roberto Barroso. Recte. (s): UNIÃO. Recdo.(a/s): Braskem S/A. Julgamento: 08/02/2023. DJE 02/05/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur478209/false> . Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 1.149.994/SP**. Recurso extraordinário com agravo. Tributário. Ação ordinária. ISSQN. Imunidade. Templos de qualquer Culto. Artigo 150, VI, 'b', da Constituição. Presunção de Destinação às finalidades essenciais da instituição [...]. Relator: Min. Luiz Fux. Rcte.(s): Município de São Paulo. Recdo.

(a/s): Congregação Cristã do Brasil. Julgamento, 13 de ago. de 2018. DJe 14/08/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=DJ&docID=747948332&pgI=311&pgF=315> . Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação em Mandado de Segurança 90497-CE**. Processo civil. Tributário. Contribuição social sobre o lucro. Lei 7689/88. Mandado de segurança. Ofensa à coisa julgada. Apelação provida. Relator: Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho. Apte: TBM- Têxtil Bezerra de Menezes S/A. Apdo: Fazenda Nacional. Julgamento em 3 de set. de 2009. DJe: 18/09/2009, pág. 458. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/processo/200181000081139> . Acesso em: 16 de out. de 2023.

CAMANO, Fernanda Donnabella; CHIAVASSA, Tércio; SANTOS, André Torres dos. (Re) pensando os pressupostos para a modulação em matéria tributária. **Revista Consultor Jurídico**, 16 de abr. 2023. Disponível em: <https://www.RevistaConsultorJuridico.com.br/2023-abr-16/processo-tributario-repensando-pressupostos-modulacao-materia-tributaria#:~:text=Independentemente%20da%20discuss%C3%A3o%20em%20torno,de%20forma%20imediate%2C%20em%20n%C3%ADtida>. Acesso em: 07 out. 2023

CONRADO, Paulo Cesar. Medidas exacionais e antiexacionais: muito além das conveniências classificatórias. **Revista Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.RevistaConsultorJuridico.com.br/2021-mai-04/paulo-conrado-medidas-exacionais-antiexacionais> . Acesso em: 22 jul. 2023

DELAPIEVE, Thales. O STF e a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Revista Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: <https://www.RevistaConsultorJuridico.com.br/2023-mai-14/stf-abstrativizacao-controle-difuso-constitucionalidade>. Acesso em: 08 out. de 2023.

DERZI, Misabel de Abreu Machado *et al.* Coisa Julgada Tributária com Eficácia Prospectiva e as Questões Constitucionais Discutidas nos Temas 881 e 885 do STF, 2022. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (coord). **XVII Congresso Nacional de Estudos Tributários**: pelo século de tradição. 1. ed. São Paulo: IBET, 2021. p. 1167- 1192. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2022/11/Misabel-de-Abreu-Machado-Derzi-Valter-de-Souza-Lobato-e-Tiago-Conde-Teixeira.pdf>. Acesso em: 07 out. 2023

FROTA, Felipe Moreira. **A Coisa Julgada em Matéria Tributária: Estudo Acerca de sua Eficácia no Tempo e seu Desdobramento nas Ações Declaratórias**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29806>. Acesso em: 07 out. 2023.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. É preciso modular a modulação de efeitos? Reflexões sobre um desvirtuamento. **Revista Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.RevistaConsultorJuridico.com.br/2021-jun-19/artx-observatorio-constitucional-preciso-modular-modulacao-efeitos-reflexoes-desvirtuamento>. Acesso em: 1 jun. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 2**: teoria geral das obrigações. 1 Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 178

GRILLO, Fabio Artigas *et al.* A força da coisa julgada aos olhos do STF: jogando luz sobre o tema. **Revista Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: <https://www.Revista Consultor Jurídico.com.br/2023-jun-29/opinio-ao-jogando-luz-tema-coisa-julgada> . Acesso em 07 out. 2023.

LYNCH, Maria Antonieta. Da cláusula rebus sic stantibus à onerosidade excessiva. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 184 (out./dez. 2009). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194943/000881699.pdf?sequence=3&isAllowed=y> . Acesso em: 22 jul. 2023.

MARQUES, Gilson *et al.* **Projeto de Leiº de fevereiro de 2023**. Institui o Programa Especial de Regularização Tributária do Fim da Coisa Julgada junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2235317&filename=PL%20512/. Acesso em: 07 ago. 2023.

MARQUES, Renata Elaine Silva Ricetti. A coisa julgada no tempo e a decisão do STF no Tema 881. **Revista Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: <https://www.Revista Consultor Jurídico.com.br/2023-mar-03/renata-marques-coisa-julgada-tempo-decisao-stf> . Acesso em: 1 jun. 2023.

MENDES, Gabriel. F. A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 11, 2016. DOI: 10.22456/0104-6594.69739. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/69739>. Acesso em: 12 out. 2023.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Judicial review: O “Big Bang”. **Migalhas**, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343947/judicial-review-o-big-bang>. Acesso em: 3 jun. 2023.

SOUZA NETO, Jurandi Ferreira de. A teoria do Controle de Constitucionalidade em Kelsen. **Jus**, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27461/a-teoria-do-controle-de-constitucionalidade-em-kelsen> . Acesso em: 08 out. 2023

STRECK, Lenio Luiz. Uma (nova) reflexão sobre a coisa julgada no Supremo Tribunal Federal. **Revista Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: <https://www.Revista Consultor Jurídico.com.br/2023-mar-30/senso-incomum-reflexao-coisa-julgada-recente-julgado-stf> . Acesso em: 07 out. 2023.

ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. *In: Doutrina: edição comemorativa de 15 anos*. Obra lançada em comemoração aos 15 anos do STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacao-institucional/index.php/Dout15anos/article/view/3666/3755> . Acesso em: 7 out. 2023



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



Data de recebimento: 15/11/2023

Data de aceite: 30/11/2023

.....

A ADESÃO DAS MOEDAS DIGITAIS E A TRIBUTAÇÃO DAS MOEDAS VIRTUAIS NO BRASIL

.....

*ACCESSION OF DIGITAL CURRENCIES AND TAXATION OF
VIRTUAL CURRENCIES IN BRAZIL*

Thamiris da Silva Frazão¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Algumas perspectivas sobre a moeda; 2. Delimitações conceituais e jurídicas sobre as moedas digitais; 3. A tributação das moedas virtuais e o imposto de renda; 4. A Instrução Normativa nº 1.899/2019 e o poder regulamentar da Receita Federal; 5. Conclusão; Referências.

1 - Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Graduada em Letras - Português/Literaturas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ (2017). Especialização em Língua Portuguesa pelo Liceu Literário Português (2023). E-mail: thamirismca@gmail.com .



RESUMO: Este artigo discorre sobre o contexto de adoção das moedas digitais no Brasil, as conceituações, as classificações e a tributação, com o intuito de promover uma reflexão sobre os impactos da tecnologia monetária em diferentes ramos do conhecimento, principalmente, no âmbito jurídico. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, que utiliza como fontes referências bibliográficas e dogmáticas. Nesse sentido, recorreu-se à perspectiva de Gustavo Franco (2020), sobre as inovações das tecnologias monetárias da contemporaneidade, e à concepção crítica de Cristiano Cozer (2006) sobre a ideologia da neutralidade do uso da moeda. Em seguida, foram apresentadas as classificações das moedas digitais elaboradas por instituições, pesquisadores e legislações. Nesse âmbito, apresentou-se também algumas normas brasileiras que legitimam a tributação das moedas virtuais, recorrendo-se à Constituição de 1988, ao Código Tributário Nacional e às demais legislações tributárias sobre o imposto de renda pago por pessoas físicas ou jurídicas. A atuação do órgão administrativo na concretização dessas normas também foi abordada, considerando a relevância do poder regulamentar para a administração tributária. Desse modo, esse recorte permitiu a constatação de que as mudanças promovidas pelas tecnologias monetárias no plano fático têm efeitos no plano jurídico, ainda que as moedas virtuais não sejam emitidas por governos soberanos.

PALAVRAS-CHAVE: moedas digitais. Moedas virtuais. Tributação. Imposto de Renda. Poder regulamentar.

ABSTRACT: *This article discusses the context of adoption, conceptualizations, classifications and taxation of digital currencies with the aim of promoting reflections on the impacts of monetary technology on different branches of knowledge, mainly in the legal sphere. This is qualitative research, which uses bibliographic references and legislation as sources. In this sense, we draw on Gustavo Franco's (2020) perspective on the innovations of contemporary monetary technologies and Cristiano Cozer's (2006) critical conception of the ideology of neutrality in the use of currency. In this sense, we draw on Gustavo Franco's (2020) perspective on the innovations of contemporary monetary technologies and Cristiano Cozer's (2006) critical conception of the ideology of neutrality in the use of currency. Then, the classifications of digital currencies prepared by institutions, researchers and legislation were presented. Some Brazilian standards that legitimize the taxation of virtual currencies were also highlighted, using the 1988 Constitution, the National Tax Code and other tax legislation on income tax - personal income tax and corporate income tax. The role of the administrative body in implementing these standards was also highlighted, considering the relevance of regulatory power for tax administration. So, this text concluded that the changes promoted by monetary technologies have effects on a legal level, even though virtual currencies are not issued by sovereign governments.*

KEYWORDS: *digital currencies. Virtual currencies. Taxation. Income tax. Regulatory power.*

INTRODUÇÃO

As transformações tecnológicas acarretam mudanças em diferentes ramos. Recentemente, um desses efeitos pode ser observado no contexto de utilização das moedas virtuais, que gera impactos na política, na economia e na legislação. A partir disso, por meio de uma pesquisa bibliográfica e dogmática, a proposta deste artigo é discorrer sobre os aspectos conceituais, jurídicos, críticos e tributários em relação ao uso das moedas virtuais no Brasil.

Nesse sentido, a discussão proposta foi dividida em quatro partes. Num primeiro momento, recorreu-se a algumas noções referentes à tecnologia monetária e a sua característica de acumulação no curso do tempo. Em seguida, foram abordadas algumas perspectivas críticas, como a ideologia de “neutralidade” atribuída ao uso do recurso, para apontar que a moeda é produto de relações sociais. Num segundo momento, apresenta-se as diferenciações conceituais entre os termos moedas digitais, moedas virtuais e moedas eletrônicas, com o objetivo de demonstrar como os conceitos são capazes de auxiliar a contextualização do tratamento diferenciado que as moedas podem receber diante de determinações econômicas e legislativas, por exemplo.

Num terceiro momento, recorreu-se às leis gerais e específicas de matéria tributária para evidenciar de que maneira as diversas normas no ordenamento jurídico brasileiro legitimam a tributação das moedas virtuais a título de imposto de renda. Nessa perspectiva, também teceu-se alguns comentários sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física – IRPF e sobre o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ.

Por fim, no quarto eixo, foram abordados debates doutrinários sobre o princípio da legalidade e do poder regulamentar da Receita Federal. O intuito foi pontuar quais aspectos legitimam os atos normativos emitidos pelas autoridades administrativas e quais são os efeitos disso na vida dos contribuintes que utilizam as moedas virtuais.

Partindo desse recorte, defende-se neste artigo que as moedas digitais representam uma inovação monetária. Diante disso, pretendeu-se promover aqui reflexões críticas sobre o uso desse recurso e sobre os efeitos das transações com moedas virtuais na administração tributária e na vida do contribuinte.

1. ALGUMAS PERSPECTIVAS SOBRE A MOEDA

A moeda pode ser definida como “peça, geralmente de metal, cunhada por autoridade soberana e representativa de valor dos objetos que por ela se trocam” (CUNHA, 2010, p. 432). No plano etimológico, é possível encontrar filiação dessa palavra a termos do latim do século XIII e do francês. Esses dados conduzem à percepção de que a moeda foi objeto de diferentes usos e serviu para promover a inovação e a criatividade dos indivíduos nas transações comerciais em distintos contextos temporais e sociais.

Segundo Gustavo Franco (2020), as tecnologias monetárias da contemporaneidade são influenciadas pelas tecnologias do passado. Por conseguinte, as transformações das moedas possuem o atributo da acumulação – essa característica abarca a noção de que as transformações no ramo monetário carregam elementos do passado no presente, assim como no instante da inovação.

Ao longo de décadas, de 1933 a 2013, a moeda mercadoria foi caindo em desuso, enquan-

to a moeda fiduciária passou a ser utilizada, conforme Gustavo Franco (2020). A diferenciação entre os dois tipos pode ser estabelecida da seguinte maneira: a moeda mercadoria vincula-se à materialidade, e a moeda fiduciária vincula-se à abstração e à representação de algo. Desse modo, essa última é produto da criatividade humana.

Atualmente, as moedas são utilizadas como meio de troca (isto é, intermediadora de trocas); como unidade de conta (atributo abstrato com valor econômico); e como reserva de valor, de acordo com Cristiano Cozer (2006). Além de compreender essas funções, torna-se essencial sublinhar o debate crítico sobre os usos próprios desse recurso.

Seguindo os apontamentos realizados por Cristiano Cozer (2006), deve-se destacar que os estudos da economia *mainstream* podem ser vistos como tendenciosos, ao abordarem a técnica e a política monetária pela perspectiva da neutralidade. Para o autor (2006), um dos modelos econômicos que propagam essa ideia é o neoclássico. Inclusive, a gestão da moeda de forma neutra pode ser vista como uma ideologia, tendo em vista que oculta a percepção de que a administração da moeda pode ser realizada com o objetivo de obter resultados eficientes em consonância com variáveis específicas do âmbito da economia; ademais, nessa escolha, oculta-se também as diferentes atuações de agentes econômicos diante da repartição das riquezas.

A escola neoclássica de economia teve como principal representante Alfred Marshall, com a publicação do livro *Princípios de Economia* (1890), que apresenta sínteses das concepções da economia política e das compreensões da Teoria Marginalista. O principal assunto tratado no livro foi o da predisposição natural ao equilíbrio. Em resumo,

as forças do mercado distribuíram os recursos da melhor maneira possível entre os diversos usos alternativos. Daí o conceito de distribuição de renda baseado na justiça natural. Isto é, a contribuição dos trabalhadores para a produção se refletiria nos salários, enquanto que a contribuição do capital para a produção estaria nos lucros. Isso seria justo, direito e natural. (ROBINSON, 1982 *apud* SECURATO, 2008, p.37).

Cristiano Cozer (2006) discorre sobre as percepções monetárias da economia neoclássica, afirmando que essa vertente considera a neutralidade da moeda e, por isso, tal a abordagem compreende que a moeda não produziria desigualdades sociais, mas apenas representaria essas disparidades. Apesar disso, o referido jurista salienta que as relações entre diferentes tipos de agentes institucionais permitem a continuidade de desigualdades por meio da distribuição de bens, considerando que as relações de poder e de desigualdades, são intrínsecas ao uso da moeda.

O tratamento pelo prisma crítico auxilia nas reflexões sobre o surgimento das moedas digitais e sobre o crescimento do seu uso, na medida em que elas assumem notoriamente um protagonismo diante da escolha para a realização de distintas transações. De acordo com Emília Campos (2018), o primeiro experimento para a criação desse tipo de recurso monetário aconteceu em 1998, com a *Bitgold*, criada por Nick Szabo. Apesar do pioneirismo, a tecnologia dessa moeda não impede a sua duplicação, o que só veio a ser resolvido com o surgimento do *Bitcoin*, criado por meio da tecnologia *blockchain*.

Alguns pesquisadores defendem que o surgimento das moedas digitais aconteceu em 2008. Nesse período, conforme comenta Emília Campos (2018), o banco *Lehman Brothers* faliu nos Estados Unidos, e isso desencadeou uma crise financeira, além de uma desconfiança nas ins-

tuições bancárias em diferentes países ao redor do mundo. A crise originou-se em 1988, quando os bancos começaram a emprestar dinheiro às pessoas, tomando suas casas como garantia, mesclando empréstimos de baixo e de alto risco. Essa mistura teria criado um pacote intitulado de “CDO”, ou seja, obrigações com garantias. O grande problema do oferecimento desenfreado desse “pacote” aconteceu quando os devedores não conseguiram cumprir com suas obrigações, gerando um efeito cascata. As consequências desse efeito foram a queda das Bolsas numa escala global e a necessidade de intervenção governamental na economia.

Durante a crise financeira de 2008, surgiu a figura de Satoshi Nakamoto, conhecido por ser o criador do *Bitcoin*. Segundo Emília Campos (2018), a tecnologia utilizada pelo *Bitcoin* permitiu a criação de um sistema monetário digital em que a figura do intermediador bancário fosse substituída por protocolos matemáticos pautados na criptografia. Inclusive, Campos (2018) evidencia ideais libertários no plano de fundo do desenvolvimento do *Bitcoin*, como as propagadas pelo movimento dos *Cypherpunks*, que defendiam perspectivas filosóficas sobre liberdade e individualidade em ambientes digitais.

O uso das moedas virtuais impactou o sistema financeiro. Diversos países no mundo, preocupados em garantir sua soberania, começaram a criar as suas próprias moedas digitais, que eram emitidas pelo Banco Central de cada localidade com representação no mundo digital. Nesse contexto, de acordo com Andressa Fernandes *et al.* (2023), no ano de 2014, o Banco Central da China começou a realizar pesquisas para a implementação da moeda fiduciária chinesa. No ano de 2016, o *Digital Currency Research Institute* foi instituído com o intuito de implementar o *Yuan digital* - CBDC do país. No mesmo sentido, e a partir da atuação estatal, em Bahamas, no ano de 2020, emitiu-se o *Sand Dollar*; o que fez do país o primeiro a adotar oficialmente uma moeda digital emitida por seu Banco Central.

A criação das moedas digitais promoveu diferentes impactos na sociedade, na política, na economia e no mundo jurídico. Por conseguinte, um dos produtos dessa invenção foi a arbitragem de moedas digitais que, conforme a definição feita por Thiago Medaglia e Eric Visini, “[...] nada mais é do que o processo de compra e venda dessas moedas de forma simultânea, em diferentes mercados, de sorte a auferir lucro com a combinação de operações” (2018, p. 915).

Por fim, as mudanças e as possibilidades comerciais promovidas pelas tecnologias monetárias acarretam demandas por pesquisas capazes de compreendê-las e de defini-las.

2. DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS E JURÍDICAS SOBRE AS MOEDAS DIGITAIS

Delimitar os conceitos de moedas digitais permite aprofundar as pesquisas sobre a temática. Esse olhar corrobora os entendimentos de Andressa Torquato e Annalice Figueira (2021), quando afirmam que classificar as moedas digitais serve à compreensão de cada conceito, à homogeneização dessas definições e à criação de regulamentações para necessidades específicas.

Partindo da constatação da importância das classificações, recorre-se ao artigo *City coins: análise dos aspectos constitucionais e legais para a sua implementação nas cidades brasileiras* (2022), de Andressa Torquato e Annalice Figueira. Nesse texto aponta-se que o Banco Central Europeu classifica a moeda digital como um gênero que possui duas espécies: a moeda virtual e a moeda eletrônica. Nesse sentido, o Banco Central do Brasil adota a mesma subdivisão nos seguintes termos:

O BANCO CENTRAL DO BRASIL esclarece, inicialmente, que as chamadas moedas virtuais não se confundem com a “moeda eletrônica” de que tratam a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação infralegal. Moedas eletrônicas, conforme disciplinadas por esses atos normativos, são recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento denominada em moeda nacional. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais possuem forma própria de denominação, ou seja, são denominadas em unidade de conta distinta das moedas emitidas por governos soberanos, e não se caracterizam dispositivo ou sistema eletrônico para armazenamento em reais. (apud TORQUATO; Andressa e FIGUEIRA, Annalice, 2021, p.1.507)

Enquanto a moeda virtual não corresponde à unidade de conta das moedas emitidas pelo Estado, a moeda eletrônica é a representação, em meios digitais, da moeda fiduciária, a qual preserva o vínculo com a moeda tradicional.

Outra classificação elaborada pelo Banco Central Europeu ajuda a diferenciar as moedas virtuais e os seus diferentes usos. Nessa categorização, as moedas virtuais se subdividem em:

(i) *Closed virtual currency schemes*: Esses esquemas quase não têm vínculo com a economia real e às vezes são chamados de esquemas “*in-game only*”. Os usuários geralmente pagam uma taxa de assinatura e, em seguida, ganham dinheiro virtual com base no desempenho *on-line*. A moeda virtual só pode ser gasta comprando bens e serviços virtuais oferecidos na comunidade virtual e, pelo menos em teoria, não pode ser negociada fora da comunidade virtual.

(ii) *Virtual currency schemes with unidirectional flow*: A moeda virtual pode ser comprada diretamente usando moeda real a uma taxa de câmbio específica, mas não pode ser trocada de volta para a moeda original. As condições de conversão são estabelecidas pelo proprietário do esquema. Os esquemas do tipo 2 permitem que a moeda seja usada para comprar bens e serviços virtuais, mas alguns também podem permitir que suas moedas sejam usadas para comprar bens e serviços reais. Ex: *Facebook Credits*.

(iii) *Virtual currency schemes with bidirectional flow*: Os usuários podem comprar e vender dinheiro virtual de acordo com as taxas de câmbio com sua moeda. A moeda virtual é semelhante a qualquer outra moeda conversível em relação à sua interoperabilidade com o mundo real. Esses esquemas permitem a compra de bens e serviços virtuais e reais. Ex: *Bitcoin*. (apud TORQUATO; Andressa e FIGUEIRA, Annalice, 2021, p.1.507)

A partir dessa categorização, é possível encontrar os seguintes tipos de moedas virtuais: as que só podem realizar transações no mundo virtual; as que podem ser compradas como moedas fiduciárias por meio da utilização da taxa de câmbio, mas que não podem ser convertidas em moeda real; e as moedas que permitem a compra e a venda de dinheiro virtual seguindo as taxas de câmbio.

Partindo do pressuposto de que a moeda eletrônica é a moeda emitida pelo Banco Central com representação digital da moeda fiduciária, André Carvalho e Vitor Otoni (2023) afirmaram que a primeira, também denominada de CBDC, equivale à segunda na modalidade digital. Segundo os autores, no Brasil, o real digital é a CBDC, que pode ser utilizada como meio de troca e possui unidade de conta e reserva de valor.

O ato normativo que contribuiu de forma significativa com a análise sobre o real digital foi a Portaria nº 108.092/20, que determina o seguinte:

Art. 1º Fica constituído Grupo de Trabalho Interdepartamental (GTI), de natureza consultiva, para realizar estudo sobre eventual emissão de moeda digital pelo Banco Central do Brasil.

Art. 2º O estudo a ser realizado pelo GTI deverá levar em conta as seguintes diretrizes, referências ou finalidades: I – iniciativas de emissão de moedas digitais por bancos centrais; II - desafios de emissão de moeda digital pelo Banco Central do Brasil; III - benefícios para a sociedade; IV - avaliação de modelos de emissão de moeda digital no contexto de pagamentos digitais do país, especialmente após o pleno funcionamento do arranjo de pagamentos instantâneos instituído pelo Banco Central do Brasil (Pix); V - proposição de modelo de emissão de moeda digital, com identificação de riscos, incluindo a segurança cibernética, a proteção de dados e a aderência normativa e regulatória; VI - análise de impactos do modelo proposto sobre a inclusão financeira, a estabilidade financeira e a condução das políticas monetária e econômica. (BRASIL, Portaria nº 108.092/20).

Segundo Andressa Fernandes *et al.* (2023), a portaria supracitada, do Banco Central do Brasil, ao criar o grupo de trabalho, possibilitou a discussão sobre a emissão do Real Digital. As autoras afirmam que foram divulgadas algumas diretrizes do Banco Central, com o objetivo de demonstrar que a emissão da moeda digital promove a eficiência do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro. Nessa perspectiva, eles também constataram que o intuito da CBDC é tornar o sistema financeiro mais eficiente, considerando as transações realizadas no mundo digital.

A evidenciação sobre os diferentes conceitos de moeda – digital, virtual, eletrônica – pode auxiliar na compreensão dos distintos tratamentos dados a cada uma dessas categorias na economia, na política e na legislação. Por exemplo, as moedas virtuais são emitidas por entes privados, e o ordenamento jurídico brasileiro as recepciona, no âmbito do Código Civil, por meio da liberdade contratual. No ramo do Direito Constitucional, as moedas virtuais são resguardadas pelos princípios da livre iniciativa e da liberdade associativa. Em contrapartida, a emissão de moedas fiduciárias é de competência exclusiva da União, conforme o art. 21, VII, da Carta Magna.

As definições de moedas digitais conduzem a aspectos da Lei nº 4.478/2022, que traz diretrizes e regula as prestadoras de serviços de ativos virtuais no contexto brasileiro. Ademais, a legislação positivou a definição de ativo virtual, cujo conceito é explicado no artigo 3º, da lei citada, da seguinte forma: “Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento”. (BRASIL, Lei nº 4.478/2022).

Outra delimitação semântica trazida pela Lei nº 4.478/2022 se refere ao termo *exchanges*. Conforme o artigo 5º:

Art. 5º Considera-se prestadora de serviços de ativos virtuais a pessoa jurídica que executa, em nome de terceiros, pelo menos um dos serviços de ativos virtuais, entendidos como: I - troca entre ativos virtuais e moeda nacional ou moeda estrangeira; II - troca entre um ou mais ativos virtuais; III - transferência de ativos virtuais; IV - custódia ou administração de ativos virtuais ou de instrumentos que possibilitem controle sobre ativos virtuais; ou V - participação em serviços financeiros e prestação de serviços relacionados à oferta por um emissor ou venda de ativos virtuais. (BRASIL, Lei nº 4.478/2022)

Apesar dessas definições dogmáticas, André Carvalho e Vitor Otoni (2023), por exemplo, entendem o criptoativo pela sua utilidade econômica (meio de troca ou de pagamento, investimento, obtenção de serviços, investimento e pagamento ao mesmo tempo).

Nessa esteira, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) delimitou sua atuação no mercado de capitais diante de operações com criptoativos. Esse delineamento decorre do exercício de uma de suas funções. Para Marlon Tomazette (2017), a autarquia tem as seguintes funções: consultiva (emissão de pareceres); fiscalizadora (aplicação de sanções previstas aos participantes do mercado de capitais); registrária (registro de sociedades abertas e de instituições que transacionam valores mobiliários); e fomentativa (ações desenvolvidoras do mercado de capitais e regulamentar).

Acerca da sua função consultiva, a autarquia emitiu o *Parecer de Orientação CVM nº40*, que trata da temática dos criptoativos. Por meio desse documento, a CVM compreende os criptoativos como *tokens* que são, por sua, subdivididos em: *token* de pagamento (equivale às funções da moeda); *token* de utilidade (equivale ao recurso para utilização de produtos e serviços); e *token* referenciado a ativo (equivale aos diferentes ativos tangíveis ou não tangíveis).

Ademais, no parecer supracitado, menciona-se que a determinação do valor mobiliário pode ser feita por meio do artigo 2º, da Lei nº 6.385/76, nos rols taxativo (incisos I a VIII) e exemplificativo (inciso IX). Apesar disso, compreende-se a partir dessa normativa que o *token* referenciado a ativo, por um lado, pode ser considerado como valor mobiliário, e, por outro lado, como um valor mobiliário. Essa consideração, ou essa desconsideração contrastante, se relaciona com os direitos concedidos aos titulares dos *tokens*.

A abordagem taxonômica das moedas no mundo digital também promove o debate sobre a possibilidade jurídica do uso de criptoativos para pagar tributos. Em *A extinção de créditos tributários por meio de criptoativos*, Andressa Fernandes e Annalice Baldini (no prelo) mencionam que, em alguns países, é possível pagar tributos por meio de criptoativos, o que ainda não inclui o Brasil. As pesquisadoras afirmam que o artigo 156, do Código Tributário Nacional, é alvo de debates doutrinários. Uma das perspectivas da questão controvertida suscitada pelo dispositivo entende que o rol desse artigo é exemplificativo, por isso, permite a criação de outras formas de extinção do crédito tributário. Nessa concepção, constata-se que não existe empecilho constitucional para que os entes federativos criem hipóteses de extinção do crédito tributário por meio de criptoativos, desde que tais hipóteses estejam em consonância com o arranjo constitucional acerca das competências tributárias.

As classificações e as definições das moedas atreladas a algumas perspectivas jurídicas permitem ratificar a importância dos conceitos para se compreender as inovações da tecnologia monetária e os seus efeitos.

3. A TRIBUTAÇÃO DAS MOEDAS VIRTUAIS E O IMPOSTO DE RENDA

As moedas virtuais podem ser tributadas com base nas legislações relativas ao Imposto de Renda (IR) e nas diversas positivações presentes no ordenamento jurídico brasileiro que fundamentam essa tributação. A Constituição de 1988 determina que a competência para instituir o imposto de renda é da União (art.153, inciso III) e, desse modo, delibera que lei complementar

deve dispor sobre as normas gerais de matéria tributária (art. 146, inciso III). A lei complementar é o Código Tributário Nacional (CTN), que trata do Imposto de Renda (IR) e estabelece que a concretização da hipótese de incidência é a obtenção de valor econômico ou jurídico de renda ou de proventos. Nesse sentido,

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo (BRASIL, Lei nº 5.172/1966).

O artigo 43, do CTN, dispõe sobre o imposto de renda de forma ampla, contemplando o Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF) e o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ). Ademais, o artigo 153, § 2º, inciso I, da Carta Magna, determina que essa espécie tributária deve ser regida pelos princípios da generalidade, da universalidade e da progressividade. Para Hugo de Brito (2019), o princípio da generalidade determina o tratamento igualitário entre os patrimônios, e não se confunde com o princípio da isonomia. Já o princípio da universalidade estabelece que a tributação deve considerar todo o patrimônio como unidade, isto é, a origem de cada bem não importa. O princípio da progressividade, por fim, serve como instrumento de justiça fiscal e determina o aumento das alíquotas em consonância com o aumento da base de cálculo.

Alguns conceitos são indispensáveis à compreensão acerca das regras sobre o imposto de renda. Nesse sentido, deve-se apresentar algumas definições importantes, como as de disponibilidade econômica e de disponibilidade jurídica. Conforme Kiyoshi Harada:

A disponibilidade econômica consiste no acréscimo patrimonial decorrente de uma situação de fato, ocorrendo no instante em que se verifiquem as circunstâncias necessárias a que produza esse efeito (art. 116, I, do CTN), ao passo que, a disponibilidade jurídica consiste no direito de usar, por qualquer forma, da renda e dos proventos definitivamente constituídos nos termos do direito aplicável (art. 116, II, do CTN). (*apud* SABBAG, 2021, p. 1475).

Nesse rol, inclui-se também o conceito de patrimônio, que, conforme define Sabbag (2021), é o agrupamento de direitos e de obrigações, que pode abarcar os direitos pessoais e os direitos intelectuais.

Retomando as considerações do Código Tributário Nacional, que aborda de maneira ampla o imposto de renda, sublinha-se que essa lei complementar pode ser aplicada tanto ao IRPF (Imposto de Renda da Pessoa Física) quanto ao IRPJ (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica). Apesar disso, a tributação da pessoa física e da pessoa jurídica tem alguns elementos distintos, e isso demanda o tratamento de alguns aspectos específicos no que diz respeito a um e outro.

O Imposto de Renda da Pessoa Física tem três regimes de tributação: o regime de tributação anual; o regime de tributação exclusiva na fonte; e o regime de tributação definitiva. No primeiro caso, a apuração do imposto é realizada anualmente, considerando os rendimentos do ano-calendário (período da ocorrência do fato gerador); inclusive, nesse período, o contribuinte pode antecipar o pagamento do imposto mensalmente. No segundo caso, os rendimentos recebidos pelo sujeito passivo não integram a base de cálculo no regime de tributação anual, e a fonte pagadora tem o dever de reter o imposto. Por último, no regime de tributação definitiva, o imposto também não integra a base de cálculo no regime de apuração anual, mas a obrigação de realizar o recolhimento dessa espécie de tributo é do contribuinte.

Esses três regimes de tributação não são sinônimos do termo retenção. A retenção pode ser antecipada ou pode ser exclusiva na fonte. Além disso, independentemente do regime de tributação adotado, todos os rendimentos devem ser comunicados pelo contribuinte à Receita Federal na DIRPF (Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física) ou na DAA (Declaração de Ajuste Anual).

O conceito legislativo de rendimento bruto – cuja definição é extraída da legislação tributária – também é importante na fundamentação jurídica da tributação de moedas virtuais, uma vez que o fato gerador do IRPF é o rendimento bruto, conforme se pode verificar no artigo 3º da Lei nº 7.713/1988:

Art. 3º - O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei [...]

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

§ 3º Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

§ 4º A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título. (BRASIL, Lei nº 7.713/1988).

O artigo 3º, da Lei nº 7.713/1988, determina que o rendimento bruto deve englobar os proventos de qualquer natureza e o produto do capital e do trabalho. A partir dessa determinação, constata-se que a definição de rendimento bruto abrange o ganho de capital, ou seja, abrange os valores obtidos em decorrência da alienação e da compra de bens em que a subtração dos valores envolvidos na transação não gere saldo negativo.

O artigo 21, da Lei nº 8.981/1995, estipula que o ganho de capital da pessoa física que

teve como causa a alienação de bens e de direitos tem a incidência em diferentes alíquotas, conforme os valores obtidos na transação. Também determina que: “§ 2º Os ganhos a que se refere este artigo serão apurados e tributados em separado e não integrarão a base de cálculo do Imposto de Renda na declaração de ajuste anual, e o imposto pago não poderá ser deduzido do devido na declaração” (BRASIL, Lei nº 8.981/1995).

A legislação tributária prevê a tributação do IRPF em razão do acréscimo patrimonial obtido em operações que envolvem criptomoedas. Em contrapartida, a lei também prevê a isenção, espécie de benefício que torna desnecessário o pagamento em decorrência de previsão legal. De acordo com o artigo 22, da Lei nº 9.250/95:

Art. 22. Fica isento do imposto de renda o ganho de capital auferido na alienação de bens e direitos de pequeno valor, cujo preço unitário de alienação, no mês em que esta se realizar, seja igual ou inferior a: I - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), no caso de alienação de ações negociadas no mercado de balcão; II - R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), nos demais casos.

Parágrafo único. No caso de alienação de diversos bens ou direitos da mesma natureza, será considerado, para os efeitos deste artigo, o valor do conjunto dos bens alienados no mês (BRASIL, Lei nº 9.250/95).

De acordo com o artigo 22, da Lei 9.250/95, permite-se que o sujeito passivo do IRPF fique isento do pagamento do ganho de capital na alienação de bens e de direitos em que as transferências de valores respeitem os limites legais. Desse modo, a lei determina o valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais) para as transações no mercado de balcão e R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) para os outros casos. Ademais, quando diferentes bens e direitos forem alienados no mesmo mês, deve-se considerar o valor total de todos os bens alienados para aplicar a isenção ou não.

O Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) tem como fato gerador o aumento do patrimônio, que pode ser auferido por meio do lucro. O IRPJ tem a base de cálculo conferida pelo montante real, pelo arbitrado ou presumido da renda ou dos proventos, conforme o artigo 44, do CTN, e o artigo 26 da Lei nº 8.981/95. Ademais, o Decreto nº 9.580/2018 também regulamenta o imposto de renda, além de delimitar o que é integrado à base de cálculo do IR. Nesse sentido,

Art. 210. A base de cálculo do imposto sobre a renda, determinada segundo a lei vigente à data de ocorrência do fato gerador, é o lucro real, presumido ou arbitrado, correspondente ao período de apuração.

§ 1º Integram a base de cálculo todos os ganhos e os rendimentos de capital, independentemente da denominação que lhes seja dada, da natureza, da espécie ou da existência de título ou contrato escrito, bastando que decorram de ato ou negócio que, pela sua finalidade, tenha os mesmos efeitos daquele previsto na norma específica de incidência do imposto sobre a renda.

§ 2º A incidência do imposto sobre a renda independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, da condição jurídica ou da nacionalidade da fonte, da sua origem e da sua forma de percepção. (BRASIL, Decreto nº 9.580/2018)

Os regimes tributários do IRPJ se diferenciam na análise da base de cálculo. A base de

cálculo do lucro real é pautada no lucro líquido – artigo 6º, do Decreto-lei 1.598/77. Inclusive, o ganho ou a perda de capital no lucro real é determinada segundo o disposto no artigo 31:

Art. 31. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4o), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível. (BRASIL, Decreto-lei 1.598/77).

No montante presumido, a base de cálculo considera a receita bruta conjuntamente com os valores percentuais disponibilizados nas legislações e nas tabelas, que variam conforme os faturamentos das empresas. No que se refere à consideração da base de cálculo no montante arbitrado, ela é realizada pela autoridade tributária quando a empresa não apresenta as condições necessárias para a prestação de contas nos outros regimes disponíveis. Cabe ressaltar que a isenção do artigo 22, da Lei 9.250/95, não se aplica ao IRPJ.

Ao tratarem de aspectos tributários na venda de moedas virtuais, Thiago Medaglia e Eric Visini (2018) afirmam que a tributação está relacionada com as atividades desenvolvidas pelo sujeito passivo. Acrescentam que aqueles que realizam as negociações de ativos financeiros devem tratar os resultados obtidos nas transações como operacionais – ativo circulante; e aqueles que realizam operações com ativos financeiros como investimentos devem tratá-los como ativos não circulantes, desse modo, a tributação é realizada no ganho de capital registrado. Inclusive, os optantes pelo regime de lucro real terão tributados o valor positivo obtido pela subtração entre a venda e o custo da aquisição no caso do IRPJ.

A exposição das regras do imposto de renda e da tributação das moedas virtuais teve o intuito de evidenciar que, embora as moedas virtuais não sejam emitidas por governos soberanos, a sua utilização pode gerar efeitos no plano fático e no plano jurídico, permitindo a intervenção estatal e a tributação, como no caso do acréscimo patrimonial.

Outro aspecto importante sobre a tecnologia monetária é que as inovações encontram fundamentações legais para a tributação no ordenamento jurídico. Entretanto, não se deve perder de vista que o recolhimento de valores a título de imposto renda retira bens do contribuinte, ainda que o Estado precise desses recursos. Nesse sentido, é necessário que a cobrança do imposto seja feita sem exageros, de modo que o contribuinte tenha o mínimo existencial e a dignidade assegurada, e que as pessoas jurídicas consigam a sua liberdade econômica, conforme Hugo de Brito Segundo (2019).

4. A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1.899/2019 E O PODER REGULAMENTAR DA RECEITA FEDERAL

A Instrução Normativa RFB nº 1.899/2019 decorre do poder regulamentar, servindo de apoio à gestão pública e à implementação da legislação tributária. Partindo dessa constatação, este tópico tem o intuito de abordar questões dogmáticas e doutrinárias para evidenciar as contribuições da Instrução Normativa na concretização de mandamentos normativos. Além disso, comenta-se sobre alguns artigos da IN RFB Nº 1.899/2019, a qual determina a obrigação de prestar informações sobre as operações que envolvam criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

O ponto de partida deve ser por meio do princípio da legalidade, sobre a qual a *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988) apresenta uma acepção genérica, nos seguintes termos: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II). Diferente dessa generalidade, o princípio da legalidade tributária é singular por ser uma garantia destinada aos contribuintes contra possíveis excessos cometidos pelo Estado no exercício do poder de tributar. A Carta Magna prevê o princípio da legalidade tributária no artigo 150, inciso I - “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça” (BRASIL, 1988).

O Código Tributário Nacional corrobora os mandamentos constitucionais e determina quais são os elementos necessários à instituição do tributo, sob pena de violação ao princípio da legalidade tributária.

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: I - a instituição de tributos, ou a sua extinção; II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo; IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo. (BRASIL, Lei nº 5.172/1966)

O artigo 97, do CTN, concretiza o princípio da tipicidade e o subprincípio da reserva da lei. Essa consubstanciação decorre da exigência de que a lei tributária deve prever todos os elementos exigidos para a instituição do tributo. Uma melhor elucidação acerca do princípio da legalidade pode ser obtida por meio das perspectivas de Leandro Paulsen (2020), ao afirmar que:

A lei deve conter as referências necessárias, em quantidade e densidade, para garantir a certeza do direito. Deve poder ser possível determinar, com suporte na própria lei, os aspectos da norma tributária impositiva, de modo que o contribuinte conheça os efeitos tributários dos atos que praticar ou posições jurídicas que assumir, independentemente de complementação de cunho normativo por parte do Executivo, ainda que a título de regulamentos *intra legem* (PAULSEN, Leandro; 2020, *Ebook*).

Os apontamentos do magistrado podem ser relacionados aos debates atinentes à possibilidade de o legislador utilizar ou não os conceitos indeterminados para obter como resultado a flexibilização de atos. Em síntese, as duas concepções divergentes são marcadas, por um lado, pelos entendimentos de Alberto Xavier e, por outro lado, pelos entendimentos de Ricardo Lobo Torres. O posicionamento de Alberto Xavier entende que a lei tributária deve ser taxativa; essa posição tem influência na doutrina de Direito Tributário de São Paulo. Em oposição à perspectiva dele, existe a de Ricardo Lobo Torres, que influencia a doutrina de Direito Tributário do

Rio de Janeiro, segundo a qual, “o princípio da tipicidade tributária é um corolário do princípio da legalidade e, como tal, se subordina à idéia de segurança jurídica. Mas se abre sempre para a ponderação com o princípio da capacidade contributiva e outros vinculados à ideia de justiça” (2004, p. 226). As apreciações realizadas por Ricardo Lobo Torres permitem reconhecer que a linguagem humana é imprecisa, o que impossibilita que a comunicação seja sempre exata entre o legislador e o intérprete. Desse modo, a imprecisão da linguagem humana impediria a existência de um sistema tributário excessivamente fechado.

Discorrer sobre o poder regulamentar ou o poder normativo é essencial à compreensão da importância da Instrução Normativa RFB N° 1.899/2019 na administração tributária. Os atos normativos são fontes secundárias do Direito Tributário, e o poder regulamentar da Receita Federal do Brasil retira sua fundamentação do Código Tributário Nacional – “art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas” (BRASIL, Lei n° 5.172/1966). Apesar disso, o órgão administrativo deve servir de instrumento para a aplicação adequada e eficaz da lei, não podendo inovar o ordenamento jurídico.

Partindo das constatações sobre os adequados usos dos atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas em matéria tributária, cabe abordar alguns artigos da Instrução Normativa RFB N° 1.899/2019. O artigo 4° do referido documento determina que os valores devem ser convertidos em dólar ou em moeda nacional. Já o artigo 5° torna-se essencial, na medida em que estabelece os conceitos de criptoativo e de *exchange* de criptoativo:

Art. 5° Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal; e

II - *exchange* de criptoativo: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

Parágrafo único. Incluem-se no conceito de intermediação de operações realizadas com criptoativos, a disponibilização de ambientes para a realização das operações de compra e venda de criptoativo realizadas entre os próprios usuários de seus serviços. (BRASIL, IN RFB N°1.899/2019).

Andressa Torquato e Annalice Figueira (2022), ao analisarem a Instrução Normativa RFB N° 1.888/2018, com redação semelhante à da Instrução Normativa RFB N° 1.899/2019, afirmam que os conceitos dispostos no artigo 5° desta foram abordados amplamente e incluíram todas as formas de moedas virtuais, ou seja, contemplaram as moedas utilizadas como meio de pagamento, as moedas utilizadas para investimentos e os *tokens* de utilidade.

Na sequência, o artigo 6° elenca o rol daqueles que são obrigados a dispor dos dados da Receita Federal. Nesse sentido, esse artigo, em seu § 2°, discrimina as operações que envolvem os criptoativos, como a compra e a venda; a permuta; a doação; a doação em pagamento; entre outras operações.

No sentido da seleção dos trechos da normativa supracitada que mais interessam a esta discussão, destaca-se o artigo 10, que determina como penalidade a multa por prestação de informações inconsistente ou por ausência de prestação de informação. Conforme o dispositivo:

Art. 10. A pessoa física ou jurídica que deixar de prestar as informações a que estiver obrigada, nos termos do art. 6º, ou que prestá-las fora dos prazos fixados no art. 8º, ou que omitir informações ou prestar informações inexatas, incompletas ou incorretas, ficará sujeita às seguintes multas, conforme o caso. (BRASIL, IN RFB N°1.899/2019).

O artigo 10 também apresenta diferentes valores, conforme a infração cometida.

Por fim, os objetivos deste tópico foram apresentar algumas considerações sobre o princípio da legalidade tributária e mostrar a legitimidade do poder regulamentar na elaboração de atos normativos capazes de estabelecer deveres de condutas por parte do contribuinte, auxiliando na concretização de diferentes normas do ordenamento jurídico e na eficiência da administração tributária.

5. CONCLUSÃO

A discussão proposta neste artigo permitiu compreender que a tecnologia monetária esteve presente em diversos períodos históricos e, apesar das mudanças pelas quais passou ao longo do tempo, acaba refletindo traços do passado no presente e no instante da inovação. Dentre as mudanças no uso da moeda, a criação da moeda fiduciária promoveu a criatividade humana por ser uma moeda abstrata.

No escopo do tema escolhido, por meio das perspectivas de Cristiano Cozer, discorreu-se sobre a problemática da abordagem dos modelos econômicos que consideram o uso da moeda de forma neutra, sem implicações na promoção de desigualdades. Todavia, essa “neutralidade” se revela como ideológica, já que a moeda é produto da relação social e, por isso, já que está atrelada às relações de poder. Desse modo, as interações entre os agentes institucionais podem promover a continuidade das desigualdades sociais.

Adiante, a seção que tratou dos agentes institucionais trouxe um olhar sobre a responsabilidade dos bancos como um dos causadores da crise financeira de 2008, cuja principal consequência foi a perda da confiança nas instituições bancárias e, colateralmente, o posterior surgimento das moedas virtuais sem intermediadores nas transações. Nesse contexto, o crescimento do uso das moedas virtuais gerou impacto no sistema financeiro, fazendo com que cada país emitisse suas moedas digitais por meio do seu Banco Central.

A moeda digital, conforme a perspectiva da taxonomia permitiu compreender, é um gênero que se divide em outros dois subgêneros: as moedas eletrônicas e as moedas virtuais. Essas classificações, por sua vez, se desdobraram em outras e em diferentes conceitos, permitindo analisar as inovações monetárias no plano jurídico e incentivando pesquisas, debates e interpretações sistemáticas.

Após as conceituações, ao pautar as especificidades desse tipo de moeda no contexto do sistema tributário brasileiro, verificou-se que ela é passível de tributação por meio do imposto de renda. Além disso, foi possível entender que diferentes normas que existem no ordenamento jurí-

dico brasileiro permitem a tributação das moedas virtuais, entretanto, há algumas especificidades quando se trata do IRPF e do IRPJ.

A partir do caminho discursivo feito até aqui, na seção sobre o poder regulamentar da Receita Federal e a Instrução Normativa N° 1.899/2019, conclui-se que as normas de matéria tributária concedem à autoridade administrativa mecanismos para a concretização da lei, influenciando na conduta dos contribuintes. Essa constatação conduz à observação de que, ainda que as transações com moedas virtuais não precisem de intermediadores bancários, as operações podem exigir a prestação de informações ao Estado e, em caso de descumprimento do dever de informação, pode haver a aplicação de penalidades.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://bit.ly/30FEupc>. Acesso em: 8 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 1.598/1977**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 9.580/2018**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9580.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n.º 1899/ 2019**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=102230>. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 5.172/1966**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 9 set 2023.

BRASIL. **Lei n.º 7.713/1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm. Acesso em: 9 set 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.981/1995**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8981.htm. Acesso em: 9 set 2023.

BRASIL. **Lei n.º 9.250/1995**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8981.htm. Acesso em: 9 set 2023.

BRASIL. **Lei n.º 14.478/2022**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. **Portaria n.º 108.092/2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-108.092-de-20-de-agosto-de-2020-273476769>. Acesso em: 21 set. 2023.

CAMPOS, Emília Malgueiro. **Criptomoedas e blockchain: o Direito no mundo digital**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARVALHO, André Castro Carvalho; OTONI, Vitor Stevam Seriacopi. **Desafios da regulação dos criptoativos e CBDC's no Brasil**, In: CARVALHO, André Castro; FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato (orgs). Manual de Criptoativos. São Paulo: Almedina, 2023.

COZER, Cristiano de Oliveira Lopes. **Natureza e propriedades da moeda: contribuição para o direito monetário no Brasil** (dissertação). Brasília, Universidade de Brasília- UNB, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp131908.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 4ª ed. rev. e ampl. de acordo com a nova ortografia. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

CVM, COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Parecer de Orientação CVM 40**. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare040.html>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato; FIGUEIRA, Annalice Oliveira Avezedo Baldini. **A extinção de créditos tributários por meio de criptoativos**. No prelo.

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato; FIGUEIRA, Annalice Oliveira Avezedo Baldini. **City coins: análise dos aspectos constitucionais e legais para a sua implementação nas cidades brasileiras**. Revista de Direito da Cidade da UERJ, v. 14, n. 3 (2022).

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato Fernandes; RODRIGUEZ, Maria Paula Resende Gallucci; SANTOS, Isabella de Oliveira dos. **O uso de criptoativos no setor público**. In: CARVALHO, André Castro; FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato (orgs). Manual de Criptoativos. São Paulo: Almedina, 2023.

FRANCO, Gustavo H. B. **O futuro do dinheiro**. Disponível em: <https://iepecdg.com.br/wp-content/uploads/2020/12/O-futuro-do-dinheiro-3.docx.pdf>. Acesso em: 21 set. 2023.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, ebook.

RUFALCO, Thiago; VISINI, Eric Simões. **Breves Considerações sobre o Tratamento Legal, Contábil e Fiscal das Moedas Virtuais**. In MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo. Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.



SECURATO, José Cláudio. **Economia brasileira: história, conceitos e atualidades**. Saint Paul Editora: São Paulo, 2008.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito**

societário. vol 1.8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O princípio da tipicidade no direito tributário**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45134>. Acesso em: 23 set. 2022.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License



PARECERES

.....

PARECER N. 00001/2023/PG-ASSEDIO/ SUBCONSU/PGF/AGU¹

.....

NUP: 00407.018385/2019-15

INTERESSADOS: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS
MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PROGRAMA DE AUXÍLIO À PREVENÇÃO E DE COMBATE AO ASSÉDIO SEXUAL NAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL. UNIFORMIZAÇÃO DE ATUAÇÃO E ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL COMO MEDIDA DE SEGURANÇA JURÍDICA.

1. RELATÓRIO

1. A Portaria Normativa n. 20/PGF/AGU, de 22 de junho de 2022, instituiu Programa de Auxílio à Prevenção e de Combate ao Assédio Sexual no âmbito das Autarquias e Fundações Públicas Federais, com os seguintes objetivos:

I - viabilizar a atuação proativa de assessoramento jurídico das entidades assessoradas pela Procuradoria-Geral Federal, com produção de materiais de orientação e capacitação, dentre outras iniciativas correlacionadas;

II - **propor a uniformização de entendimentos jurídicos** acerca do enquadramento legal do assédio sexual no âmbito disciplinar e suas implicações jurídicas; e

III - disseminar boas práticas administrativas relacionadas à prevenção e ao combate ao assédio sexual.

2. Em busca do atendimento destes objetivos, foi realizado um levantamento de procedimentos cadastrados no SAPIENS referentes à apuração de condutas que envolvem a prática de assédio sexual, no período de 2016 a 2020. A base de dados foi composta de sindicâncias administrativas e processos administrativos disciplinares, instaurados para apurar denúncias de prática de assédio sexual, inicialmente centrado nas Instituições Federais de Ensino Superior. Depois, o objeto do programa foi ampliado para todas as autarquias e fundações públicas. A partir de tal ampliação, o Programa passará a avaliar e mapear os processos nas demais entidades.

3. Partindo das conclusões das comissões de processo administrativo e dos pareceres jurídicos exarados pelas procuradorias federais junto às instituições de ensino, constatou-se a existência de divergências no enquadramento legal das condutas enquanto transgressão disciplinar, assim como na escolha das sanções aplicadas.

4. Cumprindo com o propósito de promover a segurança jurídica e diante da necessidade de se adotar uma postura de repressão aos casos comprovados de assédio sexual e outras formas de violência contra a liberdade sexual ocorridas no âmbito da Administração Pública Federal, relevante se faz a adoção de um entendimento uniforme que oriente a atuação no âmbito da Procuradoria-Geral Federal.

5. A uniformidade na atuação dos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal acarretará como consequência direta e imediata uma uniformização na atuação dos próprios órgãos assessorados, desde a atuação das comissões processantes até a decisão final pela autoridade competente para aplicação da penalidade.

6. Nesse contexto foi elaborado o PARECER n. 00002/2021/GEPCAS/PFIFCE-ARÁ /PGF/AGU, seq. 56, que não foi aprovado até que sobreviesse manifestação da Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União, que exerce a função de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.

7. Tendo sido expedido o PARECER n. 00300/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU, seq. 86, os autos foram remetidos aos membros do Programa de Auxílio à Prevenção e de Combate ao Assédio Sexual no âmbito das Autarquias e Fundações Públicas Federais, para manifestação.

8. Desta feita, a presente manifestação tem por finalidade **consolidar a análise jurídica consultiva acerca da matéria**, ao mesmo tempo que se volta à **uniformização das manifestações exaradas pelos diversos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal**, permitindo celeridade e padronização na atuação dos membros da AGU, além de conferir maior segurança jurídica aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal indireta, enquanto destinatários dos pronunciamentos jurídicos.

9. Necessário delimitar que a presente proposta de uniformização abrange tão somente os tópicos da análise jurídica quanto ao **enquadramento legal da conduta e à adequação da penalidade proposta de forma geral e abstrata**. A aplicação desse entendimento em cada caso dependerá de análise conclusiva, prévia e individualizada, a ser realizada pelo procurador oficiante em cada caso, observados, invariavelmente, os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, manifestados nos elementos indicados pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pela Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e pela Portaria Conjunta nº 1, de 1º de março de 2016, da Consultoria- Geral da União, Procurador-Geral Federal e Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

10. É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Tutela jurídica da liberdade sexual e enquadramento legal da infração no regime jurídico disciplinar do servidor público.

11. O assédio sexual é definido pela Organização Internacional do Trabalho/Ministério Público do Trabalho como “conduta de natureza sexual, manifestada fisicamente por atos, palavras, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra sua vontade, que causem constrangimento e violem sua liberdade sexual”.

12. Como forma de atentado contra a dignidade da pessoa humana, atingindo a liberdade sexual da vítima, o assédio gera consequências danosas, muitas vezes irreversíveis, devendo ser socialmente combatido.

13. A Constituição Federal de 1988 tutela expressamente os direitos à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à liberdade, à honra, à privacidade e à intimidade, os valores sociais do trabalho, os valores de justiça e solidariedade, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (artigo 1º, incisos III, IV; artigo 3º, incisos I, III, IV; c/c artigo 5º, *caput*, e inciso X, todos da Constituição Federal; c/c artigo 186 e artigo 927 do Código Civil).

14. Na legislação brasileira, a proteção da liberdade sexual nas relações de trabalho se deu, de forma mais específica, a partir da ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir,

Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, pelo Estado Brasileiro, editada pela Organização dos Estados Americanos – OEA em 1994².

15. O documento informa, em seu art. 2º, que constitui violência contra a mulher qualquer ação ou conduta que compreenda o assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar.

16. A partir da ratificação da convenção, o diploma assume status de norma supra legal que submete todas as normas legais e infralegais à sua esfera de influência, de modo que a proteção da mulher contra qualquer forma de violência assume, de forma ainda mais precisa, *status* de direito fundamental constitucionalmente tutelado.

17. O combate ao assédio sexual também é tratado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Convenção nº 190, que dispõe sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho (2019). O assédio, portanto, ganha contornos de comportamento cada vez mais inaceitável e, nos termos da convenção, se caracteriza por palavras, gestos, insinuações, contatos físicos forçados, convites impertinentes, ameaças, chantagens e variadas formas de intimidação física, verbal, moral ou psíquica que, como regra, mas não exclusivamente, decorrem da diferença de gênero, e que tem o potencial de resultar em danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos.

18. A reforma trabalhista de 2017 introduziu o assédio sexual na Consolidação das Leis Trabalhistas ao estabelecer a intimidade, a liberdade, a autoestima e a sexualidade como bens jurídicos protegidos nas relações de trabalho, cuja violação é passível de reparação por dano de natureza extrapatrimonial, senão vejamos:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

19. A partir desse reconhecimento, as empresas precisam assegurar um meio ambiente de trabalho livre de qualquer violência sexual, sob pena de responderem de forma objetiva perante as pessoas ofendidas, nos termos do que prevê o artigo 932, inciso III, do Código Civil Brasileiro.

20. Assim, recentemente, a tutela da liberdade sexual encontrou amparo mais contun-

dente e específico na legislação trabalhista. De fato, o trabalho é mais que a fonte de sustento das pessoas, relacionando-se com a identidade e a imagem do indivíduo perante a sociedade. As pessoas são identificadas pelas profissões e trabalhos que desempenham socialmente. A violação aos valores de dignidade humana, privacidade, intimidade e honra nas relações de trabalho atinge o indivíduo de forma muito particular e cruel, causando impactos indelévels na reputação, na autoimagem e na imagem que ostenta perante a sociedade (família, comunidade escolar, profissional, etc.).

21. Na esfera penal, apenas em 2001, o ordenamento jurídico brasileiro inseriu o assédio como crime contra a liberdade sexual do homem ou da mulher, definindo-o como a conduta de *“Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.”*³.

22. Conforme se extrai do tipo penal, o crime é composto por três elementos: a conduta de constranger alguém; o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual; o agente prevalecer-se de sua condição de superior hierárquico ou de ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função, existindo, em regra, uma ameaça (não grave) expressa ou implícita relacionada a algum prejuízo para a vítima.

23. O tipo penal de assédio sexual também reflete, em grande medida, a intenção de coibir a violência de cunho sexual nos relacionamentos profissionais, nos quais a desigualdade que decorre de uma relação hierárquica, de subordinação e de dependência econômica subjuga a vítima a uma condição de patente inferioridade e, portanto, de sujeição às chantagens e outras formas de violência que, na maioria das vezes, ocorre de forma sub-reptícia, dissimulada ou furtiva.

24. Para a caracterização do crime deve existir uma relação hierárquica ou de ascendência entre autor e vítima. Nesse sentido, a conduta definida como crime é também conhecida como assédio por chantagem, pois, via de regra, ocorre a exigência de uma conduta ou favor sexual em troca de benefícios ou para evitar prejuízos, em decorrência de uma relação hierárquica ou de ascendência, como por exemplo: impor a prestação de favor sexual como condição para a manutenção do emprego/função, obtenção de promoções na relação de trabalho ou valoração de atividades nas relações entre professor e aluno.

25. Na grande maioria dos casos, as mulheres são as vítimas das violências sexuais. Esse fato decorre de questões culturais históricas presentes nas relações familiares e do recente ingresso das mulheres no ambiente de trabalho, até poucas décadas quase exclusivamente ocupado por homens.

26. Calha destacar, contudo, que os elementos caracterizadores do assédio sexual no tipo penal independem dos gêneros do assediador e do assediado. Além disso, a repetição da conduta também não se constitui como um dos elementos do tipo penal. Dessa maneira, é possível que um único comportamento sexual possa se caracterizar como crime.

27. De fato, determinadas condutas de natureza sexual dependem de elevado grau de intimidade entre duas pessoas. Não se pode jamais presumir ou imaginar uma aceitação de conduta sexual por uma outra pessoa, podendo haver situações em que uma única investida se caracterize como ato de violência, pois surpreende pela abrupta invasão de um espaço de privacidade e intimidade inexistente, causando sentimentos de constrangimento, humilhação, dor e vergonha.

28. As violências de natureza sexual podem, no entanto, assumir a forma de outros tipos penais que igualmente atentam contra a liberdade sexual de forma ainda mais grave, tais como a importunação sexual ou estupro, previstos nos artigos 215-A e 213 do Código Penal, respectivamente. Podem, em outras circunstâncias, caracterizar-se como crimes contra a liberdade pessoal, dentre eles o constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal; a ameaça, nos termos do disposto no artigo 147 do Código Penal; ou o crime de perseguição, recentemente inserido no artigo 147-A no Código Penal pela Lei n. 14.132, de 31 de março de 2021, conhecido pela palavra de origem inglesa *stalking*.

29. Relevante, entretanto, deixar claro que a caracterização do fato como transgressão de natureza disciplinar independe de seu enquadramento na legislação penal. Em outras palavras, a caracterização da conduta como violência e, conseqüentemente, como transgressão de natureza disciplinar, independe da identificação de todos os elementos do tipo penal de assédio sexual ou de qualquer outro crime. Nesse sentido, por exemplo, a existência da relação de hierarquia ou ascendência que é pressuposto para a caracterização do crime previsto no artigo 216-A do Código Penal, não o é para o enquadramento da conduta como transgressão de natureza disciplinar.

30. É o caso do assédio sexual por intimidação ou ambiental, que se caracteriza por provocações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou humilhação. Essa conduta prescinde de uma relação hierárquica de ascendência, mas se desenvolve pela insistência, impertinência, hostilidade praticada individualmente ou em grupo, manifestando relações de poder ou força, mas não necessariamente de hierarquia ou ascendência formalmente presente.

31. Desse modo, a modalidade de assédio sexual, por intimidação ou ambiental, não se caracteriza como crime pela ausência de um dos requisitos previstos no tipo penal, mas viola os deveres de decoro, honestidade e moralidade na atuação do servidor público, afrontando de forma igualmente grave os deveres e obrigações previstos no estatuto jurídico disciplinar.

32. É preciso deixar evidente que a capitulação de um fato como crime depende do preenchimento de todos os elementos do tipo penal, exigindo um enquadramento muito mais específico, nos termos do que prevê o artigo 14 do Código Penal. Na esfera disciplinar, por sua vez, as previsões das transgressões de natureza disciplinar são mais amplas, de modo que o enquadramento legal para responsabilização administrativa também recebe características próprias, cuja subsunção do fato ao tipo previsto na norma ocorre de forma menos estrita, sem tanta literalidade de cada elemento, a partir de previsões mais genéricas que incidem igualmente sobre uma gama mais alargada de condutas possíveis.

33. Portanto, em alguns casos, a conduta de natureza sexual praticada no exercício do cargo, emprego ou função pública, ou em razão dela, que se configure como agressão, embora possa configurar a transgressão ao regime jurídico disciplinar, poderá não se caracterizar como crime. Em outros casos, a conduta do servidor poderá coincidir não com o crime de assédio sexual, mas com outro tipo penal, contra a liberdade sexual ou contra a liberdade da pessoa.

34. Também é relevante deixar claro que a capitulação de determinada conduta como crime é atribuição dos órgãos de persecução penal. À Administração, no exercício dos poderes hierárquico e disciplinar, incumbe desvendar e analisar os atos praticados pelos agentes públicos sob a perspectiva do regime jurídico disciplinar, remetendo cópia dos autos aos órgãos competentes para a investigação dos fatos na esfera penal e aplicação das respectivas sanções.

35. Assim, o cometimento de condutas vedadas pelo regime jurídico dos servidores e atentatórios à dignidade da função pública, da instituição, da moralidade e da probidade administrativa, visando a obtenção de proveito ou vantagem de natureza sexual em função do cargo, emprego ou função pública, cometidos por quaisquer meios, apenas se amolda ao conceito mais amplo de assédio sexual, conforme delineado pela doutrina e pelas conceituações encontradas na esfera cível e trabalhista, não exigindo os elementos presentes na descrição penal.

36. A configuração do crime, embora também guarde elementos e significado muito semelhantes, depende de uma análise mais específica para o enquadramento, porque as sanções que dele decorrem interferem diretamente na esfera de liberdade do autor, um direito fundamental tutelado constitucionalmente que somente pode ser restringido em hipóteses muito restritas.

37. Vale recordar, no ponto, sobre a separação entre as esferas penal, civil e administrativa. Nos termos do artigo 126 da Lei 8.112, de 1990, a responsabilidade administrativa do servidor será afastada tão somente no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou de sua autoria. Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

As instâncias civil, penal e administrativa são independentes, sem que haja interferência recíproca entre seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria. Precedentes: MS 34.420-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19/05/2017; RMS 26951-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Dje de 18/11/2015; e ARE 841.612-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 28/11/2014. (A G .REG. NO HABEAS CORPUS 148.391. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 23/02/2018)

38. Desta feita, as autoridades administrativas têm completa autonomia de atuação, observados os princípios e normas constitucionais e legais, para investigar os fatos e aplicar as sanções de natureza administrativa, bem como para adotar as providências inerentes à responsabilização na esfera civil, se for o caso. Quando os fatos apurados indiquem também a prática de crime previsto na legislação penal, todos os elementos devem ser remetidos para análise dos órgãos de

persecução penal, a quem incumbe avaliá-los sob a perspectiva criminal.

39. Tendo em mente tais diretrizes, é fácil perceber que toda abordagem que tenha por escopo a implementação de conduta de natureza sexual perpetrada na condição de servidor público ou em decorrência do cargo, emprego ou função, ou seja, como a própria manifestação do poder estatal, deve ser tida como afronta ao Direito Administrativo. Tanto porque é dever do servidor respeito incondicional às normas constitucionais e legais no exercício do cargo, quanto porque sua atuação toma de empréstimo a veste formal da ambiência pública, que não pode se desviar para a satisfação de sua lascívia pessoal ou outros interesses desvinculados do interesse público, o que torna sua conduta muitas vezes mais reprovável.

40. Também é importante deixar claro que para a configuração do assédio sexual é necessário apenas um ato, uma única conduta, não sendo exigida a sua repetição. Exigir a reiteração para configurar o ilícito seria submeter a vítima a uma nova violência à qual se busca justamente proteger. No mesmo sentido também entendeu a Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União no PARECER n. 00300/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU, seq. 86, senão vejamos:

72. Como a própria nota destaca-se “*o assédio sexual é ilícito de mera conduta, que pode ocorrer a partir tão somente da exteriorização de um objetivo sexual*”, ou seja, basta a prática de um ato ilícito para sua consumação, independentemente do resultado.

73. Aliás, exigir a reiteração dos atos para que se configure o ilícito considerado como assédio sexual é submeter a vítima à violência contra qual busca-se proteger, bem como fomentar a presunção de que a declaração da vítima só terá valor se esta se submeter à violência (moral ou física) várias vezes para que possa ter proteção. É exigir o inexigível, que é a submissão da vítima a diversos atos de violência para que, enfim, consiga a proteção devida.

74. Destaca-se que a Convenção nº 190 da OIT, da qual o Brasil é signatário, não trata apenas no assédio sexual, mas todo tipo de violência e assédio no mundo do trabalho. Ressaltando que os membros da convenção “*têm a importante responsabilidade de promover um ambiente geral de tolerância zero à violência e ao assédio, com vista a facilitar a prevenção de tais comportamentos e práticas, e que todos os intervenientes no mundo do trabalho devem abster-se, prevenir e combater a violência e o assédio*”

41. A desnecessidade de repetição para a configuração do assédio sexual também foi destacada no “Guia Lilás: orientações para prevenção e tratamento ao assédio moral e sexual e à discriminação no Governo Federal”⁴, instituído pela Portaria Normativa SE/CGU n. 58, de 7 de março de 2023, material que integra o Plano de Enfrentamento ao Assédio Moral e Sexual e à Discriminação no Poder Executivo Federal, coordenada pelo Ministério da Gestão e da Inovação

em Serviços Públicos, *verbis*:

Para tipificar o assédio sexual não é necessária a repetição ou sistematização da conduta, bastando um único ato de investida com teor sexual indesejado pela vítima, em que ocorra a intimidação com incitações sexuais inoportunas, para caracterizá-lo.

42. As regras de ética e conduta que regem os atos dos agentes públicos determinam uma conduta social e moral ilibada e irretocável, não sendo admissível transtornos e desvios de tal gravidade.

43. Aliás, essa é a previsão contida na Lei n. 8.027, de 12 de abril de 1990, que dispõe sobre as normas de conduta dos servidores públicos civis da União, autarquias e fundações públicas, conforme se extrai do artigo 2º, inciso VIII; artigo 5º, inciso I; e artigo 8º, §6º, *verbis*:

Art. 2º. São deveres dos servidores públicos civis:

[...]

VIII - manter conduta compatível com a moralidade pública; [...]

Art. 5º São faltas administrativas, puníveis com a pena de demissão, a bem do serviço público:

I - valer-se, ou permitir dolosamente que terceiros tirem proveito de informação, prestígio ou influência, obtidos em função do cargo, para lograr, direta ou indiretamente, proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

[...]

Art. 8º Pelo exercício irregular de suas atribuições o servidor público civil responde civil, penal e administrativamente, podendo as cominações civis, penais e disciplinares cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa.

[...]

§ 6º A demissão ou a destituição de cargo em comissão incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de cinco anos.

44. Sobre o exercício de avaliação entre a gravidade da conduta e o enquadramento legal

no regime jurídico disciplinar, relevante destacar os ensinamentos do Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União, versão de 2022, p. 193:

10.4.7. Conflito aparente de normas

Existem ainda situações onde a única conduta praticada apenas aparenta configurar mais de uma infração, especialmente quando levamos em consideração que a descrição das infrações disciplinares, tal como previstas na Lei nº 8.112/90, não apresenta uma rigidez de conceitos como vemos no Direito Penal. Este “conflito aparente de normas”, como é chamado, é resolvido através da aplicação de critérios, também chamados de princípios, advindos do Direito Penal, que orientam o correto enquadramento da conduta.

[...]

Para a compreensão do princípio da subsidiariedade, deve-se entender que o adjetivo “subsidiário” remete a algo que é secundário. Lança-se mão deste princípio quando a definição de uma hipótese legal abrange ou contém a outra, sendo possível perceber que ambas versam sobre a mesma espécie de conduta. E o que irá diferenciá-las é justamente a gravidade da que fora praticada no caso concreto, graduada pelas circunstâncias dos fatos, pelo dano causado, e também pelo ânimo subjetivo do acusado, dentre outros.

No conflito entre duas normas deste feitio, prevalecerá a mais grave quando puder ser demonstrada nos autos também a faceta mais grave da conduta. Portanto, daí advém a subsidiariedade: a hipótese legal de menor gravidade é secundária e somente irá figurar na indicição quando não estiverem comprovados os elementos que autorizem o enquadramento na hipótese mais grave. Esse princípio irá definir, por exemplo, qual das seguintes condutas previstas na Lei nº 8.112/90 será aplicada ao caso concreto: violação do dever de “guardar sigilo sobre assunto da repartição” (art. 116, VIII) ou “revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo” (art. 132, IX).

Por sua vez, aplica-se o princípio da consunção quando for possível observar que, para que uma das hipóteses legais tenha ocorrido, ela necessariamente “consumiu” a outra. Nesse sentido, presume-se que a infração “consumida” é menos grave, geralmente a violação de um dever, e o acusado tem que cometê-la para alcançar a infração principal, mais grave, fazendo com que esta prevaleça no momento da indicição.

Dessa forma, a título de exemplo, o dever de ser leal às instituições a que servir (art. 116, II) é evidentemente violado quando o servidor aplica irregularmente o dinheiro público (art. 132, VIII) ou vale-se do cargo para beneficiar terceiro (art. 117, IX), todos eles dispositivos da Lei nº 8.112/90.

No caso, prevalecerão, em vista do princípio da consunção, estes enquadramentos em detrimento do art. 116, II, porquanto o descumprimento do dever de lealdade constitui tão somente etapa prévia à execução das condutas previstas no art. 132, VIII ou no art. 117, IX.

Finalmente, o princípio da especialidade mostra-se útil em sede disciplinar principalmente quando o acusado for regido por estatuto próprio, além da Lei nº 8.112/90, uma vez que, por este critério, deve-se procurar verificar se as infrações aparentemente em conflito guardam uma relação de gênero e espécie, sendo que a norma especial ou específica prevalece sobre as disposições gerais. (G. n.)

45. Portanto, considerando os princípios da subsidiariedade e da especialidade, à luz das lições acima, os atos de cunho sexual que visem ao favorecimento pessoal do servidor, cometidos no exercício do cargo, emprego ou função pública, ou praticados em decorrência dele, nos termos do artigo 148 da Lei n. 8.112, de 1990, embora violem inúmeros deveres do estatuto jurídico, tais como os deveres de lealdade, de observância às normas legais e regulamentares e de urbanidade, afrontam principalmente a dignidade do múnus público, do decoro, da probidade e da moralidade pública, amoldando-se diretamente ao previsto no artigo 116, inciso IX, artigo 117, inciso IX, c/c artigo 132, inciso V, e artigo 137, todos da Lei n. 8.112, de 1990. Eis os textos legais:

Art. 116. São deveres do servidor:

[...]

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

[...]

Art. 117. Ao servidor é proibido:

[...]

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

[...]

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

V- incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; [...]

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117. [...]

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos

IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos. (Vide ADIN 2975)

46. Assim, presente o dolo na conduta do agente, ou seja, identificado que o agente age com consciência e vontade de valer-se do cargo para obter benefício próprio ou em desvio do interesse público, estão presentes os elementos que compõem o tipo administrativo. Vale dizer, ainda, que o ilícito administrativo é de natureza formal e a sua configuração independe do resultado obtido, senão vejamos:

O ilícito administrativo de valer-se do cargo para obter para si vantagem pessoal em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX da Lei 8.112/90 é de natureza formal, de sorte que é desinfluyente, para sua configuração, que os valores tenham sido posteriormente restituídos aos cofres públicos após a indicição do impetrante; a norma penaliza o desvio de conduta do agente, o que independe dos resultados (MS 14.621/DF, Rel.Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 30.6.2010).[7]

47. Vale reforçar que tais transgressões podem ocorrer tanto no espaço físico institucional como também fora dele, desde que demonstrado o nexo causal entre a conduta questionada e o serviço público.

48. Portanto, no momento em que o servidor, intencionalmente (dolo), no ambiente organizacional ou em razão do desempenho das atribuições funcionais, age para obter vantagem ilícita consistente em favorecimento sexual ou em desvio do interesse público, violando a intimidade, privacidade, dignidade e honra de alguém, valendo-se da autoridade de cargo público em detrimento da dignidade da função pública, em violação ao dever inafastável de manter conduta compatível com a moralidade, resta configurada a conduta vedada pelo artigo 117, inciso IX, bem como a violação ao dever contido no artigo 116, inciso IX, ambos da Lei n. 8.112, de 1990, e também a conduta vedada pelo artigo 5º, inciso I, da Lei n. 8.027, de 1990, cuja sanção aplicável é a pena de demissão.



49. Além disso, a conduta também poderá se amoldar à infração descrita no inciso V do artigo 132 da Lei n. 8.112, de 1990, que se refere à incontinência pública e conduta escandalosa na repartição, conforme compreensão da infração exposta no Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU, versão de 2019, p. 262/263:

Incontinência é a falta de moderação, de comedimento. Como bem ilustra o professor Léo da Silva Alves “a incontinência de conduta é a maneira desregrada de viver. Trata-se da pessoa depravada, de procedimentos vulgares, escandalosos, que chocam os valores morais e os costumes”.

Para a caracterização da infração funcional, o inciso exige que a incontinência seja pública, isto é, que seja praticada na presença de outras pessoas. Além disso, a incontinência deve ocorrer no âmbito da repartição, ou, pelo menos, estar relacionada com o exercício das atribuições do servidor. Assim, o comportamento do servidor em sua vida privada não é alcançado pelo dispositivo em comento. Por outro lado, a incontinência praticada fora da repartição, mas relacionada ao exercício das atribuições do servidor, pode ocasionar a incidência da norma.

Outro comportamento condenado pelo dispositivo em tela é a conduta escandalosa, assim entendida como o desprezo às convenções ou a moral vigente. Conforme visto, os conceitos de “incontinência” e “conduta escandalosa” são semelhantes e estão relacionados a desvios comportamentais. Sob o ponto de vista do estatuto funcional, a principal diferença entre eles reside no fato de que a conduta escandalosa não precisa ser cometida publicamente para que caracterize a infração disciplinar, é dizer, os atos praticados às escondidas, desde que ofendam fortemente a moral, devem ser enquadrados como “condutas escandalosas”, a exemplo dos atos de conotação sexual praticados de forma reservada. Da mesma forma do aduzido quanto à incontinência pública, a conduta escandalosa, para que produza efeitos disciplinares, deve ser praticada no âmbito da repartição. As condutas praticadas fora daquele ambiente só serão alcançadas pela norma se estiverem relacionadas ao exercício das atribuições do servidor.

Ressalte-se que a infração disciplinar em questão se consuma no momento em que o servidor pratica o ato classificável como incontinência pública ou conduta escandalosa, sendo que, a rigor, não se exige a reiteração de atos para a configuração da falta funcional.

Por fim, forçoso observar a cautela com que a comissão deverá analisar as condutas previstas neste dispositivo, porquanto ense-

jam a penalidade máxima aplicável e, nesse contexto, devem ter a gravidade robustamente comprovada.

50. Com efeito, condutas dessa natureza, ao não guardarem qualquer pertinência com os objetivos institucionais, expõem indevidamente a imagem institucional, pois as condutas realizadas pelos agentes regularmente investidos em cargos públicos, em nome da instituição ou no bojo das atividades estatais, gozam de todas as presunções inerentes aos atos administrativos.

51. Portanto, é inevitável que a ação individual seja reconhecida como legítima expressão do agir do próprio poder público e se tal conduta é tida como afrontosa ao direito e à moral é, em um primeiro momento, a própria instituição quem verá a sua imagem associada à ilegalidade. No imaginário social grava-se antes o ato que se repulsa e a instituição em que ocorreu. No mais das vezes a identidade do agente público responsável é de pronto esquecida.

52. Ora, a divulgação de fatos atentatórios à intimidade, à privacidade, à sexualidade, à dignidade, à imagem e à honra dos servidores, colaboradores ou terceirizados coloca em dúvida a capacidade das instituições em cumprir o seu papel institucional na prestação do serviço público. Ou seja, para além de simples desconformidade da conduta com a norma, a transgressão detém claro potencial de vulnerar a imagem e credibilidade estatal, devendo ser repelida com veemência.

53. Por fim, registre-se que a presente manifestação deixou de considerar o enquadramento das condutas de servidores em desconformidade com o ordenamento disciplinar como improbidade administrativa para convergir com o entendimento exarado pela Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União trazido no PARECER n. 00300/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU, seq. 86. Veja-se:

48. O assédio sexual é um ato atentatório à liberdade sexual e no conceito posto no PARECER n. 00002/2021 / GEPCAS / PFIFCE-ARÁ / PGF / AGU (item III, alínea “a”) pode ser considerado como uma violação dos deveres de moralidade e a probidade administrativas. Contudo, para ser considerado como ato de improbo necessita estar descrito em uma das condutas ilícitas da Lei nº 8.429/92.

49. Observa-se ainda que a alteração da Lei de Improbidade pela Lei nº 14.230/2021, ao retirar a natureza exemplificativa do art. 11, que trata dos atos de improbidade administrativa e revogar o inciso I, impossibilitou o enquadramento dos atos considerados como assédio sexual como atos improbos por violação dos princípios da administração pública ou por visar fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto.

50. Foi opção do legislador a retirada da natureza exemplificativa do art. 11 e revogação do seu inciso I. Veja o seguinte trecho do rela-

tório do PL 10887/18 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, de autoria do Deputado Federal Carlos Zaratini, relator do PL :

Optou-se, então, pela retomada da redação anterior do artigo 11, porém estabelecendo um rol taxativo para as condutas caracterizadoras de improbidade por ofensa aos princípios administrativos. A solução pretende, ao mesmo tempo, prestigiar a proteção aos predicados constitucionais e garantir a necessária segurança jurídica ao gestor público.

51. Até vir outra lei que altere a LIA e disponha em sentido contrário, temos que respeitar a opção discricionário do legislador em retirar o caráter exemplificativo do art. 11 e revogar o inciso I, o que importa, para fins deste projeto, na ausência de enquadramento da conduta infracional considerada como assédio sexual em ato de improbidade administrativa, salvo se a conduta lesiva visar enriquecimento ilícito ou dano ao erário.

2.2. Adequação entre a gravidade da conduta e a penalidade aplicável.

54. Nos termos do que dispõe o artigo 128 da Lei 8.112, de 1990, “*na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais*”.

55. Desta feita, no momento da dosimetria da sanção, a comissão e a autoridade julgadora devem estar atentas aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, providenciando um juízo de ponderação quanto à adequação entre a gravidade e circunstâncias da infração e a sanção proposta.

56. Ocorre que esse juízo de ponderação não se aplica para os casos em que se configurarem as hipóteses previstas no artigo 132 da Lei n. 8.112, de 1990, e artigo 5º, inciso I, e parágrafo único, inciso I, da Lei 8.027, de 1990, para os quais a lei prevê expressamente a aplicação da demissão, sendo compulsória sua incidência.

57. A Advocacia-Geral da União manifestou esse entendimento nos pareceres GQ 177 e GQ 193, aprovados pelo Presidente da República e, portanto, vinculantes para toda a Administração Pública Federal, nos termos do Art. 40 da Lei Complementar n.º 73/1993, senão vejamos:

Parecer AGU n.º GQ – 177, vinculante

Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato (...).10. (...) Apurada a falta a

que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, cominam a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação.

Parecer AGU nº GQ – 183, vinculante

Ementa: É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art.132 da Lei nº 8.112/90, de 1990. (...)7. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. (...)8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar (...).

58. O STF e o STJ possuem julgados em sentido convergente ao indicado nos pareceres vinculantes da AGU, quanto à impossibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para as hipóteses em que a lei prevê a aplicação da pena de demissão: STF, MS 26.023; STJ, MS 15.690, 15.951, 15.437, 15.517, 15.175, 13.169, 12.689, 10.987, 16.567, 10.420, 9.116 e 8.361, RMS 32.573, 20.537, 33.281 e 30.455.

59. Vale, ainda, destacar que o STJ⁵, com fundamento em sua jurisprudência reiterada, firmou a seguinte tese:

4) A administração pública, quando se depara com situação em que a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão ou de cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por se tratar de ato vinculado.

60. Assim, uma vez tenha a autoridade julgadora chegado à conclusão de que a conduta do servidor se amolda ao disposto no artigo 132 da lei n. 8.112, de 1990, e artigo 5º, inciso I, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 8.027, de 1990, não há espaço para discricionariedade na fixação da pena, que deverá ser aquela descrita na disposição legal, ou seja, demissão.

3. CONCLUSÕES

61. Por todo o exposto, os integrantes do Programa de Auxílio à Prevenção e de Combate ao Assédio Sexual no âmbito das Autarquias e Fundações Públicas Federais concluem que:

a) A prática de assédio sexual, compreendida de forma ampla como quaisquer condutas de natureza sexual manifestadas no exercício do cargo, emprego ou função pública ou em razão dele, externada por atos, palavras, mensagens, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra a sua vontade, independentemente do gênero, que causem constrangimento e violem sua liberdade sexual, sua intimidade, sua privacidade, sua honra e sua dignidade, afrontam a moralidade administrativa, o decoro, a dignidade da função pública e da instituição, caracterizando-se como transgressão disciplinar de natureza gravíssima.

b) Nesse sentido, o enquadramento da conduta no regime jurídico disciplinar do servidor público encontra fundamento no artigo 117, inciso IX, c/c artigo 132, inciso V, e artigo 137, todos da Lei n. 8.112/90; artigo 2º, inciso VIII, c/c artigo 5º, inciso I, e parágrafo único, inciso I, c/c artigo 8º, §6º, todos da Lei n. 8.027/90.

c) Para a configuração da infração administrativa como assédio sexual é necessário apenas um ato, uma única conduta, não sendo exigida a sua repetição.

d) Uma vez realizado o enquadramento da conduta nas hipóteses em que a legislação prevê a pena de

demissão, não existe discricionariedade para aplicação de pena menos gravosa, conforme entendimento já pacificado pelos Pareceres vinculantes da AGU GQ 177 e GQ 183, aprovados pelo Presidente da República e vinculantes para toda a Administração Pública, nos termos do artigo 40 da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993.

e) Em face do possível enquadramento da conduta como crime deve ser providenciada, ainda, a remessa de cópia dos autos aos órgãos de persecução penal para apuração e aplicação das sanções na seara criminal, nos termos do que determina o artigo 116, inciso VI, e artigo 171, ambos da Lei 8.112/90.

62. Em caso de aprovação, sugere-se a edição dos seguintes enunciados de orientações consultivas, nos termos do artigo 41-A da Portaria PGF n. 338, de 12 de maio de 2016:

SERVIDOR. A prática de assédio sexual deve ser compreendida de forma ampla como quaisquer condutas de natureza sexual manifestadas no exercício do cargo, emprego ou função pública ou em razão dele, externada por atos, palavras, mensagens, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra a sua vontade, independentemente do gênero, que causem constrangimento e violem sua liberdade sexual, sua intimidade, sua privacidade, sua honra e sua dignidade, afrontam a moralidade administrativa, o decoro, a dignidade da função pública e da instituição, caracterizando-se como transgressão disciplinar de natureza gravíssima.

SERVIDOR. Para a configuração da infração administrativa como

assédio sexual é necessário apenas um ato, uma única conduta, não sendo exigida a sua repetição.

SERVIDOR. Para o fim de enquadramento no regime disciplinar do servidor público, a conduta considerada como assédio sexual encontra fundamento no artigo 117, inciso IX, c/c artigo 132, inciso V, e artigo 137, todos da Lei n. 8.112/90; artigo 2º, inciso VIII, c/c artigo 5º, inciso I, e parágrafo único, inciso I, c/c artigo 8º, §6º, todos da Lei n. 8.027/90. Por outro lado, uma vez realizado o enquadramento da conduta nas hipóteses em que a legislação prevê a pena de demissão, não existe discricionariedade para aplicação de pena menos gravosa, conforme entendimento já pacificado pelos Pareceres vinculantes da AGU GQ 177 e GQ 183, aprovados pelo Presidente da República e de cumprimento obrigatório por toda a Administração Pública Federal, nos termos do artigo 40 da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993.

63. Por fim, sugere-se que seja conferida ciência à Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União, à Corregedoria da Procuradoria-Geral Federal e à Consultoria-Geral da União.

À consideração superior.

CAMILA GOMES PERES

Procuradora Federal

DANIELA GONÇALVES DE CARVALHO

Procuradora Federal

JULIO CÉSAR FRANCISCO

Procurador Federal

KAMILA DOS SANTOS TABAQUINI

Procuradora Federal

LECTÍCIA MARÍLIA CABRAL DE ALCÂNTARA

Procuradora Federal



ROBERTA NEGRÃO COSTA WACHHOLZ

Procuradora Federal

TARCÍSIO BESSA DE MAGALHÃES FILHO

Procurador Federal

VIRGÍNIA ARAÚJO DE OLIVEIRA

Procuradora Federal

INGRID PEQUENO SÁ GIRÃO

Procuradora Federal Coordenadora

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00407018385201915 e da chave de acesso 78f4096f

Notas

1 - Manifestação elaborado a partir da atualização do PARECER n. 00002/2021/GEPCAS/PFIFCE-ARÁ/PGF/AGU, seq. 56, para convergir com o entendimento da Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União manifestado no PARECER n. 00300/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU, seq. 86.

2 - Organização Internacional do Trabalho/Ministério Público do Trabalho. Assédio Sexual no Trabalho - perguntas e respostas.

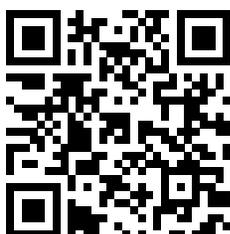
3 - Organização Internacional do Trabalho/Ministério Público do Trabalho. Assédio Sexual no Trabalho - perguntas e respostas.

4 - Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2023/03/cgu-lanca-guia-para-auxiliar-a-deteccao-a-denuncia-e-a-responsabilizacao-de-casos-de-assedio-moral-e-sexual-no-governo-federal>.

5 - Decisão citada no acórdão STJ proferido no MS 17.811 – DF (2011/0274288-1) Relator Ministro Huberto Martins. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/9/PAD.pdf>.



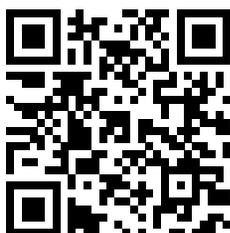
Documento assinado eletronicamente por ROBERTA NEGRAO COSTA WACHHOLZ, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ROBERTA NEGRAO COSTA WACHHOLZ, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 15-08-2023 21:29. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por TARCISIO BESSA DE MAGALHÃES FILHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): TARCISIO BESSA DE MAGALHÃES FILHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 10-08-2023 13:29. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por CAMILA GOMES PERES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAMILA GOMES PERES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 10-08-2023 00:07. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

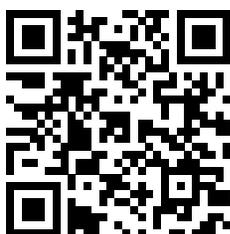


Documento assinado eletronicamente por DANIELA GONCALVES DE CARVALHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANIELA GONCALVES DE CARVALHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-08-2023 16:06. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.





Documento assinado eletronicamente por LECTÍCIA MARÍLIA CABRAL DE ALCÂNTARA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LECTÍCIA MARÍLIA CABRAL DE ALCÂNTARA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-08-2023 16:55. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por VIRGÍNIA ARAÚJO DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VIRGÍNIA ARAÚJO DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-08-2023 14:55. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por VIRGÍNIA ARAÚJO DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VIRGÍNIA ARAÚJO DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-08-2023 14:54. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por KAMILA DOS SANTOS TABAQUINI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KAMILA DOS SANTOS TABAQUINI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-08-2023 14:20. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por JULIO CESAR FRANCISCO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIO CESAR FRANCISCO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-08-2023 14:51. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por INGRID PEQUENO SA GIRAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): INGRID PEQUENO SA GIRAO. Data e Hora: 03-08-2023 18:42. Número de Série: 73265368221887752055392464696. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.





ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
SUBPROCURADORIA FEDERAL DE CONSULTORIA JURÍDICA
GABINETE

DESPACHO n. 00425/2023/GAB/SUBCONSU/PGF/AGU

NUP: 00407.018385/2019-15

INTERESSADOS: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

1. De acordo.
2. À Subprocuradora Federal de Consultoria Jurídica.

JEZIEL PENA LIMA

Consultor Federal em Educação

1. Estou de acordo com o PARECER n. 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU.
2. À Sra. Procuradora-Geral Federal.

ANA PAULA PASSOS SEVERO

Subprocuradora Federal de Consultoria Jurídica

1. Aprovo o PARECER n. 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU.
2. Retorne à Subprocuradoria Federal de Consultoria Jurídica para prosseguimento.

ADRIANA MAIA VENTURINI

Procuradora-Geral Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00407018385201915 e da chave de acesso 78f4096f



Documento assinado eletronicamente por ADRIANA MAIA VENTURINI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1238320491 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ADRIANA MAIA VENTURINI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 15-08-2023 08:43. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por JEZIEL PENA LIMA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1238320491 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JEZIEL PENA LIMA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-08-2023 17:51. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Documento assinado eletronicamente por ANA PAULA PASSOS SEVERO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1238320491 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANA PAULA PASSOS SEVERO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-08-2023 15:35. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.







.....

PARECER N. 010/2023/PRONACLIMA/AGU

.....

NUP: 00400.002194/2023-70

INTERESSADO: PRONACLIMA

ASSUNTO: Estudo acerca da constitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007

EMENTA: VEDAÇÃO À PESQUISA E OCULTIVO DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS NAS TERRAS INDÍGENAS. DICÇÃO DO ARTIGO 1º DA LEI N. 11.460, 21 DE MARÇO DE 2007. CONSTITUCIONALIDADE. PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO AMBIENTAL

I- Cuida-se de estudo dedicado a reforçar a previsão do artigo 1º da Lei n. 11.460, de 21 de março de 2007;

II- Riscos inerentes desde à pesquisa e ao cultivo de organismos geneticamente modificados em terras indígenas. Principiologia que embasa o Direito Ambiental. Perda de Biodiversidade. Segurança alimentar dos povos indígenas;

III- Posicionamento crítico em relação ao entendimento manifestado no seio da Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI, no sentido da suposta inconstitucionalidade da previsão do artigo 1º da Lei n. 11.460, de 21 de março de 2007;

IV- Ações judiciais em que a causa de pedir se refere à declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 11.460, de 21 de março de 2007;

V- Imprecisões técnico-jurídicas Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU em relação à principiologia do Direito Ambiental e aos comandos constitucionais.



À Dra. Mariana Cirne, Procuradora-Chefe da PRONACLIMA,

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de estudo dedicado à análise de manifestação jurídica e de ações judiciais questionando a constitucionalidade da previsão do artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007, o qual veicula a proibição de pesquisa e o cultivo de organismos geneticamente modificados nas terras indígenas.

2. Primeiramente, o Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91), devidamente aprovado no seio da Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI pelo DESPACHO n. 00208/2020/GAB/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU, concluiu pela incompatibilidade do artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007 com o Texto Constitucional, sob a condicionante de que restasse elaborado estudo técnico no âmbito da referida autarquia atestando a ausência de impacto para a preservação dos recursos naturais. Nesse passo, merece realce os seguintes trechos:

17. Com base no citado § 1º da CF/88, deve haver a preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos povos indígenas e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. E o § 2º do mesmo diploma legal garante aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Dessa forma, reitera-se que não há óbice constitucional para que as comunidades indígenas façam utilização de Organismos Geneticamente Modificados, desde que tal uso não afete, mesmo que em grau mínimo, a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

(...)

22. Assim, do ponto de vista jurídico, a pesquisa e o cultivo de organismos geneticamente modificados nas terras indígenas é ilegal porém não é inconstitucional, o que enseja o pedido de declaração da inconstitucionalidade de tal vedação. Contudo, aconselha-se que haja parecer técnico no sentido de atestar que a pesquisa e o cultivo de organismos geneticamente modificados nas terras indígenas não afeta de nenhum modo a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

23. Em suma, embora a consulta tenha mencionado aspectos positivos do “plantio de variedades mais resistentes e, portanto, mais otimizadas

para proteção do meio ambiente, eis que demandariam, dentre outras soluções ambientais, a menor aplicação de defensivos e herbicidas”, o que se pretende com o acionamento da área técnica é saber quais os possíveis efeitos negativos da utilização de Organismos Geneticamente Modificados para as comunidades indígenas, conforme item 17, para que se possa subsidiar possível Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3. Ademais, compulsando o Sistema Sapiens, verifica-se a existência de demandas judiciais, ainda em trâmite na primeira instância, em que a causa de pedir retrata o questionamento de constitucionalidade do citado dispositivo normativo, entre outros aspectos, conforme a seguir expresso:

3.1. Nos autos da Ação Civil Coletiva, autuada sob o n. 50028102520224047118 e em trâmite na 1ª Vara Federal de Carazinho, a Autora, a Comunidade Indígena da Terra Indígena Nonoai e outros pleiteia em face da União (Advocacia Geral da União), da Fundação Nacional do Índio e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, provimento jurisdicional destinado à declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 1º Lei nº 11.460/2007 e, por conseguinte, a garantia ao direito ao cultivo de organismos geneticamente modificados nas terras indígenas. Consoante peça contestatória da União (seq. 257 do NUP 00531002539202219) e do núcleo da PGF (Seq. 257 da NUP 00531002539202219) a temática ainda coincide com a Ação Civil Coletiva n. 5000568-35.2022.4.04.7202/SC, em trâmite junto à 2ª Vara Federal de Chapecó, relativamente à TI Serrinha/SC na qual se pretende afastar a proibição legal prevista no artigo 1º Lei Federal nº 11.460/2007 e cujos autos restaram suspensos pela instauração no seio da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal – CCAF (Processo Administrativo nº 00598.000905/2022-21)

3.2 Nos autos da Ação Civil Pública n. 5001736-33.2022.4.04.7118 (NUP 00531.001547/2022-48), em trâmite na 1ª Vara da Subseção Judiciária de Carazinho/RS em que o Ministério Público Federal ajuizou demanda em face da União, Funai e Estado do Rio Grande do Sul que se refere ao pleito de implementação de *“projeto de gestão ambiental e territorial na Terra Indígena (TI) Nonoai voltado à eliminação das formas de exploração por não indígenas e ao fortalecimento das práticas indígenas de manejo, uso sustentável e conservação dos recursos naturais e à inclusão social dos povos indígenas, consolidando a TI, como área essencial para conservação da diversidade biológica e cultural nos biomas florestais brasileiros”*. E tangenciando o questionamento da forma de exploração da terra indígena (mediante arrendamento pelos indígenas) há a discussão acerca do uso de cultivos transgênicos na peça manejada pelo *Parquet* Federal.

4. Eis o relatório, passa-se à manifestação.

II. ANÁLISE

5. Primordialmente, há que se ter em mente que os argumentos ora apresentados representam a intenção colaborativa da Procuradoria Nacional de Defesa do Clima e do Meio Ambiente, nos

termos do inciso III do artigo 10 do Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023¹, estritamente no que se refere à apreciação de uma temática umbilicalmente conectada à conservação ambiental, a saber, o plantio de organismos geneticamente modificados (OGMs) em terras indígenas.

II.1. Da contextualização da demanda

6. O Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91) retrata, em essência, três fundamentos para aduzir a suposta inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007, a saber: a) *“Ainda que as terras indígenas sejam de domínio da União, essas terras não foram previamente escolhidas pelo Poder Público para que haja a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos no território nacional e nas águas Jurisdicionais”*; b) *“Ademais, tal Lei afronta a Convenção sobre Diversidade Biológica, da qual o Brasil é signatário, uma vez que impõe uma restrição de uso da terra ou dos recursos biológicos pertencente aos indígenas sem a consulta prévia deles, uma vez que possuem plena capacidade para tanto”*; c) *“Dessa forma, reitera-se que não há óbice constitucional para que as comunidades indígenas façam utilização de Organismos Geneticamente Modificados, desde que tal uso não afete, mesmo que em grau mínimo, a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”*.

7. Nesse passo, a presente manifestação dedicar-se-á a explicitação da essência dos riscos que pairam sobre a temática no sentido de que seja adequadamente dimensionada a importância do comando normativo veiculado artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007, para a proteção ambiental. Na sequência, debruçar-se-á sobre a base normas principiológica constitucional dedicada à gestão dos riscos inerentes aos organismos geneticamente modificados (OGMs) e seus derivados, com fito de evidenciar que o artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007 se amolda aos princípios da prevenção, precaução e do desenvolvimento sustentável. Por fim, serão apresentados argumentos que, s.m.j, evidenciariam o descompasso da interpretação jurídica veiculada no Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU com o Texto Constitucional, conforme a seguir expresso:

II.2.1. Da breve contextualização dos riscos atinentes às culturas transgênicas

II.2.2 Da tutela constitucional sobre os riscos decorrentes dos organismos geneticamente modificados e seus derivados

II.2.3. Dos argumentos contrários ao Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU

1 - Prevê a norma que: Art. 10. À Procuradoria Nacional de Defesa do Clima e do Meio Ambiente compete:

(...) III - assistir o Advogado-Geral da União no acompanhamento das demandas judiciais, extrajudiciais e consultivas que tratam da defesa do clima e do meio ambiente, em articulação com os órgãos de direção superior;

II.2.1. Da breve contextualização dos riscos atinentes às culturas transgênicas

9. Com a descoberta a estrutura do DNA na metade do século passado, aliado às possibilidades de isolamento e a cópia dos genes nas células na década 70, foram potencializadas as oportunidades comerciais e produtivas no campo da biotecnologia, entendida como “*qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para a utilização específica*” (artigo 2º do Anexo do Decreto n. 2.519 de 16 de março de 1998).

10. Por exemplo, em 1994, foi comercializado o primeiro transgênico nos EUA, o tomate FLAVR-SAVR cujo genoma foi modificado pela empresa Calgene para retardar o seu amadurecimento pós-colheita. E, desde então, tem sido intensificada esta modalidade produtiva com outros cultivos de transgênicos (a exemplo do milho, a soja, a canola e o algodão), voltados às variedades de plantas com alta qualidade e rendimento, tolerantes à peste, à doença e ao estresse ambiental. Em estudo publicado no ano de 2022 por entidade de consultoria inglesa, o *PG Economics*², foi destacado que as sementes transgênicas já renderam uma produção adicional de 595 milhões de toneladas de milho, 330 milhões de toneladas de soja, 37 milhões de toneladas de algodão e 16 milhões de toneladas de canola.

11. No Brasil, merece destaque que nos anos 90, houve a introdução de forma desautorizada de cultivos transgênicos e a respectiva comercialização desta soja geneticamente modificada que restou autorizada mediante edição de medidas provisórias³.

12. Por sua vez, a Lei n. 8.974/1995 de forma estruturada estabeleceu normas de segurança e mecanismos de fiscalização do uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte dos OGMs e seus derivados. Nesta oportunidade foi instituída a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), órgão ligado ao Ministério da Ciência e Tecnologia, com a função de proceder a análises e avaliar os riscos dos OGMs e seus derivados e prestar apoio técnico-consultivo e assessoramento ao Governo Federal.

13. Em 2005, revogando a norma anterior, mas mantendo em larga medida a estrutura lógica do controle inicializado sobre os organismos geneticamente modificados e seus derivados, restou positivada a Lei da Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005). Interessa notar que a latente preocupação com riscos suscitou a positivação de critério de classificação de risco do transgênicos, por exemplo, relacionada aos os efeitos adversos à saúde humana e ao meio ambiente (inciso VII do artigo 44 do Decreto nº 5.591, de 22 de Novembro de 2005). Deitando os

2 - BROOKES, Graham; BARFOOT, Peter. Environmental impacts of genetically modified (GM) crop use 1996–2018: impacts on pesticide use and carbon emissions. *GM CROPS & FOOD* 2020, VOL. 11, NO. 4, 215–241. Disponível em: < Genetically Modified (GM) Crop Use 1996–2020: Environmental Impacts Associated with Pesticide Use Change (tandfonline.com) >

3 - As medidas provisórias n. 113/2003 e n. 131/2003 liberaram, respectivamente, a comercialização da safra 2003 e o plantio da safra de 2004 com as sementes previamente adquiridas pelos agricultores. E a Medida Provisória n.223/2004 liberou novamente o plantio para a safra do ano seguinte

olhos sobre a norma legal de regência, expressamente dispõe o artigo 1º que se trata de normas de segurança sobre as ações que permeiam todo o processo produtivo, além do consumo, da liberação no meio ambiente e do descarte de OGMs, reforçando ainda a positivação destinada à “*proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente*”.

14. Voltando-se para uma visão panorâmica, com ênfase no aspecto econômico, o portal eletrônico da Embrapa retrata os principais cultivos transgênicos no país:

Desde meados dos anos 2000, a produção de soja transgênica cresceu exponencialmente no Brasil — atualmente, quase toda a produção desse grão em nosso país é geneticamente modificada para ter maior tolerância a pragas, a herbicidas e à seca.

Outra cultura que prontamente abraçou as plantas modificadas foi a do algodão, pois as variedades transgênicas são mais produtivas e demandam menos defensivos, gerando, conseqüentemente, menores custos de produção. Estima-se que o algodão transgênico seja 99% da produção no Brasil hoje.

O milho, grão tão importante para o agronegócio brasileiro quanto a soja, recebeu variedades transgênicas no final dos anos 2000. Com maior resistência a herbicidas e insetos, o milho transgênico conquistou cerca de 90% das lavouras brasileiras.

Posteriormente, o feijão com partes do DNA do vírus do mosaico dourado foi disponibilizado pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), sendo usado principalmente por pequenos produtores.

O eucalipto transgênico, aprovado em 2015, cresce mais rápido e, com isso, demanda menor área plantada. Ainda mais recente, a cana-de-açúcar foi modificada para sobreviver à broca da cana, sua principal praga.

Em 2021, um dos primeiros casos de transgênicos “rejeitados” pela indústria aconteceu com o trigo. O cereal geneticamente modificado para resistir à seca e aumentar a produtividade está enfrentando oposição do setor de panificação. Como a variedade é resistente a um defensivo proibido na Europa, os fabricantes temem a proibição dos produtos brasileiros no continente.

(Disponível em: < <https://summitagro.estadao.com.br/tendencias-e-tecnologia/conheca-os-principais-produtos-transgenicos-da-agricultura-brasileira/> >)

15. Ocorre que, a intensificação da biotecnologia se soma aos demais riscos que permeiam a sociedade pós-industrial, cujas repercussões sequer são plenamente conhecidas ou se encontrem espaço-temporalmente delimitadas e que, em relação aos efeitos adversos para a saúde humana e para o meio ambiente, somente foram parcialmente delimitados pelo conhecimento científico até então disponível.

16. No contexto atual de crise ambiental, tem sido crescente conscientização sobre o comprometimento da biocapacidade do planeta frente ao aumento da pegada ecológica⁴ humana. Neste aspecto, merece realce o artigo intitulado “*Um espaço operacional seguro para a humanidade*” (tradução livre de “*A safe operating space for humanity*”) em que Johan Rockström e outros (2009, p. 473) alertam que a humanidade deve permanecer o mais distante possível dos limiares críticos dos serviços ambientais, especialmente considerando a existência de limites climáticos, geofísicos, atmosféricos, entre outros processos ecológicos⁵. No entanto, conforme os mencionados autores (2009, p. 472), **já teriam sido ultrapassados os limites da perda de biodiversidade, da mudança climática** e do ciclo de nitrogênio, o que pode desencadear outros feedbacks que reduzem drasticamente a capacidade do sistema terrestre, ou importantes subsistemas.

17. Inclusive, especificamente em relação aos riscos que pairam sobre a biodiversidade, cabe salientar o estudo publicado em 2022 que alerta:

As principais forças motrizes diretas para a degradação dos sistemas da terra, da água doce e do mar são as alterações do uso do solo e do mar, a superexploração de plantas e animais, as mudanças climáticas, a poluição e as espécies exóticas invasoras. Esses causadores diretos da perda de biodiversidade e da degradação dos ecossistemas e de seus serviços decorrem do aumento da demanda por energia, alimentos e outros materiais devido ao rápido crescimento econômico, aumento da população, comércio internacional e escolhas de tecnologia, especialmente nos últimos 50 anos.

(WWF. (2022). Relatório Planeta Vivo 2022 – Construindo uma sociedade positiva para a natureza. Almond, R.E.A., Grooten, M., Juffe Bignoli, D. & Petersen, T. (Eds). WWF, Gland, Suíça. P.10. Disponível em:< https://wwflpr.awsassets.panda.org/downloads/relatorio_planeta_vivo_2022_1_1.pdf>)

4 - No Relatório da WWF (2022, p. 35) “A biocapacidade do nosso planeta é a capacidade de regeneração de seus ecossistemas¹¹³, 183. É a moeda fundamental de todos os sistemas vivos na Terra. É a biocapacidade, por exemplo, que fornece às pessoas recursos biológicos e absorve os resíduos que elas produzem. Podemos medir tanto a biocapacidade quanto a demanda que as pessoas colocam nela; a esta chamamos de Pegada Ecológica das pessoas. Ela inclui todas as exigências concorrentes sobre a natureza, desde a produção de alimentos e fibras até a absorção do excesso de emissões de carbono. As contas da Pegada Ecológica documentam que a humanidade usa excessivamente nosso planeta em pelo menos 75%, o equivalente a viver em 1,75 Terras^{113,115}. Esse excesso corrói a saúde do planeta e, com ele, as perspectivas da humanidade”. (WWF. (2022). Relatório Planeta Vivo 2022 – Construindo uma sociedade positiva para a natureza. Almond, R.E.A., Grooten, M., Juffe Bignoli, D. & Petersen, T. (Eds). WWF, Gland, Suíça. Disponível em:< https://wwflpr.awsassets.panda.org/downloads/relatorio_planeta_vivo_2022_1_1.pdf>)

5 - Os autores consideram que a abordagem sobre limites envolve parâmetros e escolhas sociais sobre como lidar com riscos e incertezas. Optando por parâmetros conservadores, o estudo elenca os seguintes subsistemas: mudança climática, taxa de perda de biodiversidade (terrestre e marinho); interferência nos ciclos do fósforo e do nitrogênio; esgotamento do ozônio estratosférico, acidificação dos oceanos, água doce mundial, as mudanças no uso da terra, a poluição química; e a quantidade de aerossol atmosférico.

18. Nesse passo, por importante, cumpre salientar os riscos relacionados às culturas transgênicas, enquanto fator de ameaça à conservação da diversidade biológica e com possíveis impactos sobre a segurança alimentar, segundo informações disponibilizadas pelo Ministério do Meio Ambiente:

1. Riscos

O cultivo de plantas transgênicas, em larga escala, poderá provocar a disseminação de transgenes, cujos efeitos, particularmente sobre os componentes da biodiversidade, são difíceis de estimar e, pior, irreversíveis. A ameaça à biodiversidade, como consequência da liberação desses organismos no meio ambiente, decorre das propriedades específicas de cada transgene. A inserção de uma variedade transgênica em uma comunidade de plantas pode proporcionar vários efeitos indesejáveis, como a alteração na dinâmica populacional ou a própria eliminação de espécies não domesticadas; a exposição de espécies a novos patógenos ou agentes tóxicos; a geração de super plantas daninhas ou super pragas; a poluição genética; a erosão da diversidade genética e a interrupção da reciclagem de nutrientes e energia, entre outros.

Alguns riscos previstos em relação às plantas transgênicas já estão ocorrendo de fato.

A contaminação genética ocasionada pela disseminação de pólen transgênico já é considerada um fato preocupante. Até meados de julho de 2005, foram comprovados 72 casos de contaminação de alimentos, rações animais, sementes, espécies nativas e selvagens por OGMs, e 11 casos de liberações ilegais de OGMs, atingindo 27 países. Foram, ainda, verificados 6 casos com efeitos agrônômicos negativos. No total, tem-se o relato de 89 casos envolvendo organismos geneticamente modificados.

Em vários casos, nos Estados Unidos e no Canadá, foram detectadas sementes de variedades não transgênicas contaminadas por transgenes. Os cultivos de variedades convencionais ou orgânicos de uma determinada espécie estão sendo contaminados pelas variedades transgênicas, como, por exemplo, a contaminação da soja orgânica no Rio Grande do Sul. Esse tipo de contaminação pode ser tanto por cruzamento como pela mistura de sementes. Num estudo feito pela Union of Concerned Scientists em 2004, foi constatado que, pelos menos 50% das variedades convencionais de soja, milho e canola, vendidas para semeadura, já estão contaminadas pelos transgenes.

Um caso no México e dois nos Estados Unidos merecem destaque. No primeiro, os transgenes contaminaram as variedades crioulas e populações

silvestres de milho. Vale salientar que o México é considerado o centro de origem do milho.

Nos Estados Unidos, em 2000, foi detectada, sem a devida informação pertinente no rótulo, uma proteína codificada por um transgene presente na variedade transgênica do milho StarLink, em produtos para consumo humano. Essa variedade, liberada apenas para consumo animal, possui um transgene cuja proteína é potencialmente alergênica à espécie humana. O segundo caso americano foi que o cultivo desses transgênicos provocou a contaminação de outras variedades de milho em áreas vizinhas cujos grãos foram comercializados para diferentes propósitos sem nenhuma identificação relacionada à transgenia. Dois anos depois, lavouras de soja em Iowa foram destruídas porque plantas transgênicas de milho, engenheirado para produzir insulina, originadas de sementes que ficaram na lavoura após a colheita, estavam produzindo pólen e este poderia contaminar lavouras vizinhas. O que acontecerá com a saúde humana se este alimento contendo hormônio for ingerido constantemente?

Duas conseqüências são imediatas à contaminação decorrente da introdução de variedades geneticamente modificadas. A primeira é o surgimento de conflitos entre agricultores e empresas ou entre os próprios agricultores. Caso um agricultor esteja produzindo via cultivos ecológicos, a presença de qualquer contaminação, seja por pólen ou por semente, é totalmente indesejável, pois, além de descaracterizar o produto, poderá dar margem a ações judiciais de apropriação indébita por parte dos detentores dos transgenes.

A segunda é o cruzamento entre variedades transgênicas cultivadas continuamente ao lado da convencional. Isso poderá resultar em alterações na natureza do produto que, conforme o caso, poderá acarretar prejuízos financeiros e biológicos. Portanto, os agricultores não terão as variedades transgênicas como uma opção extra, tão propalada, pois na produção agrícola existirão, então, variedades transgênicas e variedades convencionais contaminadas com o transgene, em diferentes níveis. Dessa forma, não haverá vários nichos de mercados. Haverá um só, cujos impactos econômicos, são imprevisíveis.

Neste contexto, o consumidor fica impedido de exercer seu direito de escolha, pois tudo o que não for de origem agroecológica totalmente isolado de contaminação, poderá ser transgênico. Assim, a rotulagem é muito importante, vez que é uma questão de democracia assegurar ao consumidor informações de qualidade que lhe permitam optar pelo que quer consumir.



Dentre os demais riscos já comprovados com o cultivo de plantas transgênicas cabe destacar ainda:

(i) pesquisadores chineses verificaram que nos cultivos de algodão Bt houve diminuição na população de inimigos naturais parasíticos e na diversidade de insetos em geral;

(ii) variedades transgênicas de algodão e de soja resistentes ao herbicida a base de glifosato cultivadas nos Estados Unidos mostraram maior susceptibilidade a ataques de nematóides e *Fusarium* sp, respectivamente, em relação às convencionais;

(iii) transferência de vários transgenes de resistência a herbicidas para espécies de plantas daninhas;

(iv) impactos negativos em vários organismos não alvo (como mariposas e inimigos naturais de insetos); e

(v) contaminação de mel.

Em relação às plantas transgênicas, é possível afirmar que:

(i) não há controle sobre a expressão do transgene;

(ii) não há controle sobre a disseminação de pólen e sementes;

(iii) não há previsibilidade dos possíveis efeitos em organismos não alvo, na água e no solo; e

(iv) não há previsibilidade dos possíveis impactos socioeconômicos e culturais.

Isso significa que estamos longe de entender adequadamente os transgenes em toda sua cadeia produtiva

Neste contexto, os Estudos de Impacto Ambiental têm duas características importantes. De um lado, permitem que a análise de risco tenha um caráter técnico-científico e de outro, promovem o avanço no conhecimento. Conseqüentemente, o cumprimento da legislação se constitui em promotor de pesquisas e de conhecimento, nunca em uma proibição.

(Disponível em:< <https://antigo.mma.gov.br/mmanoforum/item/7511-riscos.html>>)

(grifos não constantes do texto original)

19. Vê-se que o impacto das culturas transgênicas, cuja alteração genética em larga medida se refere à resistência ao uso de agrotóxicos, para além dos riscos ainda não plenamente mapeados pelo conhecimento científico para o meio ambiente (contaminação de espécies selvagens pela polinização por insetos ou pelo vento ou aumento da resistência das pragas e das ervas daninhas combatidas pelos agrotóxicos utilizado nas cultas transgênicas, provocando o desequilíbrio dos ecossistemas) também se configuram como forte fator de risco à segurança alimentar de determinadas populações centradas em determinadas espécies (a exemplo do o milho), o que inexoravelmente impactaria sobre o modo de vida e a cultura destes.

20. E com isso, torna-se crescente a demanda pelo controle dos riscos atinentes às culturas transgênicas na medida em que o Brasil é considerado um dos países megadiversos do planeta, conforme descrito no Sexto Relatório para o Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica, publicado em 2023:

O Brasil é um dos países mais biodiversos do mundo – entre 10% e 15% de todas as espécies conhecidas atualmente ocorrem no Brasil. O Catálogo Taxonômico da Fauna do Brasil¹ indica 118.847 espécies animais já registradas, entre vertebrados e invertebrados, e a Lista de Espécies da Flora do Brasil já conta com 46.737 espécies de plantas e fungos registradas. O país não conta com uma lista consolidada das espécies de microorganismos já registrados no território nacional e na sua zona econômica exclusiva. O Brasil abriga o maior número de espécies de plantas do mundo, das quais mais de 40% são endêmicas, sendo que o grupo das angiospermas possui maior representatividade de endemismo, com 56% (FORZZA, 2010). Assim, é considerado um país megadiverso. No Brasil, a diversidade está expressa em seus seis biomas continentais (Amazônia, Cerrado, Caatinga, Mata Atlântica, Pantanal e Pampa) e seis zonas costeiras e três conjuntos de arquipélagos oceânicos e cadeias de montanhas submarinhas, com seus diferentes ecossistemas e paisagens; e em sua riqueza de espécies da fauna e flora, e diversidade genética. A diversidade biológica tem sido reconhecida como fundamental para assegurar a sobrevivência e a qualidade de vida das populações e para a manutenção do equilíbrio ecológico. Além de seu valor intrínseco, a biodiversidade aporta contribuição essencial para o bem-estar humano e prosperidade econômica no presente e no futuro. Ela é extremamente importante para desenvolver atividades humanas como a agricultura, a pecuária e as relacionadas à manutenção da saúde. Ela está presente nos

alimentos, roupas, sapatos, artigos de higiene, medicamentos, materiais de construção, combustível, fibras, entre outros. Além de seu valor produtivo, possui valores imateriais, como o cultural, educacional, estético e turístico.

(6º Relatório Nacional Para a Convenção sobre Diversidade Biológica. Série Biodiversidade 55. Brasília: MMA, 2023. Disponível em: < <https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/biodiversidade/publicacoes/6rn>>)

21. Por oportuno, cumpre desmembrar e três os cenários de riscos que foram, minimamente, mapeados para efeitos de elaboração da presente manifestação, com fito de orientar a interpretação do dispositivo em comento (artigo 1º da lei n. 11.460, de 21 de março de 2007) seja adequadamente.

21.1. No que concerne aos **riscos para a diversidade biológica**, há a possibilidade de contaminação dos genes modificados de planta ou organismo sobre variedades silvestres da mesma espécie⁶, bem como de outras espécies que, eventualmente, interajam com o transgênico (organismos não alvo), potencializando a perda de diversidade genética. Lövei, Bonh e Hilbeck (2010, p. 23) salientam algumas nuances dos riscos parcialmente dimensionados⁷ afetos à diversidade biológica:

- a) ao nível genético: perda de diversidade genética, possibilidade de fluxo gênico não intencional que descontraadamente atinja outras espécies;
- b) ao nível populacional: desenvolvimento de pragas secundárias; desenvolvimento de populações de pragas resistentes (o que reduziria as utilidades do traço geneticamente modificado); possível impacto sobre áreas protegidas e as espécies ameaçadas de extinção;
- c) ao nível ecossistêmico: redução da biodiversidade agrícola (pela centralização da produção em poucas variedades e sementes com características patenteadas); perda de serviços ambientais (redução da polinização), impacto sobre os organismos

6 - Cite-se a observação de Cullet (2006, p. 11) quanto à contaminação da canola orgânica pela canola canadense geneticamente modificada para resistir ao Round up Ready (Monsanto versus Schmeiser), além de ensejar a demanda judicial proposta pela Monsanto ao Sr. Schmeiser que se encontrava na posse de sementes de canola geneticamente modificada, sem as tivesse adquirido da empresa, também propiciou o contra-ataque dos agricultores orgânicos de Saskatchewan (Canadá) a processarem a Monsanto e Aventis pela perda da certificação e o abandono o cultivo orgânico. Conforme salientado por Cullet (2006, p. 11), a Corte Suprema após anos de litígio considerou que havia ocorrida uma violação da patente, no entanto o Sr. Schmeiser não devia nada para a Monsanto. Na verdade, o enfoque da análise judicial tinha sido a violação da patente e não a discussão sobre a ausência de mecanismos de biossegurança que evitassem a contaminação pela canola transgênica. Na verdade, restou olvidado o questionamento acerca da responsabilidade da empresa em introduzir organismo geneticamente modificado capaz de se auto replicar. (CULLET, Philippe. Agricultural Genetic Engineering, International Law And Development. Geneva, Switzerland: International Environmental Law Research Centre, 2006. (46/3 Indian Journal of International Law 388) Disponível: < <http://www.ielrc.org/content/a0608.pdf>>. Acesso em: mar 2011).

7 - Destaque-se que há limitações quanto aos métodos de detecção de plantas transgênicas, bem como à disponibilidade de determinados métodos considerando os altos custos (LÖVEI, BONH E HILBECK, 2010, p. 21), além da própria ausência de percepção da contaminação em função da não comercialização de determinadas culturas já produzidas. Com isso, vislumbra-se que escapam ao conhecimento à totalidade dos riscos de contaminação. (LÖVEI, Gábor; BOHN, Thomas; HILBECK, Angelik. Biodiversity, Ecosystem Services and Genetically Modified Organisms. . Penang, Malaysia: Third World Network. 2010. (Biotechnology & Biosafety Series 10). Disponível em: < <http://www.twinside.org.sg/title2/biosafety/pdf/bio10.pdf>>. Acesso em mar 2011).

do solo envolvidos na ciclagem de nutrientes e na manutenção da fertilidade do solo e, até mesmo, impacto sobre organismos de biocontrole, úteis à recuperação ambiental em caso de desastres naturais, por exemplo)⁸.

21.2. Não pode se descurar ainda dos **impactos das culturas transgênicas sobre à saúde humana**, a exemplo do aumento de alergias e da resistência a antibióticos. Nesse passo, merecem destaque alguns apontamentos apresentados em estudo denominado “*Transgênicos: feche a boca e abra os olhos*”, produzida pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), no âmbito do projeto “*Consumer Organizations and the Cartagena Protocol on Biosafety: Protecting the Consumer’s Right to a Healthy Environment in the Developing World*”, coordenado pela Consumers International, com o apoio da Comunidade Europeia:

O QUE AS PESQUISAS CIENTÍFICAS INDICAM?

1. Aumento das alergias Quando se insere um gene de um ser em outro, novos compostos são formados nesse novo organismo, como proteínas e aminoácidos. Se esse organismo modificado geneticamente for um alimento, seu consumo pode desencadear processos alérgicos em parcelas significativas da população, por causa dessas novas substâncias.

2. Aumento de resistência aos antibióticos: Para saber se a modificação genética deu certo, os cientistas inserem nos alimentos transgênicos genes marcadores, que podem ser genes de bactérias. O consumo desses alimentos pode conferir aos microrganismos que causam doenças nos seres humanos resistência a esses medicamentos, ou seja, reduzir ou anular a eficácia dos remédios à base de antibióticos. Por essa razão, a OMS – Organização Mundial da Saúde (Genebra) / FAO – Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (Roma), a Comissão Europeia (Bruxelas) e diversos conselhos científicos conceituados não recomendam o seu uso. Mesmo assim, existem transgênicos autorizados no Brasil contendo genes marcadores extraídos de bactérias.

8 - Especificamente quanto às plantas geneticamente modificadas e tolerantes aos herbicidas, Cullet (2006, p. 02) destaca os seguintes riscos: a) possibilidade de que propiciem condições desvantajosas para os demais seres de determinada cadeia alimentar, reduzindo o percentual de alimentos para algumas aves (pela redução de plantas tidas como daninhas); b) possibilidade de perda de diversidade genética decorrente da contaminação de parentes silvestres; c) e até mesmo, interferências ainda desconhecidas em relação às espécies passíveis de serem afetadas pela cultura transgênica. Realce-se ainda que, assemelhados riscos foram por Mackenzie e outros (2003, p. 25) com relação aos transgênicos: a) Preocupações sobre os efeitos dos OGM sobre biológica diversidade incluem, por exemplo: b) Potencial de dispersão do organismo no ambiente - por exemplo, através de invasão ou o reforço da competitividade; c) Transferência de potencial do material genético inserido (e características relacionadas) para outros organismos - por exemplo através da polinização cruzada; d) Possibilidade de impactos sobre espécies não-alvo - por exemplo, alguns estudos têm sugerido que os cultivos modificados para serem resistentes a pragas de insetos também podem ter efeitos adversos sobre insetos benéficos e pássaros; e) Impactos potenciais sobre as bactérias do solo e do ciclo do nitrogênio; f) Efeitos indiretos sobre o meio ambiente - por exemplo, onde os impactos decorrentes mudou as práticas agrícolas associadas à gestão de uma cultura GM vez que a partir da cultura própria GM; g) Além disso, relativamente às considerações sócio-econômicas relacionadas com a conservação da diversidade biológica, estilos de vida, meios de subsistência e culturas das comunidades tradicionais e indígenas, comunidades rurais, e outros podem ser direta ou indiretamente afectadas. (CULLET, Philippe. Agricultural Genetic Engineering, International Law And Development. Geneva, Switzerland: International Environmental Law Research Centre, 2006. (46/3 Indian Journal of International Law 388) Disponível em: < <http://www.ielrc.org/content/a0608.pdf>>. Acesso em: mar 2011).

3. Aumento das substâncias tóxicas: Muitas plantas possuem substâncias tóxicas para se defender de seus predadores, por exemplo, os insetos. As quantidades encontradas naturalmente, na maioria das vezes, não fazem mal. Micróbios também podem possuir substâncias que matam insetos. No entanto, se o gene de uma dessas plantas ou de um desses micróbios for utilizado em um alimento, é possível que o nível dessas toxinas aumente inadvertidamente e cause mal às pessoas, aos insetos benéficos e a outros animais. Isso já foi constatado com o milho transgênico Bt (*Bacillus thuringiensis*), cujo pólen pode matar lagartas de uma espécie de borboleta (a monarca) e larvas aquáticas das quais muitos peixes se alimentam.

4. Aumento de veneno nos alimentos: A maioria dos transgênicos existentes tem como característica principal ser resistente à ação de agrotóxicos, como é o caso da soja Roundup Ready da Monsanto, que não morre com a aplicação do herbicida glifosato. Não é por acaso que aumentou a quantidade de resíduos desse veneno na soja e também foi alterado seu limite máximo permitido no grão de soja. No Brasil, aumentou 50 vezes: antes, o máximo aceito era de 0,2 ppm (partes por milhão) e hoje são aceitos 10 ppm – o que é péssimo para a saúde dos consumidores.

(INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Transgênicos: feche a boa e abra os olhos. Disponível em: < <https://www.idec.org.br/ckfinder/userfiles/files/Cartilha%20Transgenico.pdf> >)

21.3. No que se refere à **dimensão sócio-econômica**, merecem destaque os seguintes aspectos:

21.3.1. Sendo as culturas agrícolas transgênicas protegidas por patentes torna-se devido o pagamento de *royalties* para a empresa detentora da tecnologia a cada safra, na medida em que pelas regras contratuais o agricultor não pode utilizar as sementes do plantio anterior;

21.3.2. Esta lógica produtiva baseada no sistema de monocultura relega o agricultor a um considerável patamar de dependência ao pacote de insumos necessários à produção de transgênicos, marcado pelo uso de agrotóxicos, além da dependência à aquisição de sementes. Cabe ainda salientar o estudo publicado, em 2022, pela entidade de consultoria inglesa, o *PG Economics*, que identificou ao longo dos últimos 22 anos, desde que desde o primeiro uso comercial generalizado de transgênicos, a adoção da tecnologia transgênica, seja de plantas resistentes a insetos seja de plantas tolerantes a herbicidas teria reduzido a pulverização de pesticidas em 775,4 milhões de kg, o que somente representaria um ínfimo percentual de 8,3% da quantidade de pesticidas⁹;

9 - BROOKES, Graham; BARFOOT, Peter. Environmental impacts of genetically modified (GM) crop use 1996–2018: impacts on pesticide use and carbon emissions. *GM CROPS & FOOD* 2020, VOL. 11, NO. 4, 215–241. Disponível em: < [Genetically Modified \(GM\) Crop Use 1996–2020: Environmental Impacts Associated with Pesticide Use Change \(tandfonline.com\)](https://www.tandfonline.com) >

21.3.3. Inclusive, não se pode descurar ainda o efeito político-econômico decorrente do uso agrotóxicos pelo país, a exemplo da recente aprovação de resolução pela ampla maioria do Parlamento francês destinada ao veto do acordo entre Mercosul e a União Europeia. Aliás, segundo reportagem recente, que “49% dos agrotóxicos vendidos no Brasil são extremamente perigosos” para a saúde humana, animal e para os ecossistemas¹⁰.

21.3.4. Recorrendo-se à fonte do estudo organizado por instituições alemãs e belgas, recentemente publicado, o Atlas dos Agrotóxicos 2022 (tradução livre de “*Pesticide Atlas*”) foi asseverada a nítida correlação de cultivos transgênicos com a utilização de pesticidas, conforme tradução livre:

Hoje, 74% da soja cultivada no mundo são modificados geneticamente. O aumento do uso de geneticamente

organismos modificados (OGM) tem sido associado a um aumento maciço no uso de glifosato. (...) Globalmente, o uso total de glifosato aumentou quase 15 vezes, de 51.000 toneladas em 1995 para 747.000 toneladas em 2014. Este aumento está correlacionado com a expansão do cultivo de soja transgênica na América Latina. Após a introdução de transgênicos na Argentina em 1996, o volume de glifosato havia dobrado em apenas uma década. No Brasil, uso de herbicida na cultura da soja triplicou de 2002 a 2012 para 230.000 toneladas por ano, principalmente devido ao glifosato. Apesar do aumento drástico nas doses de herbicida aplicadas, a produtividade por hectare aumentou apenas cerca de 10 por cento. Brasil e Argentina estão agora entre os países com maior consumo de herbicidas no mundo, em terceiro e quarto lugar globalmente depois da China e dos EUA. (p. 36/37)

(The PESTICIDE ATLAS 2022. Heinrich-Böll-Stiftung, Berlin, Germany Friends of the Earth Europe, Bund für Umwelt und Naturschutz, PAN Europe. 2nd edition, December 2022. Disponível em: <https://eu.boell.org/sites/default/files/2023-04/pesticideatlas2022_ii_web_20230331.pdf>. Acesso em jun 2023).

21.3.5. De outro lado, ainda que pretenda o agricultor retomar a produção não-transgênica na sua propriedade, mesmo observado o lapso temporal necessário, na hipótese do nascimento uma planta transgênica na plantação convencional, seria novamente devido o respectivo pagamento de royalties;

10 - PORTAL G1. 2023. 16 de maio de 2023. Atlas dos agrotóxicos' aponta excessos do Brasil e da América do Sul, destaca jornal francês. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2023/05/16/atlas-dos-agrotoxicos-aponta-excessos-do-brasil-e-da-america-do-sul-destaca-jornal-frances.ghtml>>

21.3.6. Merece realce ainda os riscos de contaminação de culturas orgânicas e a correspondente perda de certificação de orgânicos. Até o final do ano de 2006, Lövei, Bonh e Hilbeck (2010, p. 21)¹¹ sinalizam que ocorreram mais de 100 casos de contaminações indesejadas e 26 casos de liberações de OGMs ilegais foram registradas, normalmente denunciados por organizações não governamentais¹². E neste sentido, em trabalho especialmente dedicado ao tema, Toledo da Silva (2011, (p. 437) foi salientado que:

Além disso, aos agricultores que cultivam tradicionalmente suas variedades de milho ou algodão arbóreo, quando da contaminação por transgênicos, não lhes é permitido responsabilizar a empresa que comercializa as sementes, a empresa detentora da patente da variedade, ou mesmo ao seu vizinho que cultivou plantas transgênicas, por que o processo ainda não está normatizado no âmbito internacional e, sequer, regulamentado na legislação nacional (REIS & FRIGO, 2006)

(TOLEDO DA SILVA, Marciano. Violação de direitos e resistência aos transgênicos no Brasil: Uma proposta camponesa. In: Transgênicos para quem? Agricultura, Ciência e Sociedade/ Magda Zanoni ; Gilles Ferment (orgs.); – Brasília : MDA, 2011)

21.4. Por fim, cabe ainda ressaltar o impacto das culturas transgênicas sobre a **dimensão cultural**, o que fora alertado pelo Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica(CDB), no estudo destinado a subsidiar a Décima Conferência das Partes da CDB(COP10), a saber, Panorama da Biodiversidade Global 3 (2010, p. 35)

A meta acordada pelos governos do mundo em 2002, “atingir até 2010 uma redução significativa da taxa atual de perda de biodiversidade em níveis global, regional e nacional como uma contribuição para a diminuição da pobreza e para o benefício de toda a vida na Terra” não foi alcançada. (...) A diversidade genética da agricultura e da pecuária continua a decrescer em sistemas manejados.

(...)

O abandono de práticas agrícolas tradicionais pode causar perda de paisagens culturais e de biodiversidade associada. As técnicas tradicionais de gestão

11 - LÖVEI, Gábor; BOHN, Thomas; HILBECK, Angelik. Biodiversity, Ecosystem Services and Genetically Modified Organisms. . Penang, Malaysia: Third World Network. 2010. (Biotechnology & Biosafety Series 10). Disponível em:< <http://www.twinside.org.sg/title2/biosafety/pdf/bio10.pdf>>. Acesso em mar 2011.

12 - Relatando os casos de contaminação, realçam Lövei, Bonh e Hilbeck (2010, p. 21) que E entre os casos de maior repercussão, citam os autores (2010, p. 21) dois casos de contaminação de arroz, de um lado, envolvendo um transgênico tolerante a herbicidas nos EUA e, de outro, um OVM Bt na China) foram detectados nos embarques destinados ao consumo humano, a partir das técnicas já disponibilizadas de detecção de transgênicos.

de terras para a agricultura, algumas que datam de milhares de anos, têm se apresentado como uma função importante para manter os assentamentos humanos em harmonia com os recursos naturais dos quais as pessoas dependem. [Ver Quadro 6]. Em muitas regiões do mundo, esses sistemas estão se perdendo, em parte devido à intensificação da produção, e em parte devido ao abandono relacionado com a migração das zonas rurais para áreas urbanas. Em alguns casos, essa tendência pode criar oportunidades para a biodiversidade por meio do restabelecimento de ecossistemas naturais em terras agrícolas abandonadas. No entanto, as mudanças podem também envolver perdas importantes de biodiversidade características tanto de espécies domésticas quanto silvestres e dos serviços ambientais prestados por paisagens manejadas.

PANORAMA DA BIODIVERSIDADE GLOBAL 3. Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica, Panorama da Biodiversidade Global 3, Brasília, Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Biodiversidade e Florestas (MMA), 2010. Disponível em: www.cbd.int/GBO3 e www.cbd.int/GBO3. Acesso em: dez de 2010.

(grifos não constantes do original)

21.5. Ainda revelando a dimensão do conhecimento tradicional sobre determinadas práticas agrícolas, o referido estudo (2010, p. 35) ainda destaca que:

Paisagens agrícolas mantidas por agricultores e pastores que usam práticas adaptadas localmente, não só mantêm relativamente alta a diversidade genética de culturas e pecuária, mas também podem manter a biodiversidade silvestre. Esses tipos de paisagens são encontrados em todo o mundo e são mantidos por meio da aplicação de um vasto leque de conhecimentos tradicionais e práticas culturais que evoluíram paralelamente, criando paisagens com biodiversidade agrícola globalmente significativa.

(grifos não constantes do original)

21.6. Infere-se que o conhecimento desenvolvido pelos agricultores familiares no manejo da agrobiodiversidade¹³, além de se revelar como crucial para a conservação da diversidade genética com relevante impacto positivo para a produção agrícola e alimentar, também representa valor sob a ótica cultural que ostenta a necessidade de proteção. Nesta linha de ideias, Juliana Santilli retratando o conhecimento tradicional comenta que:

13 - A biodiversidade agrícola resulta da interação entre o ambiente, recursos genéticos e os sistemas de gestão e práticas utilizados pelas populações culturalmente diversas, resultando então em diferentes formas de utilização da terra e água para a produção. Mais ainda, a agrobiodiversidade engloba a variedade e diversidade de animais, plantas e microorganismos que são necessários para sustentar as funções chave, as estruturas e os processos do ecossistema agrícola e como apoio da produção e segurança alimentar (FAO, 1999a). INTRODUÇÃO DE CONCEITOS CHAVES. Disponível em: < http://www.fao.org/sd/links/documents_download/Port.modulo_1.pdf > Acesso maio 2014. P. 03.

Os processos, práticas e atividades tradicionais dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais que geram a produção de conhecimentos e inovações relacionados a espécies e ecossistemas dependem de um modo de vida estreitamente relacionado com a floresta. A continuidade da produção desses conhecimentos depende de condições que assegurem a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais. (SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 195)

22. Em suma, o grau de comprometimento dos processos ecológicos aliado aos danos potenciais decorrentes da contaminação por culturas transgênicas justificam a edição de uma norma legal que, expressamente, veicule limitação à pesquisa e o cultivo de organismos geneticamente modificados, lastreada nos princípios da prevenção, precaução e do desenvolvimento sustentável. Em especial, no que se refere aos possíveis impactos para as terras indígenas e áreas de unidades de conservação, conforme tutela positivada no artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007.

23. Com isso, a limitação quanto à destinação de determinadas áreas para a produção agrícola, conforme desenhada pelo artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007, evidencia a nítida intenção de promover a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos, *in casu*, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à segurança alimentar e ao modo de vida das populações indígenas.

24. Assim, a partir do aprofundamento da argumentação acerca do artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007, pretende-se refutar a superficialidade da alegação de incompatibilidade da norma em tela com os preceitos constitucionais, tal como salientado no Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91).

II.2.2 Da tutela constitucional sobre os riscos decorrentes dos organismos geneticamente modificados e seus derivados

25. Neste prisma, considerando os incipientes os conhecimentos sobre efeitos adversos dos riscos assumidos e potencializados pelos avanços científico-tecnológico, a exemplo da pesquisa e do cultivo de transgênicos, aliado à limitada capacidade estatal no gerenciamento da totalidade dos riscos envolvidos que ameaçam a conservação da diversidade biológica, impõe o Texto Constitucional parâmetros normativos relevantes para o deslinde da temática.

26. Nesse passo, merece realce:

Constituição Federal

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;”

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

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.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

(...)



IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

(...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

27. O *caput* do artigo 225 da Carta Magna, explicitamente, proclama o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e prevê o dever de tutela, não apenas atribuível ao Poder Público como também à coletividade, na garantia da qualidade ecologicamente equilibrada do meio ambiente.

28. Com efeito, no que tange ao desempenho do referido poder-dever pelo Poder Público, preconiza o §1º do artigo 225 que desde a elaboração de políticas públicas, passando pelas atividades administrativas e, ainda, atingindo as atividades jurisdicionais, todas devem ser direcionadas, inexoravelmente, à efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob pena de proteção ineficiente do bem jurídico ambiental.

29. E neste sentido, o renomado constitucionalista Canotilho leciona que:

No seu conjunto, as dimensões jurídico-ambientais e jurídico-ecológicas permitem falar de um Estado de direito ambiental e ecológico. O Estado de direito, hoje, só é um Estado de direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente; mas o Estado ambiental e ecológico só será Estado de direito se cumprir os deveres de juridicidade impostos à actuação dos poderes públicos. Como se irá ver nos desenvolvimentos seguintes, a juridicidade ambiental deve adequar-se às exigências de um Estado constitucional ecológico e de uma democracia sustentada. A natureza de princípio conferida a muitas das normas estruturantes da Constituição ambiental – princípio do desenvolvimento sustentável, princípio do aproveitamento racional dos recursos, princípio da salvaguarda da capacidade de renovação e de estabilidade ecológica, princípio da solidariedade entre gerações – obrigará a uma metódica constitucional de concretização particularmente centrada nos critérios de ponderação e de optimização dos interesses ambientais e ecológicos.

(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional ambiental português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. 2007. (org.) Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-57. p. 05/06)

(grifos não constantes do texto original)

30. Desta forma, **a condução estatal no exercício diário das limitações administrativas decorrentes do poder-dever de tutelar o meio ambiente de forma eficiente**, enquanto premissa para a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, por conseguinte, atrelada à dignidade da pessoa humana (constante do inciso III do artigo 1º do Texto Constitucional), **deve estar atenta aos preceitos constitucionais**.

31. Nesta linha de ideias, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin assim destaca como a condução dos atos estatais devem se amoldar ao intento de tutelar adequadamente a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações:

Além disso, como direito fundamental, estamos diante de direito de aplicação direta, em sentido preceptivo e não apenas programático; vale por si mesmo, sem dependência da lei. A ulterior regulamentação ou desenvolvimento pelo legislador ordinário ajudará somente a densificar a sua exeqüibilidade. E vincula, desde logo, todas as entidades públicas e privadas.

(BENJAMIN, Antônio Herman. O meio ambiente na constituição federal de 1988. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado. Desafios do direito ambiental no século XXI. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 363-708. p. 382)

(grifos não constantes do texto original)

32. **E por consequência, tanto na elaboração normativa como na atividade do intérprete da norma jurídica, por exemplo exarada pela orientação jurídica manejada pelo órgão de assessoramento jurídico junto às autarquias, não se pode descuidar dos valores que potencializem a proteção ambiental, a segurança alimentar e a dimensão culturas dos povos indígenas, tal como expresso no artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007.**

33. **E, com isso, resta vedado ao Poder Público promover condutas que, ao final, potencializem os riscos à conservação ambiental, à saúde humana ou que, flexibilize o grau de proteção da qualidade ecologicamente equilibrada do meio ambiente, base fundamente para o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.**

34. E neste sentido, sob a ótica do controle interno dos atos administrativos, não deve prosperar qualquer interpretação normativa que, em matéria ambiental, promova a flexibilização os padrões de proteção ou mesmo a supressão dos parâmetros anteriormente fixados, sob pena de mácula do princípio do não retrocesso. Nesta senda leciona o Ministro Herman Benjamin:

“É seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão - compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação -, transformou-se em princípio geral do Direito Ambiental, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção.” (BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental In Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012)

35. Na hipótese, **orientação jurídica do Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91) contrasta frontalmente com os valores constitucionais, na medida em que minimiza o dever de cautela em relação aos cultivos transgênicos em terras indígenas e suscita suposta inconstitucionalidade do dispositivo legal.**

36. Na contramão dos valores constitucionais envolvidos e lastreada em abordagem destituída de uma análise que considere o microssistema normativo dedicado à gestão dos riscos atinentes aos organismos geneticamente modificados, **o Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91) sinaliza para opção que privilegia a produção transgênica em detrimento da efetividade do artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007**, o qual promove a proteção ambiental das terras indígenas (dada a possibilidade de contaminação de espécies silvestres e de empobrecimento da diversidade genética das espécies utilizadas pela população indígena) e, ainda, da cultura indígena, seja sob a ótica da produção agrícola seja sob a ótica da segurança alimentar.

37. Voltando-se os olhos para os valores constitucionais que juridicamente embasam a previsão do artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007, merece realce que o disposto no **inciso V do §1º do artigo 225 do Texto Constitucional** que incumbiu o Poder Público em “*controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*”.

38. No que se refere à sistemática jurídica de gestão das atividades que ensejam riscos à saúde humana ou ao meio ambiente, ganha especial relevo o reconhecimento das incertezas e da potencialidade dos danos advindos da biotecnologia, a exemplo dos organismos geneticamente

modificados e seus derivados. E exatamente pelos limites do conhecimento científico até então disponibilizado, para além da irreversibilidade dos possíveis danos relacionados às culturas agrícolas transgênicas, que ganha especial relevo o princípio da precaução.

39. O preceito da precaução sinaliza em favor da adoção de medidas destinadas à proteção ambiental, prescindindo da categórica comprovação científica, com vista à contenção de danos irreversíveis. Com isso, este princípio desempenha um papel instrumental preponderante na orientação de condutas públicas e das escolhas realizadas pelos atores privados quanto à gestão das culturas transgênicas, especialmente pelos riscos que as referidas culturas suscitam para a conservação das variedades silvestres, à conservação dos cultivos da sociodiversidade de determinados povos indígenas e dos efeitos adversos da cultura transgênica para a saúde humana, indígenas e não-indígena.

40. Assim, com lastro no **princípio da precaução deve o Poder Público adotar todas as iniciativas que repercutam positivamente na efetiva proteção ambiental, especialmente considerando duas áreas que ganharam especial relevo em sede constitucional, de um lado as unidades de conservação** (espaços especialmente protegidos previstos no inciso III do §1º do artigo 225 CF/88) e **terras indígenas** (§1º, §2º e §4º do artigo 231 CF/88). Nesta senda, merece realce o recente voto da Ministra Relatora Carmen Lúcia na ADPF n. 910:

O princípio da precaução vincula-se diretamente aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e de adoção de segurança dos procedimentos para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de resguardo da saúde integral a ser buscada na existência humana, pela proteção do meio ambiente ou pela garantia das condições de respeito à saúde e integridade física, considerados o indivíduo e a sociedade. Na ordem mundial contemporânea, deve-se adotar como política pública o que se fizer necessário para antecipar-se aos riscos de danos que possam ser causados ao meio ambiente.

(STF. ADPF 910. Relator(a): MIN. CÁRMEN LÚCIA – Plenário; Data início: 23/06/2023; Data prevista fim: 30/06/2023)

41. Basicamente, a opção legislativa positivada no **artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007, que veda a pesquisa e o cultivo de produção agrícola transgênica em terras indígenas, exatamente pelos riscos de comprometimento severo da conservação da diversidade biológica, pelos riscos à segurança alimentar dos povos indígenas e, ainda, pelo risco de comprometimento do modo de vida dos referidos povos, se alinha ao princípio da precaução**. Exatamente por se tratar de baliza normativa que, **sopesando os riscos inerentes às escolhas com repercussões atuais e deletérias, bem como** as incertezas científicas, resguardou determinadas áreas (unidade de conservação e terras indígenas) da possibilidade de pesquisa e cultivo dos transgênicos.

42. Por oportuno, cabe sublinhar as palavras de Paulo Leme Machado:

O mundo da precaução é um mundo onde há a interrogação, onde os saberes são colocados em questão. No mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo. A precaução visa a gerir a espera da informação. Ela nasce da diferença temporal entre a necessidade imediata de ação e o momento onde nossos conhecimentos científicos vão modificar-se. [...]

A primeira questão versa sobre a existência do risco ou da probabilidade de dano ao ser humano e à natureza. Há certeza científica ou há incerteza científica do risco ambiental? Há ou não unanimidade no posicionamento dos especialistas? Devem, portanto, ser inventariadas as opiniões nacionais e estrangeiras sobre a matéria. Chegou-se a uma posição de certeza de que não há perigo ambiental? A existência de certeza necessita ser demonstrada, porque vai afastar uma fase de avaliação posterior. Em caso de certeza do dano ambiental, este, deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção.

“O princípio da precaução consiste em dizer que não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o de que nós deveríamos duvidar” assinala o jurista Jean-Marc Lavieille.

(MACHADO, P. A. L. Direito ambiental brasileiro. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018 p. 51)

43. Não é demasiado recordar que pelos riscos já mapeados pelo conhecimento científico atinentes aos organismos geneticamente modificados e seus derivados, e neste sentido, em consonância com o **princípio da prevenção**, há décadas no país foram editadas normas específicas, a saber, a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995 e a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Inclusive, com previsão específica para classificação de risco do transgênicos, por exemplo, com base nos efeitos adversos à saúde humana e ao meio ambiente (inciso VII do artigo 44 do Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005).

44. Logo, a construção jurídico-hermenêutica não pode descurar da lógica dos riscos que permeiam as culturas agrícolas transgênicas e, neste sentido, somente se afigurará balizada pelos valores constitucionais na hipótese de reforçar os deveres do Poder Público quanto à promoção da conservação da diversidade biológica e da segurança alimentar das populações indígenas. E não, destituída de lastro técnico-científico ou mesmo de embasamento jurídico robusto, refutar comando normativo (artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007) que, efetivamente, promove

valores constitucionais, tal como expresso no **Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91)**,

45. Aliás, nesta seara, cumpre trazer ao lume o entendimento do constitucionalista Ingo Sarlet:

Diante da insuficiência manifesta de proteção, há violação do dever de tutela estatal, e, portanto, está caracterizada a inconstitucionalidade da medida, tenha ela natureza omissiva ou comissiva, sendo possível o seu controle judicial, de tal sorte que, nesse contexto, ganha destaque a própria vinculação do Poder Judiciário (no sentido de um poder-dever) aos deveres de proteção, de modo que se lhe impõe o dever de rechaço da legislação e dos atos administrativos inconstitucionais, ou, a depender das circunstâncias, o dever de correção de tais atos mediante uma interpretação conforme a Constituição e de acordo com as exigências dos deveres de proteção e da proporcionalidade.

(SARLET, Ingo et al. Os Deveres de Proteção do Estado em Matéria Ambiental: Entre Proibição de Excesso e Proibição de Proteção Insuficiente. Brasília. Senado Federal, 2012, fls. 140.)

46. Neste contexto, defende-se que a limitação expressa no **artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007**, se afigura como iniciativa necessária, adequada e alinhada com a proibição de proteção deficiente do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado das presentes e futuras gerações e, por conseguinte, alinhada com os preceitos que sinalizam para a efetividade da tutela da qualidade ecologicamente equilibrada do meio ambiente.

47. Cabe salientar que nos recentes julgados da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 760 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 54, o voto condutor da Ministra Carmen Lúcia assim destacou o papel estatal em prol da defesa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

35. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República dependem da atuação estatal positiva para serem concretizados, impedido, constitucionalmente, como é certo, a sua ação contrária à garantia da proteção eficiente e eficaz do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

(...)

36. A Constituição da República impõe o agir estatal para preservar,

proteger, se for o caso, restaurar o meio ambiente. A inércia do administrador ou sua atuação insuficiente ou, pior ainda, contrária aos deveres constitucionais estatais macula de inconstitucionalidade a atuação do Estado, impondo-se a intervenção judicial para restabelecer a eficácia dos direitos constitucionais à dignidade ambiental, aos direitos fundamentais dos indivíduos da presente e das futuras gerações.

(...)

82. A inefetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado produz efeitos irreversíveis sobre todos os seres humanos, desta e das futuras gerações, causando impacto sobre o direito à saúde e à vida de número indeterminado de pessoas, afetando ecossistemas inteiros, os animais, a qualidade do ar, o solo e os recursos hídricos e minerais. Mais e sempre, atinge-se com as ações deficientes e as omissões estatais a vida de todos os seres do planeta e a existência saudável do planeta mesmo.

(STF. ADPF 760. Voto da Ministra Relatora Carmen Lúcia. Disponível em: < <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VOTOADPF760.pdf> > Acesso em 24 fev 2023)

(grifos não constantes do texto original)

48. Nesta linha de ideias, **não merece prosperar interpretação jurídica** veiculada no Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91), **a qual desatenta à principiologia constitucional que sustenta o microsistema normativo dedicado à tutela dos riscos relacionados aos organismos geneticamente modificados e sinaliza para a suposta incompatibilidade do artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007, com o Texto Constitucional, inclusive, lastreando-se na superveniência de manifestação de cunho técnico que, por hipótese, afastasse todo e qualquer risco decorrente da adoção de culturas transgênicas.**

II.2.3. Dos argumentos contrários ao Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU

II.2.3.1. Da observância do princípio do desenvolvimento sustentável

49. Por oportuno, cabe adentrar a cada detalhamento da argumentação manejada no Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91), no sentido de que reste espancada qualquer dúvida no sentido de que o artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007 sob nenhum ângulo de análise malfere o Texto Constitucional.

50. Refuta-se à tese do Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU em que sustenta que as terras indígenas “(...) não foram previamente escolhidas pelo Poder Público para que haja a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos no território nacional e nas águas Jurisdicionais” pelos seguintes argumentos:

50.1. Ocorre que, não se revela possível a exploração comercial de qualquer propriedade imóvel no país destituída das balizas constitucionais, exatamente, pelo fato de que o desempenho de atividade econômicas não poderá ser realizado de forma apartada do **princípio do desenvolvimento sustentável**.

50.2. Foi expressamente preconizado que a defesa do meio ambiente constituiria princípio orientador da ordem econômica (inciso VI do artigo 170), o qual prima pela utilização racional dos recursos ambientais, inclusive, em favor da existência humana digna para as presentes e futuras gerações. Este o princípio expressa uma ponderação entre interesses atinentes à tutela efetiva do meio ambiente e interesses relacionados à livre iniciativa econômica, com fito de que não haja a prevalência absoluta dos interesses privados frente a defesa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na esteira deste entendimento, convém transcrever trecho da ementa da decisão do Pretório Excelso na Medida Cautelar da ADI 3540, relatada pelo Ministro Celso de Mello:

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.

- A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

(ADI 3540 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528)

50.3. Nesta perspectiva, o exercício dos direitos atinentes à propriedade ou mesmo, como na hipótese dos autos, o exercício do usufruto de imóvel titularizado pela União como as terras indígenas, não deve ocorrer ao arrepio de toda a principiologia constitucional ou em contrariedade à limitação veiculada pelo artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007.

50.4. Ademais, não se revela possível dissociar a proteção efetiva sobre as terras indígenas da correspondente e necessária promoção da conservação ambiental da diversidade biológica como da segurança alimentar dos povos indígenas. Afinal, o comprometimento da conservação da diversidade biológica nas terras indígenas tende a impactar negativamente a conservação ambiental da área como um todo e, por conseguinte, comprometer o modo de vida das populações indígenas.

50.5. Sob pena de retrocesso e de proteção ineficiente, resta vedado ao Poder Público promover a exploração de parte do patrimônio da União, segundo uma lógica que privilegia a produção no sistema de monocultura, marcadamente baseado no uso de agrotóxico e na dependência do fornecimento de sementes e pagamento de royalties, além dos consideráveis riscos de contaminação por genes transgênicos de espécies selvagens que servem de alimentação humana, em especial a indígena, mormente em um cenário de potencialização dos riscos em decorrência da emergência climática.

51. Ao contrário do que fora alegado no Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91), o disposto no artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007, sob nenhum ângulo de análise contraria a Convenção sobre Diversidade Biológica, na medida em que esta norma convencional claramente alerta para os riscos da perda de diversidade biológica e a aponta para a necessidade premente de conservação ambiental. Conforme argumentos a seguir explicitados:

51.1. Historicamente, a Declaração do Rio, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no período de 3 a 14 de junho de 1992, também denominada ECO-92, teve o mérito de consagrar expressamente este preceito, *verbis*:

Princípio 15: De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

51.2. Ainda na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento foi assinada a Convenção sobre Diversidade Biológica¹⁴ que previu primordialmente as balizas afetas à biossegurança, entre outras temáticas. E que, posteriormente, seriam objeto de aprofundamento pelo Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança.

14 - Na mencionada Conferência foram adotadas a Agenda 21 (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento), a Convenção sobre o Clima e os Princípios para a Gestão Sustentável das Florestas.

51.3. Voltando-se os olhos para o preâmbulo da Convenção sobre Diversidade Biológica, a qual fora promulgada no país pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, foi previsto como premissa basilar o princípio da precaução, dispondo que “*falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar*” a “*ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica*”.

51.4. Adentrando ao texto convencional, merece relevo que a Convenção sobre Diversidade Biológica retratou a conceituação de alguns termos que serão bastante relevantes à discussão em apreço:

Biotecnologia significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica.

Diversidade biológica significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas

Recursos biológicos compreende recursos genéticos, organismos ou partes destes, populações, ou qualquer outro componente biótico de ecossistemas, de real ou potencial utilidade ou valor para a humanidade.

51.5. Nos termos do artigo 3º foi afirmada a soberania dos Estados Nacionais de “*explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais*” e de lhes atribuir responsabilidade sobre as atividades desenvolvidas em suas jurisdições, bem como determinou o controle para que estas não causassem danos ao meio ambiente de outros Estados ou em áreas além limites da jurisdição nacional. Preconiza como mecanismo de conservação in situ, relativamente aos riscos advindos da biotecnologia, a Convenção sobre Diversidade Biológica previu a seguinte atribuição aos Estados Parte:

Estabelecer ou manter meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia que provavelmente provoquem impacto ambiental negativo que possa afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana (alínea “g” do artigo 8º).

51.9. Ademais, em relação à gestão de riscos relacionados aos organismos vivos modificados (na nomenclatura internacional, o mesmo que organismo vivo modificado), preconiza o texto convencional a necessidade de consentimento por parte do Estado, exatamente pelos efeitos adversos possam advir da entrada no transgênico no território de determinado país, seja para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, seja para a saúde humana:

3. As Partes devem examinar a necessidade e as modalidades de um protocolo que estabeleça procedimentos adequados, inclusive, em especial, a concordância prévia fundamentada, no que respeita a transferência, manipulação e utilização seguras de todo organismo vivo modificado pela biotecnologia, que possa ter efeito negativo para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. (item 3 do artigo 19)

51.10. Em 29 de janeiro de 2000, em Montreal, alcançou-se consenso e aprovou-se o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica, cuja vigência iniciou-se em 11 de setembro de 2003 no âmbito internacional. E que, no Brasil, o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança foi promulgado pelo Decreto nº 5.705, de 16 de fevereiro de 2006.

51.11. Por sua vez, o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança evidencia orientações correlatas ao princípio em comento desde o preâmbulo. Merece realce o reconhecimento sobre a celeridade dos avanços biotecnológicos, a preocupação com relação aos potenciais efeitos adversos sobre a diversidade biológica e sobre os riscos para a saúde humana, bem como a debilidade dos países em desenvolvimento de se contraporem “à natureza e dimensão dos riscos conhecidos e potenciais associados aos organismos vivos modificados”. Nesse passo, merece realce o preâmbulo:

“As Partes:

Reafirmando a abordagem de precaução contida no Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento,

Ciente de que a biotecnologia moderna se desenvolve rapidamente e da crescente preocupação da sociedade sobre seus potenciais efeitos adversos sobre a diversidade biológica, levando também em consideração os riscos para a saúde humana,

Reconhecendo que a biotecnologia moderna oferece um potencial considerável para o bem-estar humano se for desenvolvida e utilizada com medidas de segurança adequadas para o meio ambiente e a saúde humana,

Reconhecendo também a importância crucial que os centros de origem e os centros de diversidade genética têm para a humanidade,

Levando em consideração os meios limitados de muitos países, especialmente os países em desenvolvimento, de fazer frente à natureza e dimensão dos riscos conhecidos e potenciais associados aos organismos vivos modificados.(...)”

51.12. Evidenciando o objetivo da norma internacional em apreço, prevê o primeiro artigo que:

Artigo 1º – OBJETIVO: De acordo com a abordagem de precaução contida no Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o objetivo do presente Protocolo é de contribuir para assegurar um nível adequado de proteção no campo da transferência, da manipulação e do uso seguros dos organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia moderna que possam ter efeitos adversos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, levando em conta os riscos para a saúde humana, e enfocando especificamente os movimentos transfronteiriços.

51.13. Ainda que em relação ao movimento transfronteiriço de organismos vivos modificados, a norma protocolar previu a necessidade de mecanismo de gestão dado os possíveis efeitos adversos dos organismos vivos modificados sobre a conservação da diversidade biológica e para a saúde humana, prevendo obrigações concernentes ao estabelecimento e manutenção de “mecanismos, medidas e estratégias apropriadas para regular, manejar e controlar os riscos identificados nas disposições de avaliação de risco do presente Protocolo associados ao uso, manipulação e movimento transfronteiriço de organismos vivos modificados” (artigos 16 e 33).

51.14. Nesse sentido, o normativo deixa claramente exposta a preocupação da sociedade internacional com os efeitos e impactos que as tecnologias de modificação genética podem surtir sobre a agrobiodiversidade (com impacto sobre parentes silvestres, variedades crioulas ou ancestrais diretos de organismos geneticamente modificados), todo o meio ambiente e à saúde humana.

51.15. Nesse passo, sendo a Convenção sobre Diversidade Biológica (Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998) e o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança Decreto nº 5.705, de 16 de fevereiro de 2006) normas que adentraram ao ordenamento jurídico e, ainda, expressam a necessidade precípua de gestão dos riscos atinentes aos organismos geneticamente modificados, entende-se a plena consonância com a previsão do artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007, o qual limita espacialmente a pesquisa e o plantio de transgênicos em terras indígenas e unidades de conservação, com fito de tutelar a conservação da diversidade biológica, a segurança alimentar e a saúde humana.

51.16. Até porque, nos moles preconizados pela Convenção sobre Diversidade Biológica (Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998) compete ao Estado-Parte adotar medidas necessárias à conservação das áreas protegidas, nomenclatura internacional utilizada para a designação de unidades de conservação no país. Nesse ponto, merece realce a dicção

Artigo 7 Identificação e Monitoramento

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso, em especial para os propósitos dos arts. 8 a 10:

a) Identificar componentes da diversidade biológica importantes para sua conservação e sua utilização sustentável, levando em conta a lista indicativa de categorias constante no anexo I; b) Monitorar, por meio de levantamento de amostras e outras técnicas, os componentes da diversidade biológica identificados em conformidade com a alínea (a) acima, prestando especial atenção aos que requeiram urgentemente medidas de conservação e aos que ofereçam o maior potencial de utilização sustentável;

c) Identificar processos e categorias de atividades que tenham ou possam ter sensíveis efeitos negativos na conservação e na utilização sustentável da diversidade biológica, e monitorar seus efeitos por meio de levantamento de amostras e outras técnicas; e

d) Manter e organizar, por qualquer sistema, dados derivados de atividades de identificação e monitoramento em conformidade com as alíneas a, b e c acima

Artigo 8 Conservação in situ

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

a) Estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica;

b) Desenvolver, se necessário, diretrizes para a seleção, estabelecimento e administração de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica;

c) Regulamentar ou administrar recursos biológicos importantes para a conservação da diversidade biológica, dentro ou fora de áreas protegidas, a fim de assegurar sua conservação e utilização sustentável;

d) Promover a proteção de ecossistemas, habitats naturais e manutenção de populações viáveis de espécies em seu meio natural;

e) Promover o desenvolvimento sustentável e ambientalmente sadio em áreas adjacentes às áreas protegidas a fim de reforçar a proteção dessas áreas;

f) Recuperar e restaurar ecossistemas degradados e promover a recuperação de espécies ameaçadas, mediante, entre outros meios, a elaboração e implementação de planos e outras estratégias de gestão;

- g) Estabelecer ou manter meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia que provavelmente provoquem impacto ambiental negativo que possa afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana;
- h) Impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies;
- i) Procurar proporcionar as condições necessárias para compatibilizar as utilizações atuais com a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes;
- j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;
- k) Elaborar ou manter em vigor a legislação necessária e/ou outras disposições regulamentares para a proteção de espécies e populações ameaçadas;
- l) Quando se verifique um sensível efeito negativo à diversidade biológica, em conformidade com o art. 7, regulamentar ou administrar os processos e as categorias de atividades em causa; e

(grifos não constantes do texto original)

51.16. Com base nestes argumentos, ostenta legitimidade a norma legal destinada à imposição de limites à pesquisa e ao plantio de transgênicos em determinadas áreas, inclusive em terras indígenas, enquanto imóveis da União, desde que, em consonância com os preceitos constitucionais de conservação da diversidade biológica, segurança alimentar dos povos indígenas e a saúde humana dos povos que habitam as terras indígenas.

51.17. Na esteira deste pensamento, merece realce o julgado na ADI 4923, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, em que restou assim justificado o papel estatal na intervenção econômica:



A legitimidade constitucional de toda intervenção do Estado sobre a esfera jurídica do particular está condicionada à existência de uma finalidade lícita que a motive, bem como ao respeito ao postulado da proporcionalidade, cujo fundamento deita raízes na própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116).

(ADI 4923, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 04-04-2018 PUBLIC 05-04-2018)

51.18. Ao contrário do que orienta o Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91), **o usufruto dos povos indígenas sobre as terras indígenas não pode ocorrer ao arpejo da legislação, inclusive, de cunho ambiental.**

51.19. O Texto Constitucional prevê que as terras indígenas se constituem como bens públicos federais em que a União titulariza a terra nua mas que reconhece a “posse” permanente e o “usufruto” exclusivo por parte dos indígenas (arts. 20, inc. XI, e 231, § 2º, CR). Ocorre que, a melhor hermenêutica constitucional não tolera o exercício dos direitos de forma absoluta. Por importante, cumpre colacionar alguns entendimentos construídos no seio da Corte Suprema acerca do usufruto sobre as terras indígenas:

Somente o “território” enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sociocultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. (...) Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais

as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas, “segundo seus usos, costumes e tradições” (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não índios). (...) A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

[Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, j. 19-3-2009, P, DJE de 1º-7-2010.]

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

[RE 183.188, rel. min. Celso de Mello, j. 10-12-1996, 1ª T, DJ de 14-2-1997.]

(grifos não constantes do texto original)

51.20. Exatamente pelo fato de que as terras indígenas devem servir à preservação dos usos, costumes e tradições dos povos indígenas não seria possível legitimar que a utilização de tecnologia transgênica de cultivo (que não compõem o rol de recursos biológicos disponíveis nas unidades de conservação ou nas terras indígenas), exatamente pelos riscos envolvidos pudesse comprometer a conservação da diversidade biológica, a segurança alimentar e a saúde humana dos povos que se utilizam destes imóveis.

51.21. Com isso, fica evidente que o Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91) coloca em risco a essência pela qual foi reconhecida determinadas áreas destinadas à garantia da existência física e cultural dos povos indígenas na medida em que defende que o uso de tecnologia com forte apelo comercial e uso de agrotóxicos possa macular o modo de vida destes povos e comprometer definitivamente as variedades silvestres que compõem a base da alimentação indígena.

51.22. Com isso, conclui-se que a orientação veiculada na referida manifestação, tutela de forma ineficiente como também contraria toda a lógica construída pelo disposto no artigo 231 da CF/88, *verbis*:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

51.23. Merece destaque ainda que a consulta e o consentimento prévio sobre as atividades a serem desenvolvidas nas terras indígenas não poderia por hipótese retratar atividade que fosse manifestamente ilegal, a exemplo do que fora limitado pelo do artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007. **Logo, o consentimento e a consulta dos povos indígenas se referem às atividades lícitas que poderiam, por hipótese, ser desenvolvidas nas terras indígenas, desde que, observados demais parâmetros legais e normativos.**

52. Por fim, o Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91) retrata o argumento de que c) *“Dessa forma, reitera-se que não há óbice constitucional para que as comunidades indígenas façam utilização de Organismos Geneticamente Modificados, desde que tal uso não afete, mesmo que em grau mínimo, a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”*.

52.1 De pronto, **verifica-se que a condicionante alegada pelo Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU**, a suposta existência de manifestação técnica que afastasse por completo qualquer risco decorrente da pesquisa ou do cultivo de culturas transgênicas em terras indígenas, **se afigura impossível.**

52.2. **Ademais o referido parecer subverte a lógica do princípio da precaução na medida em que sinaliza favoravelmente à pesquisa e ao plantio de transgênico em terras indígenas, em contrariedade ao disposto no artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007, mesmo diante dos impactos conhecidos e dos riscos desconhecidos atinentes à cultura transgênica.** Afinal, segundo a lógica explicitada na referida manifestação jurídica, se há condicionamento à existência

de manifestação técnica afirmando a ausência de riscos é porque, em suma, há a percepção da própria existência de riscos inerentes à pesquisa e ao cultivo de organismo geneticamente modificados.

52.3. No entanto, o princípio da precaução, esculpido desde o Princípio 15 da Declaração do Rio, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no período de 3 a 14 de junho de 1992¹⁵, prevê que diante da incerteza científica quanto aos riscos deve o Poder Público se posicionar da forma mais precaucionaria. Essencialmente, com fito de que sejam resguardados os valores constitucionais da conservação da diversidade biológica, da segurança alimentar e da saúde humana das populações indígenas, inclusive, pela irreversibilidade dos danos decorrentes da contaminação de variedades silvestres.

52.4. A possibilidade de contaminação das variedades silvestres ou mesmo demais contaminações advindas dos cultivos transgênicos sinalizam que o Poder Público, sob pena de proteção ineficiente, deve proceder no sentido de promover a tutela ambiental adequada das terras indígenas, a qual é condição *sine qua non* para que haja a efetiva tutela dos seus usos, costumes e tradições destes povos e mais, se constitui como a base para a qualidade ecologicamente equilibrada do direito fundamental que estes povos e toda sociedade ostentam no termos do artigo 225 da CF/88.

52.5. Neste ponto, o **Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU na medida em que sinaliza em prol de uma produção de cultivos transgênicos em contrariedade ao artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007 se olvida de alguns dos seguintes riscos:** a) contaminação dos transgênicos sobre as variedades silvestres de cultivos que compõem, entre outros, a base da alimentação indígena; b) aumento da dependência dos povos indígenas sobre sementes cujo acesso depende do pagamento de royalties, para além a forte demanda por agrotóxicos; c) possibilidade de contaminação do solo e rios por agrotóxicos utilizados nos cultivos transgênicos; d) aumento da resistência de determinadas pragas nos cultivos transgênicos que podem afetar outros cultivos ou outras fontes alimentares dos indígenas; e) possibilidade de que os povos indígenas sejam judicialmente acionados para o pagamento de royalties, em caso de ocorrência de plantas transgênicas, mesmo após o término da utilização deste tipo de cultivo; f) ausência de conhecimento sobre a existência de alergias e demais aspectos relacionados à saúde humana; h) demais contaminações cruzadas dos genes transgênicos sobre a diversidade biológica das terras indígenas.

II.3. Dos encaminhamentos

53. Assim, com fulcro nos argumentos ora amealhados, em atenção ao rol de normas jurídicas que há décadas reforçam a necessidade de gestão dos riscos pelos efeitos adversos dos cultivos transgênicos sobre a biodiversidade e sobre a saúde humana, entende-se pela completa incompatibilidade **do Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU com os**

15 - Prevê a norma que: Princípio 15: De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

preceitos e valores constitucionalmente tutelados e com o disposto no artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007. E, em acréscimo, conforme explicitado, o entendimento jurídico cunhado no mencionado parecer ainda sinaliza em favor da indevida submissão dos povos indígenas aos riscos parcialmente conhecidos e aos desconhecidos que suscitam grave comprometimento da existência física e cultural destes.

54. Com isso, pretende-se que o presente estudo venha a embasar iniciativa de revisão do entendimento plasmado no **Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU** (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91), devidamente aprovado no seio da Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI pelo DESPACHO n. 00208/2020/GAB/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU.

55. Ademais, vislumbra-se que a orientação ora veiculada em favor da constitucionalidade do **artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007 oriente a atuação das unidades da AGU e da PGF no que tange à condução dos processos judiciais e ainda daquele que sob apreciação da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal – CCAF (Processo Administrativo nº 00598.000905/2022-21).**

III. CONCLUSÃO

56. Ante o exposto, submete-se a presente para que, em sendo aprovada no âmbito desta unidade, seja a presente manifestação encaminhada à Procuradoria-Geral Federal junto à FUNAI, no intuito de que sejam adotados os esforços necessários à revisão do entendimento consubstanciado no Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91), bem como que seja avaliada a possibilidade de que a presente manifestação embase a atuação das unidades contenciosas da AGU e da PGF sobre o tema, incluindo a possibilidade de remessa à Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal – CCAF (Processo Administrativo nº 00598.000905/2022-21).

Brasília, 06 de julho de 2023

Priscila Gonçalves de Oliveira
Advogada da União



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
 PROCURADORIA NACIONAL DE DEFESA DO CLIMA E DO MEIO AMBIENTE
DESPACHO n. 00099/2023/PNDCMA/AGU

NUP: 00400.002194/2023-70

INTERESSADOS:

ASSUNTOS:

1. Aprovo o **PARECER n. 00010/2023/PNDCMA/AGU** de autoria da advogada da União PRISCILA GONÇALVES DE OLIVEIRA, que afirma constitucionalidade do artigo 1º da Lei n. 11.460, 21 de março de 2007 e sugere o encaminhamento desses subsídios à PFE-FUNAI para que revise o Parecer 0003/20202/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (Seq. 03 do Sapiens dos autos do NUP 08620013002/2019-91), nos termos do inciso III do artigo 10 do Decreto nº 11.328, de 1º de janeiro de 2023.
2. Destaco, ainda, que o acolhimento de mudança de entendimento deve reorientar a atuação das unidades da AGU e da PGF no que tange à condução dos processos judiciais e ainda daquele que sob apreciação da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal – CCAF.
3. Como arrolado na manifestação ora aprovada, preliminarmente, já se identifica a necessidade de subsidiar a Ação Civil Coletiva n. 5002810.25.2022.4.04.7118, em trâmite na 1ª Vara Federal de Carazinho (NUP 00531002539202219); a Ação Civil Coletiva n. 5000568-35.2022.4.04.7202/SC, em trâmite junto à 2ª Vara Federal de Chapecó e a Ação Civil Pública n. 5001736-33.2022.4.04.7118 (NUP 00531.001547/2022-48), em trâmite na 1ª Vara da Subseção Judiciária de Carazinho/RS.
4. Ao apoio, para o envio à PFE-FUNAI.

Brasília, 07 de julho de 2023.

(Documento assinado eletronicamente)

MARIANA BARBOSA CIRNE

Procuradora Federal

Procuradora-Chefe da Procuradoria Nacional de Defesa do Clima e do Meio Ambiente

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00400002194202370 e da chave de acesso 6e85f9bb



Documento assinado eletronicamente por MARIANA BARBOSA CIRNE, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1220365168 e chave de acesso 6e85f9bb no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARIANA BARBOSA CIRNE, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 07-07-2023 11:21. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



JURISPRUDÊNCIA
SELECIONADA



.....

DA TESE FIXADA NO TEMA 698 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ATENÇÃO AOS EFEITOS SISTÊMICOS INDESEJADOS NA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO ATENDIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

.....

Claudine Costa Smolenaars¹

Trago o recente julgado do Supremo Tribunal Federal, no tema 698, para provocar debates e destacar a importância da advocacia pública na devida aplicação desse precedente, que deve regular a intervenção judicial nas políticas públicas daqui para frente.

O STF fixou a seguinte tese no tema 698:

“1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado. 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).”

1 - Procuradora Federal, em exercício no NAP da matéria administrativa da PRF4, doutoranda em Direito na UFRGS, Mestrado em Direito na Unisinos, especialista em Análise Econômica do Direito na UFRGS



No voto conduzido pelo Ministro Luis Roberto Barroso, o STF pontuou cinco questões que devem ser consideradas para a intervenção do poder judiciário sobre a política pública: i. a intervenção se justifica quando configurado o **estado de coisas inconstitucional**, ou seja, constata-se um panorama de vazio ou inefetividade de políticas públicas que atingem determinado direito fundamental; ii. a intervenção judicial demanda uma **visão sistêmica** sobre o problema, considerando os recursos existentes e a possibilidade de ampliar ou universalizar a solução prevista; iii. cabe ao judiciário **indicar a finalidade** a ser atendida, mas não o modo de alcançá-la; iv. **reconhecer as limitações** do poder judiciário e sua capacidade institucional limitada; v. importante estabelecer uma **construção dialógica** da solução para maior facilidade de ser implementada pelo poder público.

O primeiro grande efeito dessa decisão é consolidar, definitivamente, que a intervenção do poder judiciário sobre as políticas públicas não representa ofensa à regra constitucional da separação dos poderes (art. 2º, CF/88). Essa argumentação já não vinha sendo acolhida nos recursos do poder público, em geral, e surtia pouco efeito prático (ARE 979.164). No entanto, o julgado traz balizas importantes, o que requer uma análise cautelosa sobre alguns conceitos trazidos pelo voto.

Primeiro, indispensável compreender a tese do **Estado de Coisas Inconstitucional** (ECI), que teve origem na Colômbia² e foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, no caso da ADPF 347, relacionada ao sistema carcerário. Caracteriza-se por um panorama grave de violação aos direitos humanos, de modo generalizado, contínuo e sistemático (CAMPOS, 2015). Para a sua solução, demandaria uma ação estruturante (processo estrutural) que visa estabelecer uma mudança ou reforma nos entes, organizações ou instituições “com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos” (DIDIER JR et al.; 2020, p. 103). Ouso opinar que a avaliação do ECI não pode ser estática, mas dinâmica, ou seja, deve-se analisar o estado de coisas num momento anterior, para saber se o Estado estaria agindo para melhorar o quadro, ou não. Caso contrário, estaríamos em estado de coisas inconstitucional de forma permanente, a justificar a constante intervenção judicial.

Ponto de destaque para a defesa dos entes públicos é a limitação, prevista no voto, de que cabe ao Judiciário indicar a **finalidade** a ser atendida, e não qual a política pública a ser adotada. Assim, as decisões judiciais que determinam a realização de um concurso público, contratação de pessoas, licitações, medidas administrativas específicas, entre outros, podem estar desrespeitando o tema 698 do STF, o que representa um argumento de peso nos recursos. Deve-se ficar atento, no entanto, para o risco de decisões judiciais vagas e de difícil interpretação para fins de parecer de força executória e cumprimento de sentença.

Quanto à menção de Barroso sobre a importância de uma **visão sistêmica**, conceito não jurídico, parece que implicaria em zelar pelo impacto negativo das decisões judiciais³ sobre o panorama geral da política pública, buscando soluções mais amplas. Uma visão sistêmica seria aquela que permite entender a estrutura e o funcionamento de outros sistemas sociais e organizações envolvidas, bem como as interdependências entre diversos fatores. (LUHMANN, 2010)

2 - Segundo Lênio Streck, a tese do estado de coisas inconstitucional não é aplicada na Colômbia há anos (2015).

3 - Como sói acontecer, as decisões judiciais podem causar consequências não previstas, ou mesmo as previstas podem não ser as mais adequadas em termos do problema sob o ponto de vista global. Como destaca o art. 21 da LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/1942), deve o Juiz indicar as consequências jurídicas e administrativas das suas decisões; quando não previstas, cabe à administração pública encaminhar ao judiciário a fim de que seja adequadamente tratada.

O voto destaca, ainda, que o judiciário **tem sérias limitações**, a chamada capacidade institucional, o que deve ser considerado em conjunto com a imposição constitucional de que cabe ao poder executivo escolher a política pública, até por ser mais capacitado em questões, técnicas, científicas e complexas. (BARROSO, 2012, p. 30)

Por fim, a **construção dialógica** de soluções⁴ para uma mais fácil implementação da decisão judicial dependeria de uma rotina de diálogo permanente, com a construção de incentivos para que todas as organizações envolvidas apresentem dados, sejam transparentes e queiram compartilhar informações e abrir participação no processo decisório, em conjunto com o judiciário. Depende da construção de uma rede de confiança, com diálogo formal e informal (LUHMANN, 2010, p. 44), que vai se consolidando na medida em que haja redução de assimetria informacional. Um exemplo dessa prática são os Fóruns Interinstitucionais do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (SMOLENAARS, 2022).

Qual seria o papel da advocacia pública no tratamento da judicialização das políticas públicas, especialmente na adequada aplicação do tema 698 do STF? Conhecer os elementos trazidos pelo voto, buscando a melhor defesa do ente público e fazer respeitar a vontade de gestor, detentor constitucional do poder decisório da política pública. Porém, deve zelar pelo diálogo interinstitucional, para considerar as questões trazidas em juízo, possibilitando um maior pluralismo jurídico na tomada de decisão, bem como a construção coletivas de soluções.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Felipe Braga; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A Importância da Participação Pública nos Processos Estruturais: Contribuições da Teoria Normativa de Susan Sturm. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 2, p. 643-665, maio/ago. 2020. Rio de Janeiro: UFRJ, 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo et al. Da inconstitucionalidade por omissão ao Estado de coisas inconstitucional. 2015.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. nº 75, jan./mar. 2020. Rio de Janeiro: MPRJ, 2020. P. 101-136.

LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión**. Trad. Dario Rodrigues Mansilia. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2010.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: revista de cultura e política**, p. 113-133, 2002.

4 - Uma sentença estrutural dialógica, por sua vez, seria aquela que adotasse a participação dos impactados como essencial para a solução final, em que a intervenção do judiciário seria fraca (weak-form review), mas que fomentasse a cooperação e o consenso, supervisionando as negociações para a melhor solução possível. (ALBUQUERQUE et. al., 2020, p. 657)

SMOLENAARS, Claudine Costa. **O sistema de comunicação organizacional na governança dos conflitos com a administração pública.** Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Unisinos, 2022. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/12161>. Acesso em: 06 jul. 2023

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Revista Consultor Jurídico**, v. 24, 2015.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 62 de 86

03/07/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 684.612 RIO DE JANEIRO

VOTO VISTA:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE.

1. Recurso extraordinário, com repercussão geral, que discute os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde. No caso concreto, busca-se a condenação do Município à realização de concurso público para provimento de cargos em hospital específico, além da correção de irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina.

2. O acórdão recorrido determinou ao Município: (i) o suprimento do déficit de pessoal, especificamente por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e (ii) a correção dos procedimentos e o saneamento das

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 63 de 86

RE 684612 / RJ

irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, com a fixação de prazo e multa pelo descumprimento.

3. A saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

4. A intervenção casuística do Poder Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e da gestão dos serviços de saúde, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, já que desorganiza a atividade administrativa e compromete a alocação racional dos escassos recursos públicos. Necessidade de se estabelecer parâmetros para que a atuação judicial seja pautada por critérios de razoabilidade e eficiência, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador.

5. Parcial provimento do recurso extraordinário, para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros aqui fixados.

6. Fixação das seguintes teses de

2

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 64 de 86

RE 684612 / RJ

juízo: “1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)”.

I. SÍNTESE DO CASO

1. Trata-se de recurso extraordinário originado de ação civil pública proposta, em 2003, pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Município do Rio de Janeiro, em razão das más condições de estrutura e atendimento do Hospital Municipal Salgado Filho. Foram formulados, em síntese, os seguintes pedidos condenatórios: (i) a abertura de concurso público para o provimento cargos vagos na área da saúde, a fim de suprir o déficit de pessoal apontado; (ii) que os servidores aprovados nesse concurso sejam lotados, especificamente, no Hospital Municipal Salgado Filho; (iii) que sejam sanadas, pela Administração municipal, todas as irregularidades apontadas com relação ao referido hospital pelo relatório elaborado pelo Conselho Regional de Medicina – CREMERJ.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 65 de 86

RE 684612 / RJ

2. A ação civil pública se fundamenta em informações colhidas no âmbito de Inquérito Civil, deflagrado a partir de relatório de fiscalização realizado pelo CREMERJ. De acordo com o narrado na petição inicial, além do déficit de 283 profissionais, o relatório aponta irregularidades de diversas naturezas, a exemplo da ausência de vedação dos recipientes coletores de lixo, cruzamento de material estéril com contaminado, e falta de manutenção e substituição de equipamentos.

3. O pedido foi julgado improcedente pela sentença, que se fundamentou, principalmente, em limitações impostas à sindicabilidade jurisdicional de políticas públicas, frente ao princípio da separação dos poderes. Interposto recurso de apelação pelo Ministério Público, a decisão foi integralmente reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que determinou ao Município: (i) o suprimento do déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela direção do hospital, *especificamente por meio da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos*, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame; e (ii) a correção dos procedimentos e o saneamento das irregularidades expostas no relatório do Conselho Regional de Medicina, no prazo de 6 (seis) meses, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). O acórdão foi assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS VISANDO OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO (ARTIGO 127 DA CF/88). SITUAÇÃO CAÓTICA DO HOSPITAL SALGADO FILHO. DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (ARTIGO 5º, CAPUT E 196) E DIREITO À SAÚDE DO CIDADÃO. FATO QUE ATINGE PRINCIPALMENTE, A CAMADA MAIS POBRE DA POPULAÇÃO, QUE NÃO POSSUI PLANO PARTICULAR E DEPENDE TÃO SOMENTE DA REDE PÚBLICA PARA ATENDIMENTO. POSSIBILIDADE DO JUDICIÁRIO

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 66 de 86

RE 684612 / RJ

EXERCER CONTROLE DE POLÍTICA PÚBLICA FUNDAMENTAL, FAZENDO OBSERVAR OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE (ARTIGO 37 DA CF). INEXISTÊNCIA DE DESRESPEITO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. NECESSIDADE URGENTE DE CONTRATAÇÃO DE MÉDICOS E FUNCIONÁRIOS TÉCNICOS, DE MODO A PERMITIR O REGULAR FUNCIONAMENTO DO HOSPITAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA IMPOSSIBILIDADE DE REMANEJAMENTO DE RECEITA ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTES DO STJ E STF. **RECURSO PROVIDO PARA QUE SEJA CUMPRIDO O DÉFICIT DE PESSOAL, COM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA PROVIMENTO DOS CARGOS DE MÉDICO E FUNCIONÁRIOS TÉCNICOS, NOMEAÇÃO E POSSE DOS PROFISSIONAIS APROVADOS NO CERTAME, BEM COMO CORRIGIDOS OS PROCEDIMENTOS E SANADAS AS IRREGULARIDADES EXPOSTAS NO RELATÓRIO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, NO PRAZO DE 6 (SEIS) MESES, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS)”.**

4. O acórdão foi impugnado por recurso extraordinário interposto pelo Município do Rio de Janeiro, com base no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, ora submetido ao julgamento desta Corte. O recorrente alega violação aos arts. 2º e 196 da CF. Defende, em síntese, que: **(i)** embora o Judiciário possa rever a juridicidade do ato discricionário e, se for o caso, declará-lo nulo, não lhe é dado determinar que a Administração Pública pratique um ato discricionário cujo juízo de conveniência e oportunidade é atribuído ao agente público; **(ii)** o implemento do direito à saúde, por meio da construção de hospitais, contratação de profissionais da área e outras medidas administrativas pertinentes, é adstrito à esfera da discricionariedade do administrador; **(iii)** o controle judicial, nesses casos, deve ser afastado quando existirem duas ou mais alternativas válidas ou quando implicar em substituir do

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 67 de 86

RE 684612 / RJ

juízo discricionário do administrador pelo do órgão jurisdicional.

5. A repercussão geral da questão constitucional foi reconhecida em acórdão assim ementado:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECIFICAMENTE QUANTO À SUFICIÊNCIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção” (RE 684612 RG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 06.02.2014).”

6. Iniciada a execução provisória do acórdão de origem, o Município do Rio de Janeiro ingressou com a Ação Cautelar 3.809, na qual foi deferido, em 28.04.2015, efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

7. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso, em parecer ementado nos seguintes termos:

“Recurso extraordinário. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas na área de saúde. Prestação de serviços precários em decorrência da ausência de profissionais suficientes.

O atendimento aos direitos sociais, por meio de formulação das respectivas políticas públicas, é questão que não está relegada unicamente à Administração. A origem constitucional desses direitos permite o controle judicial de sua

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 68 de 86

RE 684612 / RJ

devida observância.

Embora sejam possíveis vários caminhos e intensidades de concretização da norma, a escolha necessariamente deve ser guiada pelo modelo constitucional: caso o caminho seguido desborde do modelo elaborado na Constituição, caberá a intervenção judicial.

A nota programática do direito reforça-lhe o relevante conteúdo axiológico, voltado à necessária consecução dos objetivos consagrados na Constituição; vincula os Poderes, e gera não apenas uma obrigação negativa de não fazer intervenções tendentes a restringir a efetivação desses direitos, mas também uma obrigação positiva de efetivamente concretizá-lo.

O município descumpra, no mínimo essencial, seu impostergável dever de tornar efetivas as políticas públicas de saúde: a constatação de deficiências concretas na prestação dos serviços básicos pela unidade hospitalar, as quais, por se tratar de questões fáticas e de provas, não podem ser revistas nessa via extraordinária.

Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.”

8. Na Sessão Virtual realizada entre 08 e 14.5.2020, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator, votou pelo desprovimento do recurso, propondo a fixação da seguinte tese de julgamento: *“É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, seguido da nomeação e posse dos profissionais aprovados, bem como determinar a correção de procedimentos e o saneamento irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina”*. Seu voto foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux.

9. Pedi vista dos autos para uma análise mais detida da matéria, trazendo-os agora para continuidade de julgamento.

II. UMA INTRODUÇÃO NECESSÁRIA: O DIREITO À SAÚDE E A



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 69 de 86

RE 684612 / RJ

JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

10. A Constituição de 1988, reconhecendo a saúde como direito social fundamental dos cidadãos, conferiu-lhe grau de relevância e destaque absolutamente distinto das normativas constitucionais anteriores. A constitucionalização desse direito e a sua elevação ao *status* de direito fundamental fizeram com que se conferisse à saúde o mais alto grau de importância e de força normativa. Em outras palavras: à luz da normativa constitucional em vigor, não basta que o direito à saúde seja uma promessa; é necessário que o Estado garanta, por meio de políticas públicas, a sua concretização. A saúde consubstancia, assim, bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (arts. 196 e ss. da Constituição).

11. A jurisprudência que se vem formando acerca do *direito à saúde*, em suas diversas vertentes, é exemplo emblemático da conquista, pós-1988, da força normativa e efetividade da Constituição. Os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça variadas prestações concernentes ao direito à saúde, tem procurado realizar a promessa constitucional de sua prestação universalizada.

12. No entanto, como tenho dito em ocasiões diversas, tanto em trabalhos acadêmicos como em votos proferidos nesta Corte em situações análogas, esse sistema vem apresentando sintomas de que pode “morrer da cura”, vítima dos excessos voluntaristas e da falta de critérios objetivos que geram indesejada imprevisibilidade da prestação jurisdicional. Esses problemas colocam em risco a própria continuidade

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 70 de 86

RE 684612 / RJ

das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. De fato, a atuação casuística do Poder Judiciário atende às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, pode interferir nas possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

13. Além disso, a atuação judicial em demandas individuais acaba por colocar em posição de vantagem aqueles que pertencem às classes mais favorecidas. De fato, nessas hipóteses, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial.

14. Portanto, nessa seara, o Judiciário certamente não *podeser menos do que deve ser*, deixando de tutelar direitos fundamentais que seriam promovidos com a sua atuação. Mas também não deve querer *ser mais do que pode ser*, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, acabar causando grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

15. O problema do direito à saúde – e das políticas públicas voltadas à sua promoção e efetivação – deve ser olhado, necessariamente, à luz dos limites e possibilidades das entidades federativas (não só estritamente financeiras, mas também organizativas e executórias, dentre outros aspectos). União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm, sem dúvida, compromisso com a promoção, na maior extensão possível, do direito à saúde. Mas isso se dá em um contexto de formulação e implementação de políticas públicas, que se inserem num amplo sistema – tão amplo como são as necessidades sociais que o Poder Público deve atender. Além da saúde, o Estado também deve promover os direitos à educação, cultura, transporte público, infraestrutura e uma infinidade de



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 71 de 86

RE 684612 / RJ

outros setores, também tutelados pela Constituição e/ou pela lei.

16. Diante de tais considerações, mesmo admitindo que a judicialização é uma circunstância atual e mesmo inevitável da vida brasileira, em matéria de direito à saúde ela não pode ser vista como meio natural de se definirem políticas públicas. De fato, é mais adequado que sejam definidos direitos e obrigações por via legislativa e administrativa, de modo que os litígios sejam residuais e não de massa.

17. Nesse cenário, o que se necessita nessa matéria é estabelecer parâmetros para que a atuação do Judiciário possa se pautar por critérios de racionalidade e de eficiência. É a falta de critérios universais que tem tornado o sistema disfuncional e desigual.

18. Em arremate desta breve introdução, cabe enfrentar a ideia, que acabou se tornando verdadeiro senso comum, de que o Poder Judiciário, quando se depara com casos nos quais se discutem certas questões do direito à saúde – e.g. fornecimento de certo medicamento ou custeio de um tratamento para a parte –, faria uma ponderação entre o direito à vida e à saúde, de um lado, e princípios orçamentários, separação de poderes e reserva do possível, do outro lado. Isso, todavia, não é verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.

III. PARÂMETROS PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

19. Estabelecidas estas premissas, cabe agora analisar a situação posta nos autos, em que o acórdão recorrido consubstancia, inegavelmente, decisão judicial que interfere na seara das políticas públicas na área de saúde, impondo à entidade estatal uma série de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 72 de 86

RE 684612 / RJ

obrigações de fazer, atinentes à abertura de concurso público, à admissão e lotação de servidores em hospital específico e à execução de obras para atender a necessidades ligadas ao direito fundamental à saúde. A questão que se coloca é perquirir se essa intromissão do Poder Judiciário, com a amplitude realizada pelo acórdão recorrido, é legítima e constitucionalmente adequada.

20. Desde logo, destaco que o caso concreto do qual se originou o recurso que ora se analisa reveste-se de inegável gravidade. A seriedade das circunstâncias envolvidas sobressai de diversos documentos e manifestações constantes dos autos. Confira-se, por exemplo, a seguinte passagem do voto do relator do acórdão impugnado:

“No caso em exame, diante do conteúdo dos relatórios das inspeções realizadas pelo Sindicato dos médicos do Rio de Janeiro - SINMED (fls. 162/189 do inquérito civil 635/02) e pelo CREMERJ (fls. 193/352), verifica-se que o Hospital Salgado Filho encontra-se sem condições de prestar serviço médico adequado.

Dentre os problemas encontrados no nosocômio, pode-se mencionar a falta de manutenção dos aparelhos de raio X; falta do aparelho chamado ‘arco em C’; falta de três neurocirurgiões; déficit de sete cirurgiões, além de um cirurgião infantil especializado, nos plantões; necessidade de implantação de UTI infantil e neo-natal, com pessoal especializado, ausência de urologista, o que deixa desativado o serviço de urologia, falta de tela de cirurgia para hérnia, na emergência é preciso a contratação de um cirurgião torácico, bem como de cinco plantonistas em cirurgia vascular e alta taxa de mortalidade

A gravidade e precariedade da situação das unidades hospitalares têm como principal causa a falta de investimento do Município no setor.

Um caos, verdadeiro ‘caso de polícia’.

O total descaso da Administração resta demonstrado pela cessação dos contratos de manutenção predial e de



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 73 de 86

RE 684612 / RJ

equipamentos, bem como pela suspensão das licitações para aquisição de medicamentos, materiais e insumos.

Aduz-se que o estado caótico do nosocômio atinge, principalmente, a camada mais pobre da população, que não possui plano de saúde e depende tão somente da rede pública.

A forma de supor as necessidades básicas evidenciadas pelos relatórios de inspeções consiste na contratação de mão de obra, haja vista que há um déficit total de 283 profissionais.” (fls. 333/334).

21. Consoante já exposto no tópico anterior, a atuação do Poder Judiciário em matéria de concretização de direitos sociais é permeada por complexidades e críticas. Contudo, em cenários em que a inércia administrativa frustra a realização de direitos fundamentais, não há como negar ao Poder Judiciário algum grau de interferência para a implementação de políticas públicas. Negar a possibilidade de atuação jurisdicional nessa matéria equivaleria a negar a própria efetividade do direito social constitucionalmente assegurado, retornando à ultrapassada ideia de que tais direitos seriam normas meramente programáticas ou principiológicas.

22. Anoto que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a intervenção do Judiciário para a implementação de políticas públicas, em situações excepcionais, quando comprovada a inércia ou morosidade do ente público, como medida assecuratória de direitos fundamentais. Nesse sentido: ARE 1.230.668 AgR-EDv-AgR, sob a minha relatoria, Tribunal Pleno, j. em 16.08.2022; ARE 1.408.531 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 07.02.2023; ARE 1.289.323 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. em 04.10.2021, dentre outros.

23. Ressalto, sobre o tema, a tese firmada no RE 592.581, j. em 13.08.2015, tema 220 da repercussão geral, no seguinte sentido: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 74 de 86

RE 684612 / RJ

prisoinais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes". Nesse precedente, o Tribunal examinou o espaço de atuação judicial, tendo em vista, de um lado, as precárias condições materiais em que se encontram as prisões brasileiras, e, de outro, a delicada situação orçamentária da União e demais entes federados.

24. Destaco, também, julgado recente no qual o Plenário desta Corte reafirmou o papel do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais. No RE 1.008.166, paradigma do tema 548 da repercussão geral, discutiu-se o dever do Estado de assegurar vaga em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, à luz do art. 208, IV, da Constituição. Nessa oportunidade, o Tribunal consignou que omissões do Poder Público na concretização do direito à educação infantil constituem violação direta ao texto constitucional, a respaldar a atuação do Judiciário.

25. Ao final, foi fixada a seguinte tese de julgamento: "1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica". O acórdão foi ementado nos seguintes termos:

"Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. GARANTIA DE VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE. AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 208, IV, DA CF/88.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 75 de 86

RE 684612 / RJ

PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que assegura às crianças de zero a cinco anos de idade a primeira etapa do processo de educação básica mediante o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (art. 208, IV, da Constituição Federal).

2. O Estado tem o dever constitucional de garantir o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão estatal e violação a direito subjetivo, sanável pela via judicial. Precedentes: ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 15/9/2011; AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 4/6/2009, e RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 3/8/2007.

3. O Poder Judiciário pode impor à Administração Pública a efetivação de matrícula de crianças de zero a cinco anos de idade em estabelecimento de educação infantil, sem haja violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

4. Ex positis, voto no sentido de, no caso concreto, NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma.

5. A tese da repercussão geral fica assim formulada: 1. A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.” (RE 1.008.166, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 22.09.2022)

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 76 de 86

RE 684612 / RJ

26. Na área da saúde pública, a inefetividade dos direitos fundamentais ficou ainda mais nítida durante o período da pandemia de Covid-19. A situação precária de grande parte dos hospitais e centros de atendimento públicos do país, com falta de estrutura material de atendimento, equipamentos de proteção coletiva e individual e déficit de profissionais de saúde foi um dos grandes obstáculos para o enfrentamento da pandemia no Brasil.

27. Exemplifica essa situação a liminar deferida por este Tribunal na ACO 3.473, j. em 08.04.2021. A demanda foi proposta pelo Estado do Maranhão contra a União, diante da redução no custeio dos leitos de UTI necessários ao enfrentamento da pandemia da COVID-19. Dentre outras medidas, a Corte determinou ao ente federal que restabelecesse os leitos destinados ao tratamento da COVID-19, além de prestar suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTIs no Estado requerente, sempre de forma proporcional às outras unidades federativas. Transcrevo, para melhor elucidação, a ementa do julgado:

“TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO SOCIAL À SAÚDE (CF, ARTS. 6º E 196). PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. COVID-19. COMPROVAÇÃO, POR MEIO DE ESTUDOS TÉCNICOS QUALIFICADOS, DO RECRUDESCIMENTO DA CRISE DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL. AUMENTO DO NÚMERO DE ESTADOS EM ZONA DE ALERTA CRÍTICO (MAIS DE 80% DOS LEITOS DE UTI OCUPADOS). INÉRCIA DA UNIÃO FEDERAL NO DESEMPENHO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DE EXERCER A COORDENAÇÃO NACIONAL DO ENFRENTAMENTO AO ESTADO DE EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA E DE PROVER AUXÍLIO TÉCNICO E FINANCEIRO AOS ENTES SUBNACIONAIS NA EXECUÇÃO E FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS SANITÁRIAS. INJUSTIFICADA REDUÇÃO DE CUSTEIO DOS LEITOS DE UTI PARA PACIENTES DA COVID-19 NOS ESTADOS-



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 77 de 86

RE 684612 / RJ

MEMBROS. LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS CONSTITUCIONAIS DE SAÚDE PÚBLICA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC. PROBABILIDADE DE DIREITO EVIDENCIADA. RISCO DE DANO CARACTERIZADO: NÃO HÁ NADA MAIS URGENTE DO QUE O DESEJO DE VIVER. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DEFERIDA. REFERENDO. 1. As condições da saúde pública decorrentes da calamidade provocada pelo novo Coronavírus, agravadas pelo recrudescimento da pandemia em todo território nacional, desautorizam qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, especialmente a supressão de leitos de UTI habilitados (custeados) pela União. 2. Comprovada a omissão estatal e identificado o gerenciamento errático em situação de emergência, como a que ora se apresenta, é viável a interferência judicial para a concretização do direito social à saúde, cujas ações e serviços são marcados constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal (CF, arts. 6º e 196). 3. Tutela de urgência deferida para: (i) determinar à União Federal que analise, imediatamente, os pedidos de habilitação de novos leitos de UTI formulados pelo Estado requerente junto ao Ministério da Saúde; (ii) determinar à União que restabeleça, imediatamente, de forma proporcional às outras unidades federativas, os leitos de UTI destinados ao tratamento da Covid-19 no Estado requerente que estavam habilitados (custeados) pelo Ministério da Saúde até dezembro de 2020, e que foram reduzidos nos meses de janeiro e fevereiro de 2021; (iii) determinar à União Federal que preste suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTI's no Estado requerente, de forma proporcional às outras unidades federativas, em caso de evolução da pandemia. 4. Medida liminar referendada.”

(ACO 3.473 MC-Ref, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. em 08.04.2021)

28. Nesse cenário, é importante a construção de parâmetros

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 78 de 86

RE 684612 / RJ

para permitir uma atuação efetiva e organizada do Poder Judiciário, com vistas à concretização de direitos fundamentais, respeitado o espaço de discricionariedade do administrador para a definição e implementação de políticas públicas.

29. Em *primeiro lugar*, é necessário que esteja devidamente comprovada nos autos a ausência ou grave deficiência do serviço público, decorrente da inércia ou excessiva morosidade do Poder Público. De fato, quando os Poderes Legislativo e Executivo descumprem seus deveres institucionais, o Poder Judiciário estará autorizado a servir de alerta para que estes exerçam suas atribuições. Falhas estruturais geradas pelo vazio ou pela inefetividade de políticas públicas para o atendimento de determinado direito fundamental fazem com que a atuação do Judiciário seja necessária, em especial se estiver em jogo o mínimo existencial.

30. Assim, diante de um Poder Executivo omissivo, é necessária uma intervenção judicial para “retirar as autoridades públicas do estado de letargia”, como bem pontuou esta Corte na medida cautelar da ADPF 347, que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional”, em razão da violação massiva de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro.

31. Em síntese, é obrigação dos Poderes Públicos fornecerem políticas públicas de qualidade. Mesmo diante de uma escassez de recursos, os direitos fundamentais não podem ser ignorados, cabendo ao Estado oferecer condições mínimas para a efetivação desses direitos em nome da dignidade humana. Frente a omissões reiteradas do Executivo e Legislativo, pode o Judiciário ser chamado na tentativa de corrigir violações constantes ao texto constitucional.

32. Em *segundo lugar*, no atendimento dos pedidos formulados pelo autor da demanda, deve-se observar a possibilidade de universalização da providência a ser determinada, considerados os

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 79 de 86

RE 684612 / RJ

recursos efetivamente existentes¹. De fato, os recursos públicos são finitos e insuficientes ao atendimento de todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a tomada de decisões difíceis. Nesse contexto, decisões judiciais casuísticas, que determinam a adoção de diversas melhorias em hospital específico e se distanciam de uma visão sistêmica sobre a matéria acabam por contribuir para a desorganização da Administração Pública, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão e impedindo a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

33. Assim, o órgão julgador deverá questionar se é razoável e faticamente viável que aquela obrigação seja universalizada pelo ente público devedor. Na hipótese em análise, caberia ao Tribunal de Justiça local examinar se seria possível ao Município do Rio de Janeiro implementar as obrigações impostas também em outras unidades de saúde que estejam em condição similar à do Hospital Salgado Filho.

34. Em *terceiro lugar*, entendo que cabe ao órgão julgador determinar a finalidade a ser atingida, mas não o modo como ela deverá ser alcançada. Estabelecida a meta a ser cumprida, diversos são os meios com os quais se pode implementá-la, cabendo ao administrador optar por aquele que considera mais pertinente e eficaz. Trata-se de um modelo “fraco” de intervenção judicial em políticas públicas, no qual, apesar de indicar o resultado a ser produzido, o Judiciário não fixa analiticamente todos os atos que devem ser praticados pelo Poder Público, preservando, assim, o espaço de discricionariedade do mérito administrativo².

1 Cf. Daniel Sarmento, “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”, In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.), *Direito Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, 2010.

2 Sobre o tema, confira: Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, 2008, pp. 247-258; Felipe de Melo Fonte, *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*, 2015, pp. 321-322; Camila Almeida Porfiro, *Litígios Estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade*, 2018, pp. 73-79.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 80 de 86

RE 684612 / RJ

35. No exemplo dos autos, constatado o déficit de profissionais de saúde, caberia ao Judiciário determinar que a irregularidade seja sanada. No entanto, cabe ao Poder Executivo Municipal decidir se suprirá tal deficiência, por exemplo, mediante a realização de concurso público, por meio do remanejamento de recursos humanos ou a partir da celebração de contratos de gestão e termos de parceria com organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP). Anoto que, na ADI 1.923 (red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 16.04.2015), este Tribunal respaldou o modelo de colaboração público-privada para a prestação de serviços públicos de saúde, educação, cultura, dentre outros. Portanto, não pode o Poder Judiciário substituir a vontade do administrador público e privilegiar determinada forma de contratação de pessoal ou de gestão dos serviços públicos de saúde.

36. Desse modo, o órgão julgador deve privilegiar medidas estruturais de resolução do conflito³. Para atingir o “estado de coisas ideal”⁴ – o resultado a ser alcançado –, o Judiciário deverá identificar o problema estrutural. Caberá à Administração Pública apresentar um plano adequado que estabeleça o programa ou projeto de reestruturação a ser seguido, com o respectivo cronograma. A avaliação e fiscalização das providências a serem adotadas podem ser realizadas diretamente pelo Judiciário ou por órgão delegado. Deve-se prestigiar a resolução consensual da demanda e o diálogo institucional com as autoridades públicas responsáveis.

37. No caso dos autos, por exemplo, pode-se pensar em um

3 Sobre o tema “litígios estruturais”, veja: Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro, *Revista de Processo* n° 303: 45-81, 2020; Sergio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marco Felix Jobim, Curso de Processo Estrutural, 2021.

4 Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro, *Revista de Processo* n° 303: 45-81, 2020.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 81 de 86

RE 684612 / RJ

plano para correção das irregularidades no Hospital Municipal Salgado Filho, que garanta um mínimo existencial para o atendimento da população, respeitando, assim, o direito à saúde e à dignidade humana e, ao mesmo tempo, considere a situação das demais unidades de saúde sob responsabilidade do Município, para as quais os recursos orçamentários e esforços administrativos também devem ser orientados. O plano poderia ser elaborado diretamente pela Administração Pública Municipal – e, posteriormente, homologado pelo Tribunal de Justiça local – ou desenvolvido em conjunto entre os dois Poderes.

38. Em *quarto lugar*, anoto que uma das principais críticas à atuação judicial na implementação de política pública diz respeito à ausência de expertise e capacidade institucional. Essa ideia se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. Para atenuar esse problema, a decisão judicial deverá estar apoiada em documentos ou manifestações de órgãos técnicos, que podem acompanhar a petição inicial ou compor a instrução processual. No caso em análise, por exemplo, a inicial da ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro fundamenta-se em relatórios das inspeções realizadas pelo Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro – SINDMED e pelo CREMERJ.

39. Em *quinto lugar*, sempre que possível, o órgão julgador deverá abrir o processo à participação de terceiros, com a admissão de *amici curiae* e designação de audiências públicas, permitindo a oitiva não apenas dos destinatários da ordem, mas também de outras instituições e entidades da sociedade civil. Tais providências contribuem não apenas para a legitimidade democrática da ordem judicial como auxiliam a tomada de decisões, pois permitem que o órgão julgador seja informado por diferentes pontos de vista sobre determinada matéria, contribuindo para uma visão global do problema. Além disso, uma construção dialógica da decisão favorece a sua própria efetividade, uma vez que são maiores as chances de cumprimento, pelo Poder Público, de

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 82 de 86

RE 684612 / RJ

determinações que ele próprio ajudou a construir.

IV. CONCLUSÃO

40. No caso em análise, o acórdão recorrido reconheceu a omissão específica do Município do Rio de Janeiro no cumprimento de seu dever constitucional de garantir o direito à saúde, em razão das precárias condições do Hospital Municipal Salgado Filho. Esses elementos probatórios não podem ser revistos neste momento processual, em razão do óbice da Súmula 279. Nesse cenário, a intervenção do Poder Judiciário visa a garantir o mínimo existencial relativo ao direito à saúde, intimamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana.

41. No entanto, as providências determinadas pelo Tribunal local não se alinham aos parâmetros de atuação aqui propostos, uma vez que não se limitam a indicar a finalidade a ser atingida. Em lugar disso, interferem fortemente no mérito administrativo ao determinar, por exemplo, a contratação de pessoal via concurso público e a sua lotação em determinado hospital da rede municipal de saúde.

42. Além disso, vale lembrar que a ação foi proposta em abril de 2003 e o acórdão recorrido proferido em maio de 2006. Portanto, é necessário examinar se, quase 20 (vinte) anos depois, as irregularidades indicadas na inicial e as medidas determinadas pelo acórdão recorrido ainda atendem à atual realidade do Hospital Salgado Filho.

43. Diante do exposto, voto no sentido de **dar parcial provimento ao recurso extraordinário** para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos à origem, para novo exame da matéria, de acordo com as circunstâncias fáticas atuais do Hospital Municipal Salgado Filho e com os parâmetros aqui fixados.



Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 83 de 86

RE 684612 / RJ

44. Proponho a fixação das seguintes teses de julgamento: “1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)”.

45. É como voto.





.....

COMENTÁRIOS À SENTENÇA ARBITRAL FINAL DO CASO CCI Nº 26245, DE 09 DE AGOSTO DE 2023 (PETRA ENERGIA S.A. V ANP)

.....

Nilo Sérgio Gaião Santos¹

No mês de agosto de 2023, recebemos o resultado positivo de um relevante procedimento arbitral, oriundo de uma concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural. Por convite da Revista, optamos por trazer essa importante decisão ao conhecimento de todos os leitores do periódico.

A disputa foi iniciada pelo concessionário (Petra Energia S.A.) contra a ANP com base na cláusula arbitral existente no contrato. Segundo essa cláusula, disputas contratuais precisariam ser resolvidas por meio de arbitragem, que é um método heterocompositivo de solução de litígios. Além de afastar a competência do Poder Judiciário para a solução da disputa, a arbitragem resulta na prolação de uma decisão definitiva, para qual não existe possibilidade de recurso arbitral ou judicial.

No caso comentado, o mérito era bastante interessante e inovador. Em linhas gerais, a ANP declarou a perda da qualificação da concessionária, que na prática se tornara insolvente, e possibilitou à empresa que transferisse seus contratos como alternativa à rescisão contratual. No entanto, a Petra Energia indicou como empresa cessionária uma pessoa jurídica repleta de pontos de contato com a concessionária original: um dos sócios da cessionária, por exemplo, era filho

1 - Procurador Federal. Coordenador de Arbitragens da PF/ANP. Coordenador substituto da Equipe Nacional de Arbitragens da PGF (ENARB). Especialista em Direito e Economia da Regulação pela UERJ. Master of Laws em Arbitragem Internacional pela Queen Mary University of London. E-mail: nilo.santos@agu.gov.br

do presidente da Petra Energia. Diante da confusão entre velha e nova empresas, a ANP negou o pedido de cessão, entendendo se tratar de negócio jurídico simulado.

Essa negativa administrativa teve um alto impacto financeiro. Negada a cessão, os contratos foram declarados extintos por inadimplemento; com isso, a ANP iniciou providências para executar as respectivas garantias financeiras, que juntas totalizam mais de R\$ 400 milhões em valor atualizado.

O objeto da disputa passava por definir se a decisão administrativa era válida, se foi observado o devido processo legal e se a ANP poderia ter imposto as multas contratuais protegidas pelas garantias. Em suma, o ponto nodal era a caracterização ou não de simulação, que é algo notoriamente difícil de comprovar.

O procedimento teve início em março de 2021, com a apresentação de Requerimento de Arbitragem por parte da empresa, no qual indicou como árbitro o Professor Cristiano Zanetti. Em sua Resposta, a ANP indicou a Professora Carmen Tibúrcio. Os coárbitros, em conjunto, acabaram por indicar o Professor Cesar Guimarães Pereira como árbitro presidente.

A condução do caso foi excepcional: o Tribunal Arbitral atuou de maneira harmônica, imparcial, detalhista e célere. A sentença foi prolatada pouco mais de 2 anos depois do início do procedimento, decidindo a disputa de maneira integralmente favorável à ANP.

São vários os aspectos de mérito que se apresentam importantes para a ANP e demais entidades representadas pela AGU. Os dois principais são, na nossa opinião, os entendimentos de que a simulação é um instituto de Teoria Geral do Direito, dispensando expressa previsão na regulação ou no contrato, e de que a comprovação desse tipo de vício demanda a compreensão de provas indiretas e da situação fática como um todo. Além desses pontos, a rejeição da tese de violação do devido processo legal administrativo também merece atenção, por ter rechaçado a leitura formalista e ultrapassada feita pela concessionária sobre esse princípio.

O caso também é relevante para o contexto atual de incremento no número de arbitragens envolvendo entidades federais. A condução eficiente e o nível de qualidade da decisão demonstram que a arbitragem possui, sim, benefícios em comparação com o Poder Judiciário, onde processos se alongam por anos e passam por diversas instâncias sem que isso reflita necessariamente em decisões técnicas. Considerando a necessidade de maior segurança jurídica na solução de disputas decorrentes de contratos complexos e de longo prazo, poder público e concessionário extraem óbvios benefícios de uma arbitragem bem conduzida.

Por fim, para permitir a publicação da sentença na Revista, houve a necessidade reduzi-la drasticamente. Não foi tarefa fácil diminuir 180 páginas para cerca de 40: isso só pôde ser alcançado com a manutenção dos tópicos mais relevantes, que veiculam a efetiva decisão dos árbitros em cada um dos pontos controvertidos. Optou-se, ademais, também pela eliminação de notas de rodapé.

Essa redução, contudo, não gera qualquer prejuízo. Em breve, a íntegra da sentença será disponibilizada no website da Equipe Nacional de Arbitragens da Procuradoria-Geral Federal, que atuou na disputa em conjunto com a Procuradoria Federal junto à ANP (<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb/casos-finalizados>).

Espera-se que a sentença arbitral gere curiosidade e interesse naqueles que ainda não possuem familiaridade com a arbitragem como forma de solução de disputas. E para os que já são familiares a esse tipo de litígio, que a decisão possa contribuir para o seu aprofundamento acadêmico ou prático.

Versão adaptada da Sentença Arbitral Final

1. INTRODUÇÃO

Esta Sentença Arbitral resolve disputa submetida à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”) relativa a 17 (dezessete) Contratos para Exploração e Produção de Petróleo e Gás celebrados pelas Partes (“Contratos”) com base na 11ª Rodada de Licitações de Blocos da ANP.

O Procedimento Arbitral CCI nº 26245/PFF (“Procedimento” ou “Arbitragem”) é contratualmente regido pelo compromisso arbitral firmado pelas Partes em 25 de março de 2021 (“Convenção de Arbitragem”), pelo Regulamento de Arbitragem da CCI em vigor desde 1º de janeiro de 2021 (“Regulamento”) e pela Ata de Missão assinada pelas Partes e Árbitros em 5 de novembro de 2021 (“Ata de Missão”). É legalmente regido pela Lei 9.307 de 1996 (“Lei de Arbitragem”). O litígio foi decidido de acordo com o direito brasileiro.

A Requerente é a Petra Energia S.A. (“Petra” ou “Requerente”), pessoa jurídica de direito privado com sede na República Federativa do Brasil. A Requerida é a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Bio-combustíveis (“ANP” ou “Requerida”), autarquia federal vinculada ao Ministério de Minas e Energia da República Federativa do Brasil.

A disputa se refere a determinadas consequências do inadimplemento dos Contratos. A ANP possibilitou, por meio de notificação de 13 de dezembro de 2018 (DRTE-003), a cessão dos Contratos como alternativa à resolução por inadimplemento (“Cessão Compulsória”). A Petra assinou instrumento de cessão de direitos exploratórios (“Termo de Cessão”) à empresa Tucano Sul Exploração e Produção de Petróleo e Gás Ltda (“Tucano Sul”) em 14 de março de 2019 (DRTE-005), mas seu objeto e execução foram subsequentemente frustrados pela Resolução de Diretoria nº 492/2020 (“RD 492/2020” – DRTE-028) da ANP que, em 1º de outubro de 2020, denegou o pedido de cessão.

O inadimplemento dos Contratos pela Petra, um dos pressupostos da Cessão Compulsória, não é objeto deste procedimento. Outro procedimento arbitral discute essa questão (DRDA-008). Esta Arbitragem trata apenas da denegação, pela ANP, da cessão dos direitos exploratórios objeto dos Contratos pela Petra à Tucano Sul.

A ANP afirma ter indeferido o pedido de cessão porque haveria indícios de que a relação entre Petra e Tucano Sul permitiria à Petra manter o controle efetivo sobre os Contratos. A ANP qualifica o negócio entre Petra e Tucano Sul como “burla à cessão compulsória”.

A Petra pede a declaração de nulidade da RD 492/2020, alegando a existência de vícios insanáveis no processo administrativo que a gerou. Sucessivamente, pede a declaração de ilegalidade da denegação da cessão dos Contratos por inexistência do motivo, alegando não existir prova de burla à cessão compulsória ou outro defeito na cessão pretendida.

As Partes nomearam Cristiano de Sousa Zanetti e Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio como Árbitros, os quais, por sua vez, indicaram conjuntamente Cesar Augusto Guimarães Pereira como Árbitro Presidente (conjuntamente referenciados como “Tribunal” ou “Árbitros”).

O Tribunal inicialmente nomeou Izabela Costa Moriggi, posteriormente substituindo-a por Leonardo F. Souza-McMurtrie para atuar como Secretário Administrativo (“Secretário”). Tendo recebido as revelações cabíveis, as Partes concordaram com as nomeações.

Durante o procedimento, as Partes apresentaram argumentos e provas pré-constituídas na rodada de alegações iniciais. Em seguida, produziram provas e apresentaram novos documentos, inclusive ouvindo testemunhas em audiência, e, ao final, apresentaram alegações finais. O Tribunal deferiu todos os pedidos de produção de provas e permitiu a apresentação de todas as manifestações provenientes das Partes.

O Tribunal analisou todos os fatos, documentos e argumentos em disputa, levando-os em consideração, ainda que não tenham sido expressamente referenciados, para exarar esta Sentença Arbitral Final (“Sentença”). A Sentença foi submetida a exame prévio, conforme art. 34 do Regulamento, e aprovada em sessão plenária da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, tendo cumprido todos os requisitos formais e regulamentares.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Invalidez do Processo Administrativo

2.1.1 NATUREZA JURÍDICA DA CESSÃO COMPULSÓRIA

O processo administrativo de cessão da concessão e a RD 492/2020 têm natureza sancionatória?

2.1.1.1.1 Previsão da Cessão dita “Compulsória”

A chamada “cessão compulsória” não é prevista na Lei 9.478/1997, que institui a Política Energética Nacional sobre Petróleo. O art. 29 regula a cessão em termos genéricos, aplicáveis independentemente de a cessão ser pleiteada em situação de normalidade ou como forma de evitar a resolução contratual por inadimplemento:

Art. 29. É permitida a transferência do contrato de concessão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo concessionário atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP, conforme o previsto no art. 25.

Parágrafo único. A transferência do contrato só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização da ANP.

Os Contratos de Concessão (DRTE-002) tampouco utilizam a expressão “cessão compulsória”. A cl. 28 dos Contratos de Concessão regula a cessão e seu procedimento de modo amplo, sem distinguir a sua origem. A cl. 29 dos Contratos de Concessões trata do descumprimento, penalidades e extinção do contrato. A cl. 29.2 prevê a aplicação de sanções administrativas e contratuais.

A resolução é prevista na cl. 29.3 em duas hipóteses: “(a) descumprimento, pelo Concessionário, das obrigações contratuais no prazo fixado pela ANP, em não se tratando de hipótese de extinção de pleno direito; (b) falência, insolvência ou requerimento de recuperação judicial por parte de qualquer Concessionário”. Os Contratos de Concessão aludem à possibilidade de cessão para evitar a resolução em duas situações. Segundo a cl. 29.3.2, o consorciado inadimplente pode “transferir sua participação indivisa nos direitos e obrigações deste Contrato para os outros integrantes do consórcio, de acordo com os termos da Cláusula Vigésima Oitava”. De modo mais explícito, a cl. 29.4 prevê que “[e]m quaisquer dos casos previstos na alínea ‘b’, será conferido um prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data dos referidos eventos, para que o Concessionário ceda a sua participação indivisa nos direitos e obrigações deste Contrato, nos termos da Cláusula Vigésima Oitava”. No caso concreto, apenas a segunda previsão é relevante, uma vez que não se trata de consórcio.

Há duas constatações importantes. Primeiro, os Contratos de Concessão não preveem a cessão alternativa à resolução em qualquer caso, apenas nos de falência, insolvência ou pedido de recuperação judicial. Depois, não há qualquer alusão a uma “cessão compulsória”; a cessão é prevista como alternativa à resolução, conforme consta da cl. 29.5, “[c]aso não seja efetuada a Cessão, a ANP resolverá este Contrato com relação ao Concessionário inadimplente, sem prejuízo, quanto a tal resolução, dos direitos e obrigações dos demais Concessionários”. O pressuposto para abertura dessa faculdade ao concessionário é a verificação da existência de uma causa de resolução contratual, submetida à cl. 29.6 dos Contratos: “[a] resolução deste Contrato na forma do parágrafo 29.3 deverá ser precedida da constatação do inadimplemento absoluto do Concessionário, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurado direito ao contraditório e ampla defesa”.

Ao possibilitar à Petra a cessão alternativa à resolução, a ANP não se limitou a aplicar a redação literal dos Contratos de Concessão, mas incorporou solução mais favorável à Petra prevista nos contratos da rodada então mais recente (15ª Rodada). O Ofício nº 943/2018/SEP (DRTE-003), de 13 de dezembro de 2018, consignou o seguinte:

Dessa forma, aplicando, por evolução regulatória, o disposto na Cláusula Trigésima do Edital da 15ª Rodada, item 30.4.1, vem a Superintendência de Exploração fixar o prazo de 90 dias, a contar do recebimento do presente Ofício, para que a referida concessionária formalize, perante a ANP/SPL, o pedido de Cessão de sua participação indivisa nos direitos e obrigações dos contratos de concessão celebrados com a ANP, sob pena de aplicação das penalidades contratuais previstas, além da rescisão contratual.

Como é incontroverso nos autos, o Edital da 15ª Rodada continha a previsão de cessão alternativa à resolução, sem a vedação expressa de cessão para afiliada, introduzida apenas na 16ª Rodada. Esse ponto será examinado adiante. A evolução regulatória foi adotada conforme o que viria mais tarde a ser consagrado no art. 46 da Resolução nº 785/2019, segundo a qual os requisitos para a cessão deveriam ser os previstos no contrato objeto da rodada mais recentemente aprovada pela Diretoria Colegiada da ANP.

2.1.1.1.2 Etapas da Cessão Compulsória

Dessa descrição, infere-se que a cessão compulsória – ou, mais propriamente, a cessão alternativa à resolução contratual – baseada nas cls. 29.4 e 29.5 dos Contratos de Concessão ou 30.4.2 do contrato de concessão da 15ª Rodada é realizada em duas etapas.

Na primeira fase, há um processo inequivocamente sancionatório de apuração do inadimplemento contratual do concessionário que seja causa de resolução contratual. Os próprios Contratos de Concessão (cl. 29.6) o submetem às exigências de contraditório e ampla defesa.

Apurado inadimplemento que autorize a aplicação da sanção de resolução contratual, abre-se, na segunda fase, a faculdade de o concessionário buscar a cessão da concessão, na forma da cl. 28 dos Contratos de Concessão, evitando o sancionamento. Esse segundo processo tem natureza diversa.

2.1.1.1.3 Natureza ampliativa da segunda etapa da Cessão Compulsória

Na classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, há procedimentos administrativos restritivos ou ablatórios, “como no caso de cassações de licença ou de declaração de caducidade de uma concessão de serviço público ou de rescisão de um contrato administrativo por inadimplência do contratado”. Em contraposição a esses, “há procedimentos em vista de atos ampliativos, como o seriam, v.g., os de registro de marcas e patentes, por exemplo, ou, de modo geral, as concessões, licenças, permissões, autorizações, admissões e preparatórios de contratações ou alienações”. Segundo o doutrinador, a importância dessa distinção “advém de que muitos dos princípios retores do procedimento administrativo foram concebidos em vista dos procedimentos restritivos e – particularmente – dos sancionadores. Daí que parte dos cânones básicos do procedimento diz respeito tão só a esta espécie”. A distinção é abraçada por Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari.

Por sua vez, Marçal Justen Filho alude a processos administrativos versando sobre interesse privado, nos quais cabe ao particular (titular do interesse ou direito) escolher quando pleitear à Administração que exerce suas competências decisórias em relação ao interesse privado em questão.

Embora não se ponha em dúvida que os princípios do contraditório e ampla defesa se apliquem a tais procedimentos, a premissa da iniciativa particular – derivada da natureza do interesse subjacente (privado) e do objetivo do procedimento (ato ampliativo) – afeta tanto a amplitude de tais princípios quanto a diretriz de oficialidade dos procedimentos administrativos. Nos procedimentos ampliativos ou de interesse primordialmente privado, coloca-se carga especial sobre a iniciativa dos particulares interessados no procedimento, ao contrário da premissa sancionatória adotada pela Petra.

Portanto, a ANP defende com razão que o procedimento da cessão em si – mesmo que seja dita compulsória ou alternativa à resolução contratual – não tem natureza sancionatória. Na segunda fase, depois de constatada a causa da resolução contratual (em procedimento, aí sim, restritivo de direitos e sancionatório), o pedido de cessão da concessão previsto na cl. 28 dos Contratos de Concessão é ampliativo de direitos. É de iniciativa dos particulares interessados na cessão. O móvel para instaurar este procedimento, consistente no mero interesse econômico do cedente e concessionário em transferir a titularidade da concessão ou na intenção do concessionário (cedente) de evitar a sanção de resolução contratual, não altera sua natureza.

Como repetidamente esclarecido pelas Partes, a causa da resolução contratual não é objeto desta Arbitragem. Portanto, discute-se aqui unicamente a segunda fase da chamada “cessão compulsória”, consistente no pedido de cessão em si.

Portanto, a Petra não tem razão ao afirmar que a cessão seria uma medida punitiva decorrente do inadimplemento absoluto. Na verdade, a constatação desse inadimplemento leva à resolução do contrato, que, esta sim, tem caráter punitivo. A cessão só é considerada após confirmar-se a presença dos requisitos para a aplicação da resolução contratual, proporcionando uma última oportunidade para a concessionária evitar essa resolução.

A Petra tampouco tem razão em argumentar que a cessão, ao substituir a resolução contratual, incorporaria automaticamente a natureza punitiva desta. Contrariamente ao processo de resolução contratual, a segunda fase da cessão “compulsória” não é imposta à concessionária, muito menos serve para defendê-la de qualquer acusação cujo objetivo seja limitar seus direitos. Pelo contrário, a cessão “compulsória” é uma alternativa não punitiva à resolução contratual, almejada pela própria concessionária para evitar a extinção contratual. Nesse contexto, os únicos desfechos possíveis são: (i) a autorização da cessão, na qual a concessionária não apenas evita a resolução contratual, mas também adquire um direito anteriormente inexistente de vender a concessão; ou (ii) a recusa da cessão, situação na qual a concessionária mantém o status quo anterior sem perder quaisquer direitos, aperfeiçoando-se a já então iminente resolução contratual.

2.1.1.1.4 Relevância da proximidade entre Cedente e Cessionário

Cabe uma ressalva importante. Na cessão dita “voluntária”, em oposição à “compulsória”, a eventual vinculação entre o cedente e o cessionário não é relevante. Embora inaplicável a este caso, o contrato de concessão da 16ª Rodada ilustra esta constatação. A vedação à cessão para uma “afiliada” só se aplica na cessão alternativa à resolução; não há obstáculos para que uma cessão voluntária ocorra entre empresas do mesmo grupo econômico da cedente. Ao contrário, é situação corriqueira em casos de reorganização empresarial.

Nesse ponto específico, o processo de cessão alternativa à resolução (dita “compulsória”) tem um requisito adicional implícito. Para evitar a sanção de resolução contratual, a cessão deve promover a efetiva alienação – vale dizer, transferência para outrem – da concessão original. Cabe aos interessados na cessão compulsória demonstrar que a transferência é real. O concessionário deve ceder (vale dizer: abrir mão, dela afastar-se) “a sua participação indivisa nos direitos e obrigações deste Contrato”. Não pode reter direitos ou obrigações nem se manter vinculado de modo significativo ao novo concessionário.

Esse requisito implícito não tem qualquer relação com a vedação, introduzida pela 16ª Rodada de Concessões da ANP, de cessão para empresas afiliadas. A vedação da 16ª Rodada colhe apenas um exemplo mais evidente de situação em que o concessionário anterior mantém vínculos com o potencial cessionário. Mas não é exauriente. Não implica que a ANP deva admitir a cessão em situações nas quais o cedente mantenha um vínculo indireto relevante com o cessionário, ainda que não se caracterize uma relação de filiação. Nem autoriza que a cessão ocorra de modo simulado. Apenas simplifica a aplicação desse requisito adicional ao vedar um caso mais óbvio de permanência de vínculos. A proibição implícita de cessões simuladas ou que, de outro modo, mantenham o cedente com influência relevante sobre o cessionário ou sobre os direitos ou obrigações oriundos do contrato de concessão existia antes da alteração promovida pela 16ª Rodada e permanece existindo depois dela. O fundamento para o reconhecimento dessa proibição implícita consiste na premissa de que a cessão deve ser válida (e, nos termos do art. 167 do Código Civil

(“CC”), os atos simulados são nulos) e produzir o efeito de efetiva substituição do concessionário por um terceiro.

2.1.1.1.5 Interesse primário do particular na cessão

Ao permitir à ANP aferir a validade e a veracidade da cessão alternativa à resolução, o regime dos Contratos de Concessão distingue o pleito de cessão compulsória dos pleitos comuns de cessão da concessão. Mas isso não afeta a sua natureza de processo realizado no interesse precípua do cedente e do cessionário, aos quais cabem a iniciativa do pedido e o seu desenvolvimento eficiente.

Embora haja um claro interesse coletivo em que a concessão possa ser transferida para um terceiro que tenha condições de a explorar, em lugar de ser extinta e sujeita a nova licitação, a ANP não tem nenhum instrumento para constranger o concessionário a pleitear ou a efetivar a cessão. Se o concessionário não buscar a cessão, a ANP estará limitada a levar adiante a resolução contratual e retomar a concessão. Isso confirma que os interesses concretizados por meio da cessão, compulsória ou não, são precipuamente os do concessionário original (cedente) e potencial (cessionário).

Ao contrário dos processos restritivos e sancionatórios, como a fase de constatação da causa de resolução contratual, em que os potenciais apenados assumem uma posição passiva, os processos ampliativos de direitos (como os de cessão, compulsória ou voluntária) exigem dos interessados uma postura ativa. Daí a constatação de que o princípio da oficialidade do procedimento administrativo não se aplica na mesma extensão aos procedimentos ampliativos.

Também deriva dessa distinção a diferença no fundamento para o princípio da audiência do interessado (reflexo da ampla defesa e contraditório) nos procedimentos restritivos ou ampliativos. Naqueles, o princípio deriva do art. 5º, LV, da Constituição Federal; nestes, provém apenas da proteção da cidadania. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “se a Lei Magna prestigia tão solenemente a cidadania e se proclama com ênfase a soberania popular, seria contraditório a ambos que a Administração pudesse decidir um assunto respeitante a um dado cidadão sem lhe oferecer, antes da providência que o afetará, o direito de ser ouvido e de exhibir, com as provas que pretendesse aportar, a procedência de seu direito ou interesse”. A distinção de fundamentos implica o temperamento do princípio da audiência do interessado pela natureza privada do interesse subjacente ao processo ampliativo. A oportunidade de ser ouvido e produzir provas deve ser compatível com a postura ativa exigível dos interessados no desenvolvimento eficiente e eficaz do processo ampliativo.

2.1.1.1.6 A cessão não tem natureza sancionatória

Desse modo, o Tribunal Arbitral resolve o ponto controvertido em questão no sentido de que o processo em si de cessão da concessão com base na cl. 28 dos Contratos de Concessão, mesmo se iniciado pela Petra na tentativa de afastar a aplicação da sanção de resolução dos Contratos de Concessão, não tem ele próprio natureza sancionatória. É processo ampliativo de direitos da Petra e da Tucano Sul, como cedente e cessionária das concessões, respectivamente. Não se confunde com o processo sancionatório de apuração das causas de resolução contratual e de imposição dessa medida se não efetivada a cessão alternativa a ela. Por decorrência, a decisão dele derivada, de deferimento ou indeferimento da cessão, também não tem natureza sancionatória.

As eventuais consequências dessa premissa para a análise do cumprimento (ou não) dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório são examinadas no tópico seguinte.

2.1.2. Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório

O processo administrativo de cessão da concessão e a RD 492/2020 violaram o devido processo legal, os direitos à ampla defesa e contraditório da Petra?

2.1.2.1.1. Contraditório e ampla defesa em processos ampliativos de direitos

As Partes não controvertem quanto à incidência dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório ao processo administrativo que conduziu à RD 492/2020. Porém, apresentam compreensão diversa acerca do que tais princípios implicam em termos concretos. Enquanto a ANP ressalta que a Petra teve pleno acesso aos autos administrativos e ciência, em diversas oportunidades, dos seus andamentos relevantes, a Petra entende que tais princípios lhe assegurariam o direito de ser intimada especificamente para se manifestar sobre os fatos reputados relevantes pela ANP. A Petra extrai sua conclusão inclusive do fato de que, em fase inicial do procedimento (DRTE-047), a ANP efetivamente notificou a Petra para esclarecer determinados aspectos específicos das circunstâncias relativas à cessão. Reputou que seria notificada do mesmo modo caso outros fatos fossem considerados relevantes pela ANP.

A Petra não tem razão, pelas razões já expostas no tópico anterior e adiante complementadas. A distinção do fundamento constitucional para o princípio da audiência do interessado – o qual reflete e consolida as noções de devido processo legal, ampla defesa e contraditório – nos processos restritivos (sancionatórios) e ampliativos tem relevância para a solução desta controvérsia. A posição do interessado em uma cessão de concessão (voluntária ou compulsória) não é idêntica à de um acusado em processo sancionatório. É essencial que o interessado tenha acesso aos autos do processo administrativo e oportunidade para atuar de modo a influenciar em seu resultado. Porém, não lhe é dado adotar uma postura passiva e inerte.

Contudo, ainda que o processo administrativo fosse interpretado como restritivo de direitos, o que não é, os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa foram seguidos estritamente. Como se verá a seguir, o Tribunal considera (i) tanto que a Petra foi formalmente intimada, com tempo razoável, para se manifestar sobre os fatos e imputações que subsequentemente embasariam a RD 492/2020, quanto que (ii) a Petra atraiu para si o ônus de se manifestar ao ter tomado conhecimento voluntário, mas inequívoco, desses fatos e imputações meses antes de a RD 492/2020 ser expedida.

2.1.2.1.2 Intimação da Petra anterior à RD 492/2020

No caso concreto, é incontroverso que a Petra foi efetivamente intimada em 21 de setembro de 2020 (DRTE-048) sobre todos os pareceres e opiniões que instruíram a Proposta de Ação 0563/2020 (DRTE-026) e, dez dias depois, a decisão denegatória objeto da RD 492/2020. Independentemente de quaisquer outras circunstâncias, as quais serão examinadas adiante, é inequívoco que tal ciência integral dos elementos do processo administrativo e das conclusões preli-

minares da ANP ocorreu pelo menos dez dias – senão quase dois meses – antes da efetiva decisão proferida pela ANP. Também é incontroverso que a Petra não se manifestou nesse período.

A despeito de, em ocasião anterior (DRTE-047), a Petra haver sido notificada para prestar esclarecimentos específicos, não poderia ter ignorado a notificação recebida em 21 de setembro de 2020 ou a considerado irrelevante e inócua. Ao contrário, se a notificação foi realizada, teve o propósito de levar tais circunstâncias ao conhecimento inequívoco da Petra para que esta, se o desejasse, adotasse as providências que reputasse necessárias em procedimento destinado a tutelar o seu interesse individual de obter a cessão da concessão e evitar a resolução contratual.

A Petra alega que naquele momento a decisão administrativa já estava virtualmente tomada e que não haveria tempo hábil para influenciar a decisão. O argumento é improcedente. A decisão efetiva da Diretoria Colegiada da ANP foi tomada apenas dez dias depois da intimação. O que ocorreu no dia seguinte (DRTE-026) foi apenas a produção da Proposta de Ação 563/2020, baseada nos documentos disponibilizados para a Petra, para oportuna deliberação pela Diretoria Colegiada. E o prazo de dez dias, em si, não pode ser presumido insuficiente. Trata-se, inclusive, do prazo padrão para recursos administrativos na Administração Federal. O próprio fato de a ANP haver promovido a notificação da Petra naquele momento anterior à deliberação da Diretoria Colegiada demonstra a disposição de receber esclarecimentos adicionais que pudessem influenciar o julgamento da Diretoria Colegiada. Apesar de notificada tempestivamente, a Petra optou por não se manifestar, a despeito do seu presumível interesse em uma decisão favorável à cessão à Tucano Sul.

O Tribunal Arbitral entende que essa notificação específica é, por si só, suficiente para afastar a alegação de nulidade da RD 492/2020 por ofensa ao devido processo legal, contraditório ou ampla defesa. A Petra recebeu todas as informações pertinentes para poder prestar os esclarecimentos que reputasse cabíveis em momento anterior à prolação da decisão da Diretoria Colegiada da ANP. Manteve-se inerte por sua própria escolha.

2.1.2.1.3 O acesso voluntário da Petra ao processo administrativo atraiu o ônus de se manifestar

Porém, essa não é a única circunstância que demonstra a regularidade da tramitação do processo administrativo que levou à RD 492/2020.

A ANP mantém que a Petra teve, de fato, acesso ao processo administrativo, conforme evidenciado pelo Relatório de Acessos (DRDA-058). Este relatório é um elemento fundamental na avaliação da alegação da Petra.

Em suas alegações, a ANP destaca vários momentos em que a Petra foi notificada sobre o processo administrativo. Isso inclui uma série de ofícios emitidos para a Petra, incluindo os Ofícios nº 9/2019/SPL-e-ANP, 67/2019/SPL/ANP-RJ-e, 97/2020/SPL/ANP-RJ, 212/2020/SPL/ANP-RJ-e, além da correspondência eletrônica enviada pela SPL em 21 de setembro de 2020 já referida acima.

O processo foi consultado várias vezes, incluindo uma ocasião em que a representante legal da Petra, Sra. Isabel Cristina Carvalho Ramires, acessou o processo em 7 de agosto de 2020.

A ANP destaca que, nessa data, já constavam do processo administrativo documentos que opinavam pelo indeferimento da cessão dos contratos, sobretudo o DRTE-022.

Levando em consideração que a decisão final sobre a cessão dos contratos pela Diretoria Colegiada da ANP ocorreu em 1º de outubro de 2020, a ANP tem razão em afirmar que houve um período significativo entre o acesso ao processo pela representante legal da Petra e a decisão final.

A Petra alega que não tem o ônus de acessar preventivamente os autos eletrônicos do processo administrativo e teria direito a uma intimação formal da ANP. Embora a afirmação seja até mesmo questionável no contexto de um processo de interesse individual da Petra, como o de cessão de uma concessão, a análise dessa alegação é irrelevante no caso concreto. O alegado direito a uma intimação, sem o ônus de acompanhamento permanente, apenas instrumentalizaria o acesso à informação da Petra e jamais seria absoluto ou independente das circunstâncias concretas. No caso, a Petra efetivamente optou por acessar os autos eletrônicos voluntariamente, tendo tido acesso inequívoco aos documentos e pareceres que opinavam pela denegação da cessão.

Destaque-se que a principal peça de análise dos elementos que demonstravam a simulação, consistente no Parecer Jurídico 20/2020 (DRTE-022), data de 20 de julho de 2020. É anterior e já constava dos autos quando ocorreu o acesso voluntário pela Petra, a qual tomou ciência inequívoca do Parecer Jurídico 20/2020 naquele momento.

O acesso voluntário ocorrido no início de agosto de 2020, quase dois meses antes da RD 492/2020, supriu qualquer possível deficiência de notificação e atraiu o ônus de a Petra se manifestar sobre os documentos a que teve acesso – inclusive sobre as conclusões adotadas pelo referido Parecer Jurídico 20/2020.

Se a Petra tivesse aproveitado essa oportunidade, o período teria sido mais do que suficiente para que se manifestasse voluntariamente sobre os fatos referidos no DRTE-022 e as conclusões extraídas pela SPL e pela Procuradoria Jurídica da ANP. Independentemente da ciência formal ocorrida em 21 de setembro de 2020 inclusive sobre outros atos praticados posteriormente, a ciência voluntária, mas inequívoca, ocorrida em agosto de 2020 já levou ao conhecimento da Petra todas as circunstâncias que vieram oportunamente a ser consideradas relevantes na decisão tomada pela Diretoria Colegiada da ANP por meio da RD 492/2020.

2.1.2.1.4 Relevância do comportamento processual da Tucano Sul

A ANP também argumenta que a Tucano Sul, cessionária, teve a oportunidade de se manifestar sobre os novos indícios levantados pela Procuradoria Federal (conforme DRTE-022) e optou por não o fazer. A alegação da ANP não infirma nem apoia qualquer conclusão diretamente aplicável a condução do processo em relação à Petra. A Petra está certa em afirmar que a Tucano Sul é pessoa jurídica diferente e que não há como se presumir a ciência da Petra a partir dos compromissos assumidos pela Tucano Sul perante a ANP.

Porém, a conduta da Tucano Sul, ao ser cientificada das conclusões preliminares da ANP, de se comprometer a apresentar esclarecimentos e jamais o fazer, tem relevância para outros fins. Reforça a gravidade dos elementos considerados pela ANP como reveladores da simulação. Afinal, apesar de ter recebido já em 10 de setembro de 2020 a oportunidade de esclarecer

os fatos, uma das então supostas participantes das condutas suspeitas (a Tucano Sul) optou por se omitir e deixar de apresentar quaisquer esclarecimentos. Embora o pedido de cessão seja formulado pelo cedente (Petra), que tem a iniciativa de levar adiante o procedimento, a Tucano Sul era diretamente interessada no resultado do processo e, presumivelmente, em assumir a concessão. A sua omissão, a despeito do compromisso expresso assumido por sua advogada de apresentar esclarecimentos por escrito, é um elemento que não pode ser ignorado. A isso se voltará adiante.

2.1.2.1.5 Relevância do ineditismo da cessão compulsória na ANP

Também não é relevante o fato de este ser, segundo os depoimentos prestados em audiência, o único processo até então existente de cessão compulsória na ANP. Quando muito, essa circunstância ajuda a explicar a demora adicional deste processo em comparação com outros processos de cessão de concessões conduzidos pela ANP – muito embora a causa mais relevante dessa demora adicional tenham sido as determinações judiciais para a sua paralisação, o que somente foi resolvido no final de julho de 2020 (DRTE-018, fls. 396-399). Porém, não afeta a natureza ou os requisitos explícitos e implícitos aplicáveis a um processo de cessão compulsória. O Tribunal reputa, pelos motivos já expostos, que a sua condução foi regular independentemente de não haver precedentes que pudessem ser considerados pelas Partes em relação à tramitação do processo.

2.1.2.1.6 Conclusão

Assim, o Tribunal entende que, tratando-se de processo ampliativo de direitos, não caberia à Petra ficar inerte por meses aguardando notificações da ANP. Ela tinha o ônus de movimentar o processo e empregar um nível razoável de diligência. E ainda que a cessão tivesse natureza sancionatória, o Tribunal entende que a Petra teve acesso voluntário aos documentos e aos autos do processo em momento que lhe permitiria exercer o contraditório e a ampla defesa, mesmo antes da notificação formal ocorrida em 21 de setembro de 2020. Essa conclusão é reforçada pela sequência de eventos e, sobretudo, pelo relatório de acessos produzido pela ANP.

Por decorrência, em vista do exposto neste tópico, o Tribunal Arbitral conclui que a RD 492/2020, que indeferiu a cessão das concessões, e o processo administrativo a ela subjacente não devem ser anulados por violação aos princípios do devido processo legal, contraditório ou ampla defesa.

2.1.3. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O processo administrativo de cessão da concessão e a RD 492/2020 violaram o princípio da impessoalidade, causando prejuízo à Petra?

2.1.3.1.1. Controvérsia fática quanto ao comentário do Sr. Guilherme Cas-tilho

A Petra alega que a ANP teria adotado uma conduta persecutória em relação especialmente ao seu sócio Sr. Roberto Viana Júnior, buscando criar artificialmente uma teia de relações como pretexto para denegar a cessão. Alega que os supostos indícios de simulação teriam sido construídos para amparar uma decisão já pré-concebida de rejeitar a cessão em face da ameaça de retorno futuro do sócio Sr. Roberto Viana Júnior, que teria sido formulada em comentário do Sr.

Guilherme Castilho em reunião com a testemunha Sra. Josie Quintella, referida nas linhas 3625-3654 da Transcrição da Audiência de Instrução.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que a realidade de tal comentário é negada pela Petra com base em declaração escrita do próprio Sr. Guilherme Castilho (DRTE-105). Ou seja, a Petra defende que não teria existido o comentário que, por outro lado, alega ter desencadeado a suposta conduta persecutória da ANP em relação ao seu sócio Roberto Vianna Júnior. Caso se tome como verdadeira a afirmação da Petra de que o comentário nunca existiu, contrariamente ao que afirmou a testemunha Sra. Josie Quintella em seu depoimento, a conclusão seria a de que a investigação feita pela ANP acerca dos vínculos entre os sócios da Petra e os sócios da Tucano Sul teria derivado apenas de outros elementos já existentes nos próprios autos do processo administrativo, notadamente a partir das peças dos autos do mandado de segurança relativo à Servida.

No caso, o Tribunal entende que a existência (ou não) do comentário de Guilherme Castilho não é determinante para se avaliar o comportamento da ANP. Conforme é desenvolvido em mais detalhe adiante, a suspeita de existência de simulação em um processo de cessão compulsória (alternativa à resolução contratual) é grave o bastante para desencadear o dever da ANP de investigar.

2.1.3.1.2. A gravidade da suspeita justifica a investigação

Os fatos subjacentes a uma simulação são, por definição, de difícil apuração, uma vez que os envolvidos na simulação tipicamente se esforçam para os ocultar ou disfarçar, daí a simulação. O próprio depoimento do Sr. Vincent Nicholas Parkin confirmou diversos dos aspectos que a ANP investigou com base na documentação a que teve acesso na época dos fatos – ponto a que também se retornará adiante.

Desse modo, o processo administrativo não envolveu abuso ou violação da impessoalidade ou da moralidade. Ao contrário, foi compatível com a gravidade da suspeita de possível simulação na apresentação, pela Petra, de um cessionário apto a assumir suas dezessete concessões frustradas, como alternativa à resolução contratual. A descoberta das relações ocultas ou disfarçadas entre os diversos envolvidos era um elemento necessário para que a ANP pudesse chegar a uma conclusão devidamente motivada acerca dos fatos relevantes.

A demora na tramitação do processo de cessão também não denota qualquer intenção persecutória da ANP. Conforme consta do ¶ 4 do DRTE-027 e dos ¶¶ 15 a 17, pp. 08-09, do DRTE-026, o processo administrativo foi paralisado diversas vezes em atenção a determinações judiciais. Só houve a efetiva liberação da ANP para levar adiante o processo no final de julho de 2020 – pouco mais de dois meses antes da decisão final objeto da RD 492/2020.

Em vista do exposto, o Tribunal Arbitral não vislumbra ofensa aos princípios da impessoalidade ou moralidade administrativa no tratamento dado pela ANP aos fatos. Ao contrário, o objetivo que inspirou a conduta da ANP foi justamente o de impedir uma burla ao regime da cessão compulsória, fazendo valer o seu requisito implícito de dissociação entre o cedente e cessionário, identificado em tópico anterior desta Sentença.

2.1.4. A CHAMADA “EVOLUÇÃO REGULATÓRIA”

A cl. 27.11.1.1. dos Contratos de Concessão de Petróleo e Gás da 16ª Rodada foi aplicada direta ou indiretamente ao Contrato de Concessão, decorrente da 11ª Rodada? Em caso afirmativo, foi legítima a sua aplicação?

2.1.4.1.1. Inaplicabilidade da cl. 27.11.1.1 dos Contratos da 16ª Rodada

Conforme exposto no item 8.1.4.3.1 acima, acima, a evolução regulatória esteve presente desde a abertura à Petra da possibilidade de promover a cessão das Concessões como alternativa à resolução contratual. Na estrita redação dos Contratos de Concessão, essa possibilidade não existia. Era limitada a uma das hipóteses de resolução contratual, diversa da que a ANP reputa ocorrida neste caso. Portanto, se não pela evolução regulatória, a Petra sequer poderia ter buscado a cessão contratual como alternativa à extinção dos Contratos de Concessão.

Isso não significa que a abertura dessa possibilidade à Petra tenha sido uma liberalidade da ANP. Uma vez que as regras da 15ª Rodada já incorporavam um regime mais favorável de cessão compulsória, sem a limitação da 11ª Rodada, a ANP tinha o dever de, como o fez, assegurar à Petra essa alternativa. Bem por isso, o ¶ 5 do Ofício 943/2018/SEP (DRTE-003) fez menção expressa ao novo dispositivo: “aplicando, por evolução regulatória, o disposto na Cláusula Trigesima do Edital da 15ª Rodada, item 30.4.1, ...”.

A Resolução ANP 785/2019, editada no curso do processo de cessão das Concessões para disciplinar o “processo de cessão de contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural”, prevê a evolução regulatória em seu art. 46. Dispõe que, para efeito de qualificação do cessionário, as regras são as do último contrato aprovado pela Diretoria Colegiada antes do protocolo do pedido de cessão.

Desse modo, as regras aplicáveis ao pedido de cessão são precisamente as referidas no Ofício 943/2018/SEP (DRTE-003), consistentes nas previstas nos Contratos de Concessão, com as alterações introduzidas pelos contratos de concessão da 15ª Rodada, última aprovada antes do pedido de cessão.

Sob esse ângulo, tem razão a Petra ao apontar que a cl. 27.11.1.1 (que veda a cessão para uma empresa afiliada da cedente) não é aplicável ao pedido formulado pela Petra de cessão para a Tucano Sul.

2.1.4.1.2. A vedação à simulação se aplica aos Contratos da 11ª e da 15ª Rodada

Porém, como já exposto no item 8.1.1.3.4 acima, a inaplicabilidade da cl. 27.11.1.1 não impede a ANP de rejeitar cessão reconhecida como simulada, a qual não promove o necessário afastamento da concessionária original da gestão ou do cumprimento das obrigações objeto dos Contratos de Concessão. Tal como declarado pela ANP no processo administrativo, a cessão simulada implicaria burla ao regime da cessão compulsória (alternativa à resolução contratual), concebido precisamente para que a substituição do concessionário permitisse a preservação do contrato. A mera substituição aparente, como em uma cessão simulada, não atende a essa finalidade. Frustra um requisito implícito da cessão compulsória, consistente na realidade ou efetividade

da cessão. Tanto no regime da 11ª Rodada quanto no da 15ª Rodada, era vedada a cessão meramente aparente, que não assegurasse o necessário distanciamento da concessionária original em relação aos contratos preservados. Essa conclusão independe da redação adotada pela 16ª Rodada, que apenas vedou de modo expresso um caso mais evidente de permanência de vínculos (relação de afiliação) sem com isso legitimar outras hipóteses de mera aparência de cessão.

Por decorrência, embora a Petra tenha razão em alegar a inaplicabilidade da cl. 27.11.1.1 introduzida pela 16ª Rodada, disso não deriva a invalidade da RD 492/2020 ao rejeitar a cessão porque a reputou simulada.

2.1.4.1.3. A cl. 27.11.1.1 da 16ª Rodada não fundamentou a denegação da cessão

Há uma divergência das Partes também quanto aos fatos. A Petra alega que a cl. 27.11.1.1 foi pelo menos indiretamente aplicada, pois a ANP teria aludido a ela em duas oportunidades (DRTE-019 e DRTE-023) e depois disfarçado a sua aplicação mediante argumentos formalmente diversos. A ANP nega a sua aplicação e, em sucessão eventual, afirma que a Petra foi beneficiada por regras da 16ª Rodada e não poderia negar-se à aplicação da integralidade de tais regras mais recentes.

O Tribunal Arbitral reputa que a ANP tem razão nesse ponto, uma vez que os atos posteriores da ANP (como os DRTE-022 e DRDA-038) expressamente esclarecem os fundamentos jurídicos adotados, sem aludir à 16ª Rodada como fundamento para a rejeição da cessão. Em especial, a RD 492/2020 e os pareceres que a informaram apresentam fundamentação autônoma, desvinculada da 16ª Rodada. Para evitar qualquer dúvida, a ANP afirma de modo expresso que não considerou nem considera a Tucano Sul como afiliada da Petra. O defeito identificado é de simulação da cessão – ou seja, a inexistência real de transferência das Concessões para um terceiro, em face dos vínculos que a Petra manteria com a gestão da Tucano Sul e com o cumprimento das obrigações dos Contratos de Concessão.

Destaque-se especialmente o Parecer SPL 31/2020, de 14 de setembro de 2020 (DRTE-023), mencionado como tendo adotado a 16ª Rodada em sua fundamentação. Em seu ¶ 24, ainda sem fazer qualquer menção à 16ª Rodada, assenta que “a inteligência da norma contratual é de que, afastada a concessionária inadimplente, não é possível que em seu lugar opere uma outra pessoa jurídica atuando como longa manus da inadimplente, sob pena de manutenção da situação irregular com aparência de regular, caracterizando uma burla à cessão compulsória”. Somente depois dessa explicação, como reforço de argumento, menciona a regra superveniente da 16ª Rodada, sem de qualquer modo indicar que a estava aplicando ao caso concreto: “[t]anto é assim que, em consequência da evolução regulatória, os contratos de concessão mais recentes passaram a ter expresso esse entendimento, p. ex., o contrato da 16ª Rodada de Licitações”. O Parecer Jurídico 315/2020 (DRTE-027), que antecedeu a RD 492/2020, fez menção à 16ª Rodada em seu ¶ 12 ao descrever a cessão compulsória. Porém, no ¶ 26, ao estabelecer efetivamente os requisitos do procedimento, adotou exclusivamente a redação dos contratos da 11ª e da 15ª Rodadas, com base em parecer anterior da Procuradoria Jurídica da ANP.

A principal demonstração da irrelevância da cl. 27.11.1.1 da 16ª Rodada na fundamentação da denegação da cessão dos Contratos de Concessão consta dos ¶¶ 31 a 33 do Parecer Jurídico 20/2020 (DRTE-022), de 20 de julho de 2020, que é a principal peça para a compreensão

da motivação adotada pela ANP para o reconhecimento da simulação. Ao fazer menção ao entendimento da SPL de que a cessão poderia ser indeferida com base na referida cláusula, a Procuradoria Jurídica da ANP consignou o seguinte:

31. A cláusula contratual refere-se a sociedade filiada, sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital de outra, sem controlá-la. Trata-se de definição legal, contida no art. 1.099 do C.C. Não se trata aqui de cessão de direitos para sociedade filiada. O que se pode extrair da previsão contratual é a ideia de que, no caso da cessão compulsória, os ativos devem ser transferidos para outra sociedade empresarial, de forma que os ativos não fiquem de fato ou de direito ligados à cedente. Ou seja, a cláusula pode servir apenas como referência quando [*rectius*, quanto] ao racional do processo de cessão compulsória, que é o interesse público em que as atividades de exploração ou produção sejam executadas; e parece ter sido nessa linha a intenção da SPL.

32. A Resolução ANP nº 785/2019, que estabelece os procedimentos e requisitos para a cessão de contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural também não ajuda, pois não contém previsão específica para a cessão compulsória.

33. Conclui-se, então, pela ausência de regulação específica sobre o tema. Resta, assim, socorrer-se do disposto no Código Civil, em especial, o art. 167 e à teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Desse modo, conclui-se que a cl. 27.11.1.1 dos Contratos de Concessão de Petróleo e Gás da 16ª Rodada não foi aplicada direta ou indiretamente ao processo de cessão das Concessões objeto deste procedimento arbitral. Por decorrência, fica prejudicada a discussão sobre a legitimidade de tal aplicação, reconhecida como não ocorrida. Para evitar qualquer dúvida, o Tribunal Arbitral reafirma que o exame da realidade da cessão e da inexistência de simulação é assegurado à ANP com base nas regras efetivamente aplicadas no processo de cessão, notadamente as regras contratuais da 11ª e da 15ª Rodadas e o art. 167 do CC.

2.1.5. CONCLUSÃO

Pelo exposto nos itens anteriores, o Tribunal Arbitral reputa inexistentes causas processuais de nulidade da RD 492/2020 ou do processo administrativo a ela subjacente.

Nos itens seguintes, analisam-se as alegações da Petra acerca de defeitos substanciais da RD 492/2020, notadamente quanto à existência (ou não) da simulação reconhecida pela ANP como fundamento para a denegação da cessão à Tucano Sul pleiteada tempestivamente pela Petra.

2.2 Invalidade Substancial da RD 492/2020

2.2.1 CRITÉRIOS JURÍDICOS E PADRÃO DE PROVA ADOTADOS PELA RD 492/2020

A RD 492/2020 se pautou em meros indícios e não na comprovação de simulação negocial? Os indícios constantes do processo administrativo são aptos, em tese, para caracterizar simulação no negócio jurídico entre Petra e Tucano Sul?

2.2.1.1.1. Admissibilidade da Prova Indiciária

Nos termos do art. 167, caput, do Código Civil, é nulo o negócio jurídico simulado, in verbis:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

De acordo com a doutrina, a simulação é “o resultado do ato de aparentar, produto de fingimento, de hipocrisia, de disfarce”. Nela, algo “se ostenta exteriormente, algo de exterior se mostra, enquanto algo de verdadeiramente intrínseco entendem os figurantes. Ostenta-se o que não se quis; e deixa-se, inostensivo, aquilo que se quis”.

No caso concreto, as Partes controvertem sobre se a cessão dos Contratos de Concessão foi ajustada entre Petra e Tucano Sul para aparentar uma situação jurídica que não chegaria a existir. Por outras palavras, controvertem sobre a caracterização de simulação absoluta. Em semelhante hipótese, “nenhum ato jurídico se quis praticar; nem o aparente, nem outro qualquer”.

Ao contrário do que defende a Petra, a doutrina não proíbe a demonstração de simulação a partir de indícios. A simulação pode ser provada por qualquer meio admitido em direito. De acordo com a doutrina, “nunca se discutiu, nem se pôs em dúvida, no direito brasileiro, se cabia provar-se a simulação, pelos vulgares meios de prova, inclusive indício e presunções”.

Na realidade, “a prova da simulação nem sempre se poderá fazer diretamente; ao revés, frequentemente tem o juiz de se valer de indícios e presunções para chegar à convicção de sua existência”. Por essa razão, na prova da simulação, “os indícios avultam de importância”.

Desse modo, tal como alega a ANP, inclusive com base em julgados do STJ, a prova indiciária é admissível para a comprovação da simulação. Nesse sentido, embora com a ressalva de que não se deve admitir o “uso genérico e irrestrito de provas indiretas”, Luiz Carlos de Andrade Júnior destaca o papel dos indícios na prova da simulação:

É bem verdade que a prova da simulação tende a ser de árdua produção, pois, afinal de contas, os simuladores põem em prática um projeto voltado à manutenção, sob absoluto sigilo, de parcela do seu comportamento negocial, que, a todo custo, não querem ver revelado. Também não parece ser adequado negar que, acaso se exigisse comprovação direta da simulação, na maioria dos casos ela permaneceria incólume e isenta de sanção, pois não se tornaria alvo da cognição judicial. De modo que, dadas as peculiaridades da ilusão negocial, seria impossível negar que a comprovação da simulação, por natureza, requer o emprego de indícios e presunções.

Por outro lado, o Tribunal, de ofício, desconsidera a referência da ANP a trecho atribuído a Jean Baudrillard, na obra “Simulacros e Simulação” (J. Baudrillard (Simulacres et Simulation, 1981, trad. port.de M.J. Costa Pereira, Simulacros e Simulação, Relógio d’ Água, 1991, p. 30, citada na Resposta às Alegações Iniciais).

O Tribunal registra que notou incompatibilidade entre o trecho citado no ¶ 136 da Resposta às Alegações Iniciais e o conteúdo de tal obra. Contudo, o Tribunal entende que se trata de um erro de referência da ANP, que aparentemente copiou o trecho da nota de rodapé nº 91 da tese de doutorado de Luiz Carlos Andrade Júnior de 2014 “A simulação no Código Civil” e, equivocadamente, atribuiu sua autoria ao filósofo francês, citado imediatamente em seguida naquela nota de rodapé.

Os meios de prova para o reconhecimento dos indícios (fatos comprovados que ensejam as inferências e raciocínios conclusivos) não têm limitações específicas. Não há a exigência de algum meio específico. Como mera ilustração, o art. 446, I, do CPC admite prova testemunhal para demonstrar, nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada. De todo modo, a prova indiciária é amplamente utilizada pelo Tribunal de Contas da União (“TCU”) na análise de contratos administrativos pois “constitui prova a existência de indícios vários, convergentes e concordantes”, posicionamento extraído do Supremo Tribunal Federal (“STF”), de que “indícios vários e concordantes são provas”.

2.2.1.1.2. Natureza e utilização da prova indiciária

Cabe preliminarmente ressaltar que a prova indiciária não significa ausência de prova. Trata-se meramente de uma forma indireta de prova, por meio da qual se adota uma inferência lógica, a partir de fatos efetivamente comprovados. Não se trata de inexistência de prova, mas da aplicação de um raciocínio interpretativo sobre os fatos provados. Assim como na prova direta, a prova indireta – ou indiciária – requer a demonstração dos fatos.

Disso resultam duas consequências importantes para o presente caso. Primeiro, os fatos sobre os quais se aplicam os raciocínios interpretativos devem estar efetivamente comprovados. Depois, a sua consideração conjunta adquire relevância que ultrapassa a de cada fato individual, pelo que os fatos comprovados podem e devem ser compreendidos em sua composição, não isoladamente, para a construção do raciocínio interpretativo.

A essas considerações deve-se acrescentar a circunstância de que a ANP não dispõe de poderes investigatórios irrestritos ou comparáveis àqueles à disposição de autoridades investigatórias e do Poder Judiciário. Sendo esse o caso, e notadamente quando se está potencialmente diante de hipótese de simulação, não seria mesmo razoável impor ônus probatório rígido. A decisão tomada pela ANP deve refletir seus melhores esforços na busca da realidade dos fatos.

Na RD 492/2020, a ANP buscou identificar situações que implicassem uma burla à premissa da cessão compulsória de efetivo afastamento da Petra da execução dos Contratos de Concessão. Reputou ser simulada a suposta cessão para a Tucano Sul porque a Petra permaneceria, sob vários aspectos, vinculada aos Contratos de Concessão. Não considerou que a Tucano Sul seria uma afiliada da Petra – como seria se integrassem um mesmo grupo econômico e tivessem participação societária em comum, embora sendo pessoas jurídicas diversas. Ao contrário, considerou que a realidade da transferência da concessão para um terceiro (Tucano Sul) era negada por uma série de fatores não explicitamente revelados pela documentação apresentada pela Petra no processo administrativo de cessão. Voltar-se-á a tais fatores em tópico posterior desta Sentença (cf. item 8.2.2 abaixo).

2.2.1.1.3. As RD 492/2020 se baseou – direta e indiretamente – em fatos provados

Na RD 492/2020 e nos pareceres que a instruíram, a ANP não presume a ocorrência de fatos, mas demonstra a sua efetiva existência. Tomando-se a coincidência de endereços entre filial da Petra e a Tucano Sul como exemplo, esse é um fato de comprovação inequívoca. A partir desse fato isolado, podem-se fazer diversas inferências. Como alega a ANP, pode-se inferir que há um vínculo entre Petra ou suas acionistas e Tucano Sul. Como alega a Petra, pode-se inferir simples-

mente que a Tucano Sul e seus sócios pretenderam ter como sede o local da futura exploração de petróleo. A consistência de uma ou outra inferência resulta de um juízo de racionalidade e é confirmada ou infirmada pela análise dos demais fatos comprovados e das inferências que estes também ensejam. Daí a importância da sua consideração conjunta, não isolada.

Dito de outra maneira, não é adequado considerar os fatores de modo isolado, justamente porque a construção das inferências pressupõe a sua análise global. A inferência extraída de um fator pode ser negada pela que deriva de outro. Um certo fator pode permitir concluir que, de duas inferências conflitantes extraíveis de outro, apenas uma faz sentido no conjunto dos fatos comprovados.

2.2.1.1.4. A prova indiciária é bastante para denegação da cessão

Desse modo, o Tribunal Arbitral conclui que a RD 492/2020 e os pareceres que a informam são baseados em fatos efetivamente comprovados, alguns adotados como fundamento para conclusões diretas e outros como base para inferências sobre a permanência da vinculação da Petra e de seus acionistas à execução dos Contratos de Concessão. Estes últimos correspondem à estrutura lógica da prova indiciária. Em tese, tanto um quanto outro caminho podem levar legitimamente ao reconhecimento da simulação na pretendida cessão pela Petra à Tucano Sul e, por decorrência, à declaração de validade da RD 492/2020 como ato de denegação da cessão e consolidação da decisão da ANP pela resolução dos Contratos de Concessão.

2.2.2. SIMULAÇÃO COMO CAUSA DE DENEGAÇÃO DA CESSÃO COMPULSÓRIA

Os indícios são bastantes para caracterizar simulação ou suspeita de simulação? Em caso positivo, houve motivo razoável e proporcional para o indeferimento da cessão dos contratos de concessão pela ANP?

2.2.2.1. Endereço comum entre Petra e Tucano Sul

É fato incontroverso que a Tucano Sul foi constituída tendo como endereço o mesmo local onde já existia uma filial da Petra. Na visão do Tribunal Arbitral, tal coincidência de endereços revela proximidade entre as empresas.

A própria Petra afirma que a Tucano Sul foi constituída por ex-colaboradores seus e por investidores que já a conheciam e tinham familiaridade com os ativos. A proximidade entre as empresas em momento anterior à cessão das Concessões é igualmente reconhecida pela Petra no ¶ 97 das Alegações Iniciais. Em suas palavras, a Tucano Sul “foi constituída justamente para assumir os Blocos cedidos pela Petra”.

Ao tempo da constituição da Tucano Sul, em novembro de 2018 (DRDA-028; DRDA-045), a Petra ainda era a concessionária do bloco em que se encontrava o poço exploratório em questão e a Tucano Sul ainda não detinha qualquer direito em relação ao bloco, ao poço ou à área. A cessão somente foi formalizada em momento posterior, em 18 de março de 2019. Desse modo, a Tucano Sul apenas poderia ter utilizado o referido endereço como sua sede em coordenação com a Petra. Por decorrência, é razoável inferir que a coincidência de endereços implica alguma proximidade e comunhão de propósitos entre as empresas.

Como reconhece a ANP, esse fato, por si só, não é decisivo para a caracterização da simulação da cessão ou da burla aos propósitos da cessão compulsória. Trata-se, no entanto, de dado relevante no âmbito do conjunto de fatos que demonstram a manutenção da Petra ou de seus sócios originais com poder de influência sobre a execução dos Contratos de Concessão mesmo após a cessão para a Tucano Sul.

A alegação da Petra de que a coincidência de endereços não importa relação de afiliação entre as empresas não se afigura relevante, uma vez que esse não foi o fundamento adotado pela ANP para a rejeição da cessão (cf. item 8.1.4.3.3, supra). Tampouco se mostra relevante a alegação de que determinadas empresas adotam o local de exploração da atividade como sede. Em particular, nenhuma dessas alegações afasta a conclusão de que a coincidência de endereços importava a existência de proximidade entre a Petra e a Tucano Sul em momento anterior à cessão.

No caso concreto, o fator relevante, portanto, não é a Tucano Sul haver adotado o local do poço exploratório como sede, mas o haver feito antes de formalizada qualquer cessão e enquanto a Petra era a única titular do direito à exploração. Se fosse uma empresa realmente independente da Petra, ainda que constituída especificamente para assumir as Concessões, seria razoável que a Tucano Sul fosse inicialmente constituída com sede em outro local, vinculado exclusivamente a seus próprios acionistas, e apenas posteriormente à cessão transferisse a sua sede para o local do poço exploratório, se assim julgasse adequado.

Desse modo, tal como alega a ANP, o Tribunal Arbitral considera que o fato da coincidência de endereços é relevante à caracterização da simulação, no contexto dos demais fatores referidos pela ANP na RD 492/2020, sendo certo que a Petra não logrou afastar por meio da prova produzida na arbitragem o indício de ilegalidade decorrente da proximidade entre as empresas.

2.2.2.2. Endereço comum entre Petra e Atma e participação desta na Tucano Sul

Este tópico diz respeito a dois aspectos relevantes da controvérsia: um, a coincidência de endereços entre a sede da Petra e a sede da Atma; outro, os efeitos da participação da Atma, com 100% (cem por cento) de participação societária do Sr. Roberto Viana Neto, no capital social da Tucano Sul.

Ambos os fatos são incontroversos. A iniciar pelo primeiro deles, a coincidência de sedes entre a Petra e a Atma revela proximidade entre as duas empresas, da mesma forma que a coincidência de endereços entre filial da Petra e Tucano Sul. A própria Petra admite tal proximidade ao sustentar que o compartilhamento se destinava a uma simplificação de procedimentos e redução de custos, tendo em vista que o titular da Atma era filho do Diretor Executivo da Petra. Entretanto, a alegação de que seriam essas as únicas razões do compartilhamento de endereço entre as empresas sequer é acompanhada de provas. Em qualquer hipótese, trata-se de admissão de que existem procedimentos e custos compartilhados ou comuns entre Petra e Atma. Notadamente, em se tratando de empresas diversas e desvinculadas, o simples fato de a coincidência de endereços ter sido concebida para produzir tais efeitos indica atuação coordenada em alguma medida.

Quanto ao segundo fator, não assiste razão à Petra ao afirmar que o vínculo entre o titular da Atma e o diretor executivo da Petra não foi considerado pela ANP no curso do processo administrativo. No ¶ 37, (iv), do DRTE-022, parecer que embasou a denegação da cessão, a ANP consigna

que “não há prova nos autos de que Roberto Viana Batista Neto é filho de Roberto Viana Batista Júnior, Presidente Executivo da Petra; a relação de parentesco não impede o deferimento da cessão compulsória; deve-se considerar essa possível filiação em conexão com os demais indícios”.

No que mais de perto interessa a esse fato, nos §§ 22 a 24 do DRTE- 022, a ANP evidencia que a participação do Sr. Roberto Viana Batista Neto na Atma lhe conferia poder de veto de qualquer decisão da Tucano Sul, elementos essenciais à caracterização da simulação da cessão:

22. Considerando-se o organograma da TUCANO SUL (SEI 0186506), e as empresas cotistas, nota-se que Roberto Viana Batista Neto detém, segundo avaliação da Procuradora Federal que subscreve o presente, cerca de 19,66% de cotas da PETRA (considerando-se que detém todas as cotas da ATMA, ou seja, 14,06% da participação da empresa na TUCANO SUL, e 6% de participação na GASELETRO, que detém 84,37%). Ainda com base no cronograma, nota-se que Vicente N. Parkin detém a maior parte das cotas da TUCANO SUL, ou seja, 75,93%, através de sua participação na GASELETRO.

23. De acordo com o parágrafo terceiro da Cláusula 8ª do Contrato Social da TUCANO SUL (SEI 0186496), as deliberações são tomadas por unanimidade pela totalidade do capital social, sendo que a primeira alteração permite aos administradores a prática de atos necessários ou convenientes à sociedade, desde que tenha havido a aprovação prévia dos detentores de pelo menos 90% do capital social. Ainda de acordo com a primeira alteração contratual, Guilherme Pena Castilho passou a ocupar o cargo de Diretor Executivo, atuando sempre em conjunto com Jaime Fernandes Eiras, designado Diretor Técnico.

24. Daí se pode concluir que, apesar de as empresas PETRA e ATMA estarem localizadas no mesmo endereço, Roberto Viana Batista Neto não detém a maior participação na TUCANO SUL e não ocupa Diretoria, como se verá a seguir, o que poderia levar à conclusão de ele que não tem grande poder na tomada de decisões pela empresa TUCANO SUL. No entanto, considerando a regra para tomada de decisões (por unanimidade), restaria afastada essa argumentação. Ademais, persiste o indício de mesmo endereço da empresa TUCANO SUL e o mesmo endereço de uma das filiais da empresa PETRA.

De fato, o Sr. Roberto Viana Batista Neto, sem justificativa econômica convincente que tenha sido apresentada ao Tribunal Arbitral, detinha um poder de veto de qualquer decisão da Tucano Sul. Sem o seu concurso, portanto, os demais sócios não poderiam adotar qualquer deliberação relevante.

A prova produzida pela Petra no curso do procedimento arbitral não esclareceu a razão pela qual tal poder de veto foi conferido ao Sr. Roberto Viana Batista Neto e, portanto, não rechaçou a ocorrência de simulação que dela se infere.

Ao contrário, conforme depoimento do Sr. Vincent Parkin, testemunha arrolada pela Petra, a influência do Sr. Roberto Viana Batista Neto na Tucano Sul atendia à intenção da cedente e da cessionária de manter a Petra como responsável pela obtenção das garantias a serem oferecidas à ANP para cumprimento dos Contratos de Concessão. Isso consta do trecho seguinte do depoimento:

Dr. César Pereira [Árbitro Presidente]: Dra. Marina, desculpe interromper, eu queria um esclarecimento sobre esse ponto, sr. Parkin, que o senhor mencionou há pouco, como é que funcionaria essa estrutura de garantias? O senhor disse que uma vantagem desse negócio que não haveria necessidade da substituição de garantias, mas com a cessão da concessão, não haveria essa necessidade de as garantias prestadas anteriormente serem renovadas ou substituídas?

Sr. Vincent Parkin [Teste. Reqte]: Renovadas, sim senhor, mas o que meu advogado brasileiro explicou, não importava se as garantias vinham de mim ou do grupo exterior. O importante era o fato de ter as garantias que era um requisito super importante e a Petra tinha dado as garantias, e estava no processo do renovar as garantias e o acordo que eu tinha com o grupo do Roberto Viana era que em troca de achar investidores para cumprir com o programa o restante do programa exploratório mínimo, que a gente calculava que tinha sido gasto uns 6 milhões de reais, faltava 43 milhões mais ou menos era a estimativa, em troca de fazer isso que era super importante para eles, porque só com o cumprimento do PEM o enorme ônus, o passivo financeiro que Petra detinha das garantias desapareceria. Não haveria mais necessidade. Então, eles tinham todo o interesse em passar as concessões para um grupo que tinha verdadeira chance de desenvolver o PEM, cumprir com essa necessidade e aí livrá-los. E a gente achava que dentro de um prazo de 2 anos podíamos, se a ANP tivesse dado a aprovação, cumprir com esse programa exploratório mínimo, e aí, as garantias cairiam fora e teríamos total autonomia para desenvolver os campos e fazer os próximos passos. Essa é uma peça importante na avaliação financeira econômica.

Ou seja, embora a apresentação de garantias fosse uma obrigação essencial da concessionária e, por decorrência, devesse ser assumida pela Tucano Sul, era uma condição do negócio entre Petra e Tucano Sul que a Petra continuasse responsável pela prestação das garantias, inclusive perante as entidades garantidoras (presumivelmente as seguradoras que já haviam prestado as garantias originais mediante contratação pela Petra).

Na percepção do Tribunal Arbitral, longe de infirmar o indício de simulação, o depoimento do Sr. Vincent Parkin revela o propósito de manter a Petra como responsável por uma obrigação prevista nos Contratos de Concessão.

De acordo com o testemunho do Sr. Vincent Parkin, a manutenção das garantias pela Petra somente deixaria de ser necessária se fossem encontrados “investidores para cumprir com o programa o restante do programa exploratório mínimo”.

Três pontos do testemunho do Sr. Vincent Parkin chamam especialmente atenção. A um, a despeito de sua importância, não há, na cessão, previsão de que a Petra continuaria responsável pelas garantias. A dois, não foi aportado qualquer dado que revelasse quais seriam esses potenciais investidores que, eventualmente, assumiriam a concessão. Designadamente, não foram citados nomes, nem apresentados comprovantes de quaisquer contatos com possíveis interessados. A três, não sobreveio justificativa convincente para o poder de veto conferido ao Sr. Roberto Viana Batista Neto.

No que toca ao primeiro ponto, a falta de previsão relativa à manutenção das garantias pela Petra priva a cessão de seriedade. Afinal, não se afigura crível que o Sr. Vincent Parkin pudesse ingressar em um negócio desse vulto sem que estivesse respaldado por uma cláusula contratual que assegurasse a manutenção da responsabilidade da Petra, por ele reputado como um ponto “super importante” da operação econômica que afirma ter levado a efeito.

Mesmo que a cessão tenha sido celebrada com celeridade, não se compreenderia como um ponto tão central da negociação jamais chegou a ser objeto de um documento escrito.

No que toca ao segundo ponto, a falta de prova de que havia alguém interessado em assumir a concessão e, conseqüentemente, apresentar garantias em substituição às que foram con-

cedidas indica que tudo se passaria como se a concessão tivesse sido prorrogada para que, eventualmente, a Petra pudesse encontrar investidores verdadeiramente interessados em substituí-la.

No que toca ao terceiro ponto, a justificativa apresentada pelo Sr. Vincent Parkin para o direito de veto assegurado ao Sr. Roberto Viana Batista Neto não se presta a afastar a ocorrência de simulação.

Conforme o depoimento do Sr. Vincent Parkin, tal prerrogativa visava a conferir segurança à família do Sr. Roberto Viana Batista Júnior em relação à manutenção das garantias pela Petra, uma vez que, enquanto titular do direito de veto, o Sr. Roberto Viana Batista Neto teria poderes para impedir que a Tucano Sul se desviasse de seu propósito de cumprir o PEM.

Nas suas palavras, o direito de veto da Atma, controlada por Roberto Viana Batista Neto, seria “uma peça necessária no negócio” no primeiro momento, mas, após o cumprimento do PEM, “a situação mudaria bastante, aí não teria mais como justificar esse tipo de poder”.

Não sobreveio, no entanto, nem prova de que a Petra continuaria responsável pelas garantias, nem de que, uma vez substituídas tais garantias, o poder de veto conferido à Atma, cuja participação era então integralmente detida pelo Sr. Roberto Viana Batista Neto, deixaria de existir. Perguntado a propósito, o Sr. Vincent Parkin tergiversou:

Dr. César Pereira [Árbitro Presidente]: Uma outra pergunta, nessa mesma linha, o senhor mencionou que o senhor Roberto Júnior e o Roberto Neto tinham poder de veto por conta da participação deles de 14% mais ou menos e dentro da ideia que 90% eram exigidos para determinadas deliberações acabavam tendo poder de veto. O senhor justificou que era necessário por conta das garantias e era importante para o senhor, está bem claro. Do ponto de vista do senhor como investidor e de certo modo controlador desse processo, que garantias o senhor estabeleceu para o senhor próprio de que esse direito de veto não seria objeto do abuso ou como é que esse direito de veto se encaixa na ideia de que o senhor era o controlador e não atuava de um modo consertado, digamos com o senhor Roberto Júnior?

Sr. Vincent Parkin [Teste. Reqte]: Perfeito, boa pergunta. Obviamente no negócio digamos normal em que todo o ônus financeiro do investimento, das garantias etc., ia ser assumido pelo comprador, não teria sentido nenhum ter no contrato social, no estatuto, cláusulas que dão esse tipo de poder para um acionista que detinha participação tão pequena. Mas essa situação não era normal. E não é que eu obviamente eu gosto e gostava, gosto do Roberto Viana Neto, mas eu não teria dado aceite esse tipo de poder, não era a minha preferência, mas eu entendi que no vai e vem da negociação, para ter para não ter que substituir as garantias que inviabilizaria totalmente o negócio para nós, o outro lado queria ter alguém que poderia, além de ser um investidor ao lado de mim, poderia em certo sentido, responder por garantias, assegurar que estávamos cumprindo o programa mínimo de investimento, não investindo em outra áreas, não tinham nada que ver que prejudicaria muito a parte que deu as garantias financeiras. Eu entendi que era uma peça necessária no negócio e como disse antes, uma vez cumprido o PEM, aí a situação mudaria bastante, aí não teria mais como justificar esse tipo de poder. Por isso que conversamos sobre o que aconteceria mais para frente e por isso antes mesmo de cumprir o PEM, talvez a gente teria descoberto que investidores não aceitariam isso.

A prova oral produzida tampouco permitiu concluir que Sr. Roberto Viana Batista Neto estivesse realmente agindo em nome próprio. Na realidade, de acordo com o testemunho do Sr.

Vincent Parkin, “ele queria começar uma vida empresarial própria e essa era uma oportunidade para ele, a participação econômica era relativamente pequena que ele teria no negócio, mas era uma forma, eu acho que ia ser um dos primeiros negócios totalmente autônomos da família dele”.

Trata-se de circunstância que corrobora a ocorrência de simulação, pois indica que Sr. Roberto Viana Batista Neto somente figurou no negócio para assegurar que a Petra pudesse continuar a buscar verdadeiros investidores a quem de fato pudesse ceder sua concessão, uma vez que nem o propósito de “começar uma vida empresarial própria”, nem “participação econômica” “relativamente pequena” justificam o poder de veto que lhe foi conferido, como titular da totalidade da participação societária da Atma.

Em lugar de afastar o indício de simulação, portanto, a prova oral denota a manutenção da Petra e de seus sócios na execução dos Contratos de Concessão, bem como que o papel da Atma e do Sr. Roberto Viana Batista Neto seria proteger os interesses da Petra e do Sr. Roberto Viana Batista Júnior na Tucano Sul.

O Tribunal Arbitral considera, assim, que a coincidência de endereços entre Petra e Atma e o direito de veto desta no âmbito da Tucano Sul, fatos expressamente referidos no DRTE-022, de 20 de julho de 2020, incorporado por referência pela RD 492/2020, confirmam a validade da decisão da ANP que entendeu haver simulação na pretendida cessão das Concessões para a Tucano Sul, sendo certo que a prova produzida pela Petra não se revelou capaz de infirmar tal conclusão.

2.2.2.3. Cronologia da constituição da Tucano Sul e dos negócios anteriores ao Termo de Cessão

Analisada à luz dos fatos abordados nos tópicos anteriores, a cronologia dos fatos reforça a ocorrência de simulação que emerge do compartilhamento de endereços entre Petra, Tucano Sul e Atma e da extensão dos poderes do Sr. Roberto Viana Batista Neto, então titular da Atma, na Tucano Sul.

Tendo em vista a ligação existente entre Petra e Tucano Sul, chama atenção que, em 2 de julho de 2018, Petra tenha enviado à ANP documentos referentes à sua habilitação, reconhecendo não ter apresentado certidões fiscais e trabalhistas válidas e que, dias depois, em 27 de julho de 2018, Petra tenha aberto filial no endereço que viria a ser adotado como sede da Tucano Sul dentro de poucos meses.

Na sequência, antes mesmo do recebimento do ofício que conferiu à Petra a possibilidade de cessão dos Contratos de Concessão, em 19 de dezembro de 2018, foi constituída a Tucano Sul, tendo como sócios as empresas Atma, de titularidade do Sr. Roberto Viana Batista Neto, e Pentágono. Três meses depois, Pentágono retirou-se e ingressaram na sociedade, por meio das empresas Rubi e Gaseletro, dois ex-colaboradores da Petra e o Sr. Vincent Parkin.

Conforme observa a ANP, embora a Petra alegue que a participação de ex-colaboradores na cessionária corresponda às práticas do mercado, não há prova nesse sentido.

Considerados os demais indícios de simulação, a prova produzida pela Petra no curso da arbitragem tampouco permite concluir que a sequência dos fatos tivesse como causa apenas a

diligência da Petra na busca por investidores diante do risco iminente de extinção dos Contratos de Concessão.

Muito ao contrário, a prova oral indica que a Petra pretendia permanecer com a concessão, para, eventualmente, cedê-la a investidores de fato interessados em assumi-la.

A propósito, ainda que se pudesse assumir como verdadeira a afirmação do Sr. Vincent Parkin de que pretendia aproveitar a oportunidade de assumir as Concessões por um valor relativamente baixo (de R\$30 milhões nas condições referidas nos Termos de Cessão – DRTE- 005), a Petra não apresentou, perante a ANP ou neste procedimento arbitral, prova convincente da realidade da cessão pretendida. Ao contrário, a ausência de explicações dotadas de razoabilidade econômica no depoimento do Sr. Vincent Parkin reforça a conclusão pela artificialidade da estrutura concebida para a cessão submetida à ANP para aprovação.

No âmbito do procedimento administrativo, a despeito de tomar ciência espontânea dos elementos que sugeriam a existência de simulação e, em especial, do DRTE-022, no qual todas as conclusões que viriam depois a ser adotadas pela ANP já estavam delineadas e fundamentadas, a Petra optou por permanecer silente e não apresentar qualquer esclarecimento ou informação adicional.

O silêncio da Petra foi reforçado pela omissão da sua pretendida cessionária, Tucano Sul. Embora não fosse parte direta no processo de cessão, que é iniciado e conduzido pela cedente (Petra), a Tucano Sul teve a oportunidade de reunir-se com a ANP em 10 de setembro de 2020 (DRDA-006), representada pelo Sr. Guilherme Castilho, qualificado como Diretor, e pela Dra. Maria Augusta Mota, qualificada como Diretora Jurídica. Nessa ocasião, a Tucano Sul foi informada de todas as preocupações da ANP e das conclusões provisórias já existentes quanto à existência de uma simulação – inclusive do DRTE-022. Constou do registro da reunião o seguinte:

A Tucano Sul Exploração e Produção de Petróleo e Gás Ltda. (Tucano Sul) informou ciência do Parecer nº 20/2020/PRGRJ- ANP/PGF/AGU (SEI nº 0837399) exarado no âmbito do processo administrativo nº 48610.205253/2019-34, que escrutina a relação societária entre a Petra Energia S.A. (cedente) e a Tucano Sul (cessionária) e conclui que os indícios apurados configuram burla à cessão compulsória.

A Tucano Sul detalhou o histórico do processo de cessão e a relação entre cedente e cessionária, indicando que se manifestará no processo para esclarecê-la, e questionou se seria possível que a SPL guardasse essa manifestação para emitir seu parecer.

A SPL informou os próximos passos do processo de cessão e que receberá e dará tratamento à manifestação da empresa quando do seu recebimento, independente do momento processual, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

5 – ENCERRAMENTO/OBSERVAÇÕES

A Tucano Sul peticionará documento no processo de cessão para prestar esclarecimentos sobre a relação societária entre cedente e cessionária.

A SPL seguirá o curso do processo de cessão e dará tratamento à manifestação da empresa quando do seu recebimento, independentemente do momento processual.

Não há registro de que a Tucano Sul tenha apresentado os esclarecimentos que se com-

prometera na reunião a apresentar. A SPL apresentou seu parecer (DRTE-023) alguns dias depois, em 14 de setembro de 2020, firmado pelo Sr. Marcelo de Vasconcelos Cruz e aprovado pela Sra. Josie Quintella – ambos presentes à reunião de 10 de setembro de 2020 como representantes da SPL. Em sua declaração de 13 de janeiro de 2023 (DRTE-105), o Sr. Guilherme Castilho afirmou o seguinte: “[d]urante a tentativa frustrada de aquisição destes ativos, devido a denegação de cessão pela ANP, participei na qualidade de representante da Tucano Sul de muitas reuniões com a ANP”. Porém, não fez qualquer menção a essa reunião específica nem à razão de não terem sido apresentados os esclarecimentos por escrito nela mencionados.

A Tucano Sul, como cessionária potencial dos Contratos de Concessão, teria presumivelmente interesse em esclarecer os fatos, especialmente em face das suspeitas levantadas pelo DRTE-022. Ao optar por permanecer em silêncio, a Tucano Sul perdeu a oportunidade de manifestação e esclarecimento, ainda que não fosse responsável pela condução do processo administrativo nem estivesse sujeita, como a Petra, à consolidação da resolução contratual caso não fosse efetivada a cessão.

Na percepção do Tribunal Arbitral, associadas aos indícios de simulação anteriormente analisados, tais circunstâncias corroboram a legalidade da decisão tomada pela ANP.

2.2.2.4. Relação entre os Srs. Roberto Vianna Júnior e Vincent Parkin

O vínculo intenso entre o Sr. Roberto Viana Batista Júnior e o Sr. Vincent Parkin é incontroverso e foi confirmado pelos depoimentos na Audiência de Instrução.

No caso concreto, somados aos demais dados de fato, tal vínculo aponta a manutenção da influência da Petra e do Sr. Roberto Viana Batista Júnior na execução dos Contratos de Concessão por meio da Atma, empresa de titularidade de seu filho, e do Sr. Vincent Parkin, conforme abordado no item 8.2.2.2.3 acima.

Nesse contexto, assume relevância a ligação existente entre o Sr. Roberto Viana Batista Júnior e o Sr. Vincent Parkin.

A propósito, cabe ressaltar que a narrativa dos fatos apresentada pelo Sr. Vincent Parkin em seu depoimento contém omissões lógicas importantes que corroboram as conclusões da ANP. Em particular, não há uma explicação convincente das circunstâncias da transferência das suas quotas na Gaseleto (controladora formal da Tucano Sul) para a empresa Zeitoun, uma vez que, segundo o Sr. Vincent Parkin, a Zeitoun pertenceria a uma advogada estrangeira embora prosseguisse sob o controle do Sr. Vincent Parkin. Nomeadamente, não sobreveio prova de que o Sr. Vincent Parkin tivesse qualquer vínculo com a Zeitoun Consulting Limited.

Tampouco foi trazida explicação acerca do aumento de capital social de aproximadamente R\$22 milhões na Gaseleto. Na realidade, sequer há prova de que o pagamento de tal aporte tenha sido realizado. Essas indefinições e incertezas sobre a principal acionista da Tucano Sul apenas reforçam a falta de consistência nas operações apresentadas à ANP como firmes para a cessão dos Contratos de Concessão da Petra para a Tucano Sul.

Em resumo, os fatos relativos ao relacionamento entre o Sr. Roberto Viana Batista Júnior e o Sr. Vincent Parkin mostram-se relevantes como reforço das conclusões da ANP e desta Sentença.

2.2.2.5. Conclusão do Tribunal Arbitral sobre a comprovação da simulação

Em vista do exposto nos tópicos acima, o Tribunal Arbitral reputa que a fundamentação adotada pela RD 492/2020, por remissão ao conjunto de pareceres técnicos e jurídicos objeto da Proposta de Ação 0563/2020, de 22 de setembro de 2020 (DRTE-026), é convincente no sentido de reconhecer a ocorrência de simulação na cessão da Petra para Tucano Sul apresentada à ANP para o fim de evitar a resolução dos Contratos de Concessão.

O conjunto de fatos que informa a decisão da ANP, notadamente a coincidência de endereços entre a filial da Petra e a Tucano Sul, a coincidência de endereços entre as sedes da Petra e da Atma, o inexplicado direito de veto do Sr. Roberto Viana Batista Neto na Tucano Sul, a cronologia dos fatos e as relações existentes entre o Sr. Roberto Viana Batista Júnior e o Sr. Vincent Parkin revelam que a cessão dos Contratos de Concessão foi simulada.

Ademais, embora lhe tenha sido concedida a oportunidade, a Petra não logrou produzir provas que pudessem infirmar a ocorrência de simulação no caso concreto.

Por decorrência, o Tribunal Arbitral considera lícita a decisão da ANP de denegar a cessão, nos termos da RD 492/2020.

2.2.3. ALEGAÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DA ANP

A ANP estaria impedida de denegar a cessão dos Contratos em virtude da vedação ao comportamento contraditório?

Não há a configuração de conduta contraditória da ANP. Os fatos objeto do presente caso são únicos e peculiares, não se confundindo com os discutidos em quaisquer dos processos previamente examinados pela ANP mencionados pela Petra.

Também não há contradição interna no âmbito do processo administrativo de origem. A análise da ocorrência de simulação foi conduzida de modo independente pelos órgãos competentes (SPL e Procuradoria Jurídica). As conclusões adotadas têm foco distinto do que inspirou manifestações técnicas anteriores favoráveis à cessão por outros órgãos da ANP, no âmbito de suas respectivas competências.

Por decorrência, o Tribunal Arbitral não verifica contradição externa ou interna na conduta da ANP, tampouco identifica qualquer fundamento jurídico que pudesse levar à invalidação da RD 492/2020 sob tal justificativa.

2.2.4. CONCLUSÃO

Decisão Final do Tribunal sobre as alegações de ilegalidade da RD 492/2020

Por todo o exposto, o Tribunal Arbitral considera válida a RD 492/2020, considerando a sua fundamentação remissiva à Proposta de Ação 0563/2020, de 22 de setembro de 2020 (DRTE-026).

2.3. Custos, honorários e providências complementares.

2.3.1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados equitativamente ou conforme os arts. 85 e 86 do CPC?

As Partes não discordam quanto à condenação da parte sucumbente ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos representantes processuais da contraparte. Discordam, contudo, quanto ao modo de fixação desses honorários: enquanto a ANP requer a aplicação dos parâmetros do CPC, a Petra pede uma fixação equitativa.

2.3.1.1.1. Regras processuais aplicáveis

Primeiro, cabem esclarecimentos quanto ao regramento processual aplicável a este Procedimento Arbitral e os respectivos limites dos poderes do Tribunal. As regras processuais aplicáveis têm duas origens diferentes, as convencionais, pactuadas por contrato, e as legais, impostas por lei. Na primeira, este Procedimento é contratualmente regido pelo Compromisso Arbitral firmado pelas Partes em 25 de março de 2021, pelo Regulamento de Arbitragem da CCI em vigor desde 1º de janeiro de 2021, pela Ata de Missão assinada pelas Partes e Árbitros em 5 de novembro de 2021 e, em último caso, naquilo que for necessário para organizá-lo, pelas Ordens Processuais do Tribunal, por autorização do Regulamento. Na segunda, é legalmente regido pela Lei de Arbitragem brasileira, a *lex arbitri* e, pontualmente para o impedimento de árbitros, o Código de Processo Civil, por referência expressa do art. 14 da Lei de Arbitragem.

Dito isso, independentemente da eventual aplicação de normas constantes do CPC como tradução da teoria geral do processo, as regras específicas do art. 85 do CPC são próprias do sistema judicial e não se aplicam diretamente à arbitragem. Nesta, cabe a construção de figuras próprias, como a da cl. 10 da Convenção de Arbitragem ou outras presentes no regulamento adotado pelas partes ou admitidas pelo Tribunal nos limites de seus poderes de condução do procedimento. Em termos gerais, o CPC não é aplicável aos procedimentos arbitrais, conforme reconhecido pelo STJ.

2.3.1.1.2. Natureza da obrigação da cl. 10 da Convenção de Arbitragem

Portanto, os chamados “honorários advocatícios” autorizados na cl. 10 da Convenção de Arbitragem não são automaticamente idênticos aos existentes no processo judicial brasileiro, que não lhes dá fundamento. A cl. 10 da Convenção de Arbitragem cria obrigação autônoma, de origem convencional (não legal), para que a parte sucumbente pague verba a terceiros que não compõem a relação processual: os Patronos da parte vencedora, alheios ao vínculo subjetivo da Convenção de Arbitragem. Essa verba não é utilizada para custear o procedimento. Não se trata de uma despesa procedimental, nem compõe o valor em disputa. A fonte dessa obrigação não é outra senão a convenção das Partes. Por isso, cabe interpretar o negócio jurídico celebrado entre as Partes por meio do qual pactuaram a incidência de honorários advocatícios de sucumbência neste procedimento.

A obrigação prevista na cl. 10 da Convenção de Arbitragem (“o Tribunal Arbitral condenará a Parte total ou parcialmente vencida ao pagamento de honorários advocatícios”) não está sujeita aos parâmetros do art. 85 do CPC sobre honorários de sucumbência nem aos do art. 27 da

Lei de Arbitragem sobre custas e despesas do procedimento. Pelo contrário, a rigor, como é obrigação de pagamento a terceiro que não compõe o contrato original, diretamente exequível pelo estipulante, trata-se de uma estipulação em favor de terceiros, sujeita aos arts. 436 a 438 do CC.

As Partes, contudo, não alcançaram consenso quanto à liquidação desta obrigação, tendo registrado o dissenso diretamente na Convenção de Arbitragem:

Cl. 10: (...) A ANP pretende a fixação dos honorários nos termos dos artigos 85 e 86 do Código de Processo Civil brasileiro, ou norma que os suceda, e a Petra postula sua fixação equitativa pelo Tribunal Arbitral. Não será devido nenhum outro ressarcimento de despesas de uma Parte com sua própria representação.

Diante da controvérsia, o Tribunal entende que a extensão do consenso estabelecido pelas Partes – a amplitude material da avença estipulada em favor de seus Patronos – deve ser objeto de interpretação. Somente pode haver a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais mediante acordo das Partes. No caso concreto, a questão é saber qual a extensão do acordo existente.

De um lado, a ANP reputa aplicáveis os parâmetros objetivos do art. 85 do CPC, os quais consistem em balizas matemáticas para o cálculo dos honorários por faixas de valor. Embora tenha concordado com a incidência dos honorários, a Petra não concordou com esse parâmetro. Por decorrência, não há consenso e esse parâmetro não pode ser adotado.

Cabe identificar qual a amplitude do consenso existente. Em relação à quantificação, a Petra concordou com a fixação de honorários segundo um critério equitativo adotado pelo Tribunal Arbitral. Afigura-se razoável que esse critério equitativo somente possa conduzir a um valor que seja, no máximo, igual ao que resultaria da aplicação matemática do art. 85 do CPC – caso contrário ultrapassaria a dimensão quantitativa do consentimento manifestado pela ANP.

A partir dessas premissas, conclui-se que o critério equitativo defendido pela Petra consiste na dimensão comum ao consentimento de ambas as Partes. O que ultrapassar a avaliação equitativa do Tribunal excederá o consentimento manifestado pela Petra; se essa avaliação resultar em um montante superior ao calculado segundo o art. 85 do CPC, ultrapassará o consentimento expressado pela ANP.

Portanto, os honorários devem ser fixados por arbitramento realizado pelo próprio Tribunal dentro de critérios que correspondam às balizas comuns entre os pedidos das partes, analisadas mais abaixo.

2.3.1.1.3. Vedação de julgamento ex aequo et bono e arbitramento equitativo

Antes de adentrar nos critérios de arbitramento, o Tribunal analisa a aparente contradição entre o pedido de arbitramento equitativo realizado pela Petra e a vedação da cl. 6ª da Convenção de Arbitragem para decisão por equidade.

A Convenção de Arbitragem, conforme cl. 6ª, veda que o Tribunal Arbitral decida por equidade. Similarmente, a Lei de Arbitragem, art. 2º, § 3º, proíbe o julgamento por equidade em arbitragem que envolva a administração pública. Essa equidade vedada consiste em aplicar a justiça como pessoalmente percebida pelo julgador ao caso concreto. O julgamento ex aequo et bono, a que a Lei de Arbitragem menciona como sendo por equidade refere-se a uma modalidade de

resolução da controvérsia em que os árbitros afastam regras de direito positivo e decidem o caso baseados no seu senso pessoal de justiça. Bem por isso, é colocada, no art 2º da Lei de Arbitragem, em contraposição à arbitragem de direito. Em outras palavras, as vedações da cl. 6ª da Convenção de Arbitragem e do art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem significam que o Tribunal não tem, no presente caso, liberdade para aplicar seu senso de justiça em detrimento do direito positivo.

Entretanto, a Petra não pede que o Tribunal decida a questão dos honorários ex aequo et bono, no sentido de afastar a lei para alcançar resultado diverso que lhe pareça mais justo. No caso, não há nem previsão convencional nem legal a ser afastada em prol de um julgamento ex aequo et bono, dito por equidade. Apesar da similaridade terminológica, a vedação de arbitragem por equidade prevista na Lei de Arbitragem e na cl. 6ª proíbe o julgamento ex aequo et bono, mas não impede que o Tribunal, em julgamento, exerça residualmente juízo de valor equitativo. O termo equidade, no vernáculo, abarca ambos os sentidos, sendo apenas um deles vedado neste caso.

O que a Petra pede, portanto, é que o Tribunal determine o valor da obrigação de forma proporcional, considerando critérios de razoabilidade objetivos e fundamentados, como será feito a seguir. Portanto, o critério de “arbitramento por equidade” pedido pela Petra, apesar de homônimo à vedação da cl. 6ª da Convenção de Arbitragem, tem sentido e finalidade diversas. Está relacionado à razoabilidade na fixação do montante dos honorários cujo pagamento é objeto de consenso das Partes, não conflitando com a proibição da Convenção de Arbitragem. O Tribunal continua aplicando todo o regramento pré-existente, apenas levando em conta aspectos fáticos particulares para liquidar, com razoabilidade e proporcionalidade, a obrigação de pagamento a terceiros.

2.3.1.1.4. Balizas comuns das Partes e critérios para fixação de honorários

No que tange à fixação dos honorários advocatícios, o Tribunal realiza o arbitramento, ou seja, a quantificação de uma obrigação já existente a partir do consenso das Partes e do resultado da arbitragem. O arbitramento dos honorários naturalmente se refere à fixação do valor devido em razão da atuação profissional no âmbito do processo arbitral, levando em consideração diversos critérios como (i) o grau de zelo dos profissionais; (ii) os lugares de prestação do serviço; (iii) a natureza, valor e a importância da causa; (iv) o trabalho realizado pelos advogados; (v) o tempo exigido para os seus serviços; (vi) a cooperação no desenvolver do procedimento.

O Tribunal derivou esses parâmetros de um senso geral de razoabilidade, considerando a natureza do trabalho exercido pelos representantes das Partes. Concomitantemente, eles também estão presentes no CPC, especificamente no § 2º do art. 85, com dicção levemente alterada. Sendo critérios aplicáveis tanto a partir de um arbitramento puramente por proporcionalidade quanto de um regido pelo art. 85 do CPC, o Tribunal os considera parte das expectativas comuns, e, portanto, das balizas comuns das Partes para liquidação desta obrigação. O Tribunal os aplicou da forma a seguir.

Ao longo do Procedimento Arbitral, ambas as partes mantiveram, por meio de seus representantes, comportamento processual adequado. Não houve atos procrastinatórios, nem abuso do direito de defesa, e os Patronos atuaram de modo cooperativo tanto quanto esperado. As Partes apresentaram suas alegações de forma clara e objetiva, respeitaram os prazos estipulados pelo Tribunal e colaboraram para o bom andamento do procedimento. Esse comportamento proces-

sual adequado, tanto da parte vencedora quanto da vencida, é levado em consideração ao fixar os honorários advocatícios, pois é um reflexo da diligência e da seriedade com que as Partes e seus respectivos representantes conduziram a arbitragem. Importante também que não há motivos para a condenação adversa de qualquer das Partes em virtude de comportamento processual prejudicial de seus representantes.

Quanto ao lugar de prestação do serviço, o Tribunal ressalta que a condução do processo foi inteiramente realizada em formato digital. Todos os atos, desde as reuniões preliminares, audiências até as oitivas, foram realizados de maneira remota, por meio de plataformas digitais. Não houve a necessidade de deslocamento por parte dos advogados, nem das partes envolvidas. Este fato, em si, já diminui os custos inerentes ao exercício da advocacia e é levado em consideração ao se arbitrar os honorários. Ainda assim, o Tribunal não ignora que a natureza remota do trabalho não diminui sua complexidade nem o grau de zelo exigido dos profissionais envolvidos.

Em relação ao valor e natureza da disputa, o Tribunal reconhece que é um fator que merece consideração na fixação dos honorários advocatícios. Neste caso, é indiscutível que o valor da controvérsia é elevado. Entretanto, este Tribunal também leva em consideração a natureza da disputa e outras circunstâncias relevantes. O Tribunal registra que, embora o valor da controvérsia tenha aumentado em mais de dez vezes após a prolação da Ordem Processual nº 11, o ganho econômico potencial da Petra, que nesta ocasião se mostrou a parte vencida, não foi incrementado. Essa disparidade entre o valor da disputa, em função do destino a ser dado ao depósito das indenizações securitárias, e o proveito econômico possível à Parte vencida também é levada em consideração para o arbitramento dos honorários.

2.3.1.1.5. Fixação de honorários

Assim, levando em conta os critérios supracitados, o Tribunal liquida a obrigação da cl. 10 da Convenção de Arbitragem, arbitrando os honorários advocatícios em R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) em prol dos representantes processuais da ANP e exequíveis pela própria ANP, a serem pagos pela Petra no prazo de 30 (trinta) dias contados da notificação de decisão que acolha eventuais pedidos de esclarecimento à Sentença ou, na ausência desta, contados da data de notificação das Partes sobre a Sentença Arbitral. Na hipótese de não haver pagamento tempestivo, o Tribunal nota que as Partes não apresentaram pedidos quanto à data base e taxas aplicáveis, somente fazendo sua especificação para a hipótese de condenação da ANP, não de haver créditos em seu favor. Apesar da referência da ANP à Emenda Constitucional 113 (“EC 113”), trazida no contexto de sua eventual condenação (DRDA-066), o Tribunal compreende que os parâmetros do art. 3º da EC 113 aplicar-se-iam somente na ocasião de condenação da ANP, o que não é o caso. Portanto, na hipótese de não haver pagamento tempestivo, o montante será acrescido da taxa Selic, aplicável de forma simples, não composta, a título tanto de juros moratórios quanto de correção monetária, com base nos arts. 395, caput, e 406 do Código Civil.

Por força do art. 406 do Código Civil, os juros legais devem ser calculados pela “taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. De acordo com o art. 13 da Lei 9.065/95, com o art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, com o art. 5º, § 3º, da Lei 9.430/96, com o art. 30, da Lei 10.522/02 e com o art. 997, do Decreto 9.580/18, tal taxa é a taxa Selic, conforme, inclusive, reconhece o Superior Tribunal Justiça (REsp 710.385/RJ, 1ª

Turma, r. Min. Teori Zavascki, j. 28.11.2006). Malgrado o entendimento de diversos tribunais estaduais, o art. 406 do Código Civil não remete ao art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, cuja incidência para a mora de impostos devidos à Fazenda Nacional é afastada pela legislação extravagante acima citada.

Por outro lado, de acordo com o entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça, consolidado sob o Tema Repetitivo n.º 99, a propósito do regramento constante do Código Civil, a taxa Selic não pode ser cumulada com correção monetária, “já que, pela sua natureza e modo de apuração, a referida taxa embute também a variação da moeda” (REsp. 1.102.552/CE, 1ª Seção, r. Min. Teori Zavascki, j. 25.3.2009. No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.794.823/RN, 3ª Turma, r. Min. Moura Ribeiro, j. 25.05.2020).

A decisão quanto a este ponto é proferida por maioria, com o voto contrário do Árbitro Presidente, cujo entendimento é no sentido da aplicação de correção monetária segundo a variação do IPCA e juros simples de mora de 1% ao mês.

3. DISPOSITIVO

Diante dos fundamentos detalhados nos tópicos anteriores, o Tribunal Arbitral, por unanimidade, com exceção da parte final do item (e) abaixo, decidida por maioria, julga:

a) IMPROCEDENTE, conforme fundamentação contida no item 8.1 acima, o pedido da Petra descrito no item 5.28(iii) da Ata de Missão, objeto do ponto controvertido 1 desta Sentença, conforme consta do ¶ 233, acima, **deixando de declarar a nulidade do processo administrativo subjacente à RD 92/2020.**

b) IMPROCEDENTES, conforme fundamentação contida no item 8.2 acima, os pedidos da Petra descritos no item 5.28(iii) e (iv) da Ata de Missão, objeto do ponto controvertido 2 desta Sentença, conforme consta do ¶ 233, acima, **deixando de declarar a ilegalidade da RD 492/2020.**

c) IMPROCEDENTE, conforme fundamentação contida no item 8.3 acima, o pedido da Petra descrito no item 5.28(v) da Ata de Missão, objeto do ponto controvertido 3 desta Sentença, conforme consta do ¶ 233, acima, **deixando de condenar a ANP ao pagamento de indenização em favor da Petra.**

d) IMPROCEDENTE, conforme fundamentação contida no item e acima, o pedido da Petra descrito no item 5.28(vi) da Ata de Missão, objeto do ponto controvertido 4.1. desta Sentença, conforme consta do ¶ 233, acima, **determinando que as despesas do procedimento sejam integralmente arcadas pela Petra, sem qualquer ressarcimento por parte da ANP.**

e) PROCEDENTE, conforme fundamentação contida no item f acima, o pedido da ANP descrito no item 5.47(iii) da Ata de Missão, observado o pedido da Petra descrito no item 5.28(vi) da Ata de Missão, objeto do Ponto Controvertido 4.2. desta Sentença, **fixando os honorários advocatícios equitativamente em favor dos representantes proces-**

suais da ANP indicados no item 4.2 desta Sentença, no valor de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais), a serem pagos pela Petra no prazo de 30 (trinta) dias contados da notificação de decisão que acolha eventual pedido de esclarecimento à Sentença ou, na ausência de tal acolhimento, contados da data de notificação das Partes acerca desta Sentença Arbitral, devendo, na hipótese de não haver pagamento tempestivo, o montante ser acrescido, desde o seu vencimento, da variação acumulada da taxa Selic, aplicada de modo simples, a título tanto de juros moratórios quanto de correção monetária, na forma dos arts. 395, caput, e 406 do Código Civil.





Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais

 anafenacional.org.br

 (61) 3326-1729

 anafenacional.org.br

 @ANAFENACIONAL

 @anafenacional

 SHIS QL 24, Conjunto 3,
Casa 1, Lago Sul - Brasília/DF