

ISSN 2594-3979



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

Vol. 8, n. 1 (2024)

 **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

## COORDENADORA DO CENTRO DE ESTUDOS DA ANAFE

Daniela Oliveira Rodrigues

## 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. 8, n. 1, dezembro de 2024 – Brasília: ANAFE, 2024

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

**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

**Diretor de Filiações e Benefícios**

José David Pinheiro Silvério

### 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

**Coordenadora**

Daniela Oliveira Rodrigues

### COORDENAÇÃO DE REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

**Coordenador**

Thiago Costa Bolzani



# CONSELHO EDITORIAL

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

Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), DF/Brasil

- **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 (CESUPA/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) RS/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 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

**Adriano da Silva Ribeiro** - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJ/MG

Pós-doutorado em Direito Constitucional pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA (2019). Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Licenciado em Letras e suas Literaturas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2002). Associado, Coordenador Adjunto, Editor-chefe dos periódicos e Diretor de Relações Institucionais do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde 1995. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com.

**Antonio Pedro Ferreira da Silva** - Advocacia Geral Da União – AGU

Doutor em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador (2020). Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador (2015). Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2001). Graduação em Ciências Contábeis pela Fundação Visconde Cairu (1994). Atualmente é Procurador Federal - Advocacia Geral Da União. E-mail: apfsba@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. Autor do livro *Manual de Direito do Trabalho* (2018). E-mail: augustodebarauna@gmail.com.

**Carolina Angelo Montolli** – Fundação João Pinheiro (FJP)

Pós-doutorado em Ciências Jurídicas - Direito Penal Internacional Humanitário pela Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, Argentina. Pós-doutorado em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza, Buenos Aires, Argentina. Pós-doutorado em Direitos Sociais e Vulnerabilidades da Università Degli Studi di Messina, Sicília, Itália. Doutora em Direito Público, com ênfase em Direito Internacional dos Direitos Humanos, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Pesquisadora e professora do Observatório de Políticas Públicas em Segurança. Professora do Curso em Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro. E-mail: carolinamontolli@gmail.com.

**Denise Almeida de Andrade** – Fundação Getúlio Vargas - FGVLaw São Paulo

Pós-doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (PNPD-CAPEs). Doutora (PROSUP-PRODAD) e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Professora do Mestrado Acadêmico e da Graduação em Direito do Centro Universitário Christus - UNICHRISTUS. Professora da Fundação Getúlio Vargas - FGVLaw São Paulo. É uma das organizadoras da série *Womens Rights, International Studies on Gender*. E-mail: andradedenise@hotmail.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.

**Fernando Afonso Marques de Melo** - Universidade Estadual do Piauí (UESPI)

Professor efetivo do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJ/PI). Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Pós-graduado em Direito Constitucional (UniAmérica), em Direito Ambiental e Sustentabilidade (FAEL) e Direito Público (FAVENI). E-mail: fernandoammelo96@gmail.com.

**Leandro Ferreira Bernardo** - Procuradoria-Geral Federal

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2017); Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR (2012); Especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Brasília - UnB (2010); Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - 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). E-mail: leandrofernando@hotmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4647-0361>.

**Lilian Cazorla do Espírito Santo Nunes** - Centro Universitário Carioca (UNICARIOCA/RJ)

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense - PPGSD/UFF (2020). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense - PPGDC/UFF (2015). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (2011). Docente e Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário Carioca - UNICARIOCA. Docente na Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro. Advogada. Diretora da Escola Superior de Advocacia da 35ª Subseção do Rio de Janeiro. Membro da Comissão de Garantismo Processual da OAB/RJ. E-mail: liliancazorla@gmail.com

**Leonardo Felipe de Oliveira Ribas** - Universidade Federal Fluminense (UFF)

Pós-doutorando e professor pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Mestre em Teologia Sistemático-Pastoral pelo Programa de Pós-Graduação em Teologia da PUC-Rio. Especialista em Jurisdição Constitucional em Tutela de Direitos pelo Departamento de Direito da Universidade de Pisa. Bacharel em Filosofia, em Teologia e em Direito. E-mail: leofelipe25rj@hotmail.com . ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4359-6559>.

**José Guilherme Berman Corrêa Pinto** - Pontifícia Universidade Católica (PUC-Rio)

Mestre e Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Administrativo no curso de graduação em Direito da PUC-Rio. Vice-presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ e 2º Vice-presidente da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB. E-mail: jgb@bmalaw.com.br

**Marina Fernandes Bueno** - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UERJ)

Doutora pelo Programa de Políticas Públicas e Formação Humana/ PPFH-UERJ (2016), Mestre (2009) e Graduada (2005) em Serviço Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Foi pesquisadora vinculada ao *Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali da Università di Bologna* (set- 2014/ ago- 2015). Atuação na docência em Serviço Social na Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Plínio Leite. E-mail: marinafbueno@gmail.com.

**Neuro Zambam** – Escola de Direito Attitus Educação

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. E-mail: neurojz@gmail.com.

**Renata Silva Gomes** - Escola de Estudos Superiores de Viçosa (ESUV/UNIVIÇOSA)

Doutora em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho (2010) e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2007). E-mail: renatagomesegomes@gmail.com.

**Sérgio Luiz Milagre Júnior** – Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (FDCL)

Professor e Coordenador de Curso da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Doutorando em História pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Mestre em História (com ênfase em História do Direito) pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Especialista em Direito Público Global pela Universidade Castilla La-Mancha (UCLM - Toledo) e em Direito Penal pelo Damásio Educacional. Especializado em Direito Internacional Aplicado pela Universidade São Judas Tadeu (EBRADI). Graduado em História pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (FDCL). E-mail: s.milagre@hotmail.com.

**Silvio Marques Garcia** – Faculdade de Direito de Franca (FDF)

Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista - Unesp. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília -UnB/Escola da AGU, 2010. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Franca - Unifran. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista - Unesp, 2001. Professor de Direito Tributário e Direito Financeiro da Faculdade de Direito de Franca (FDF, 2015-Atual). Autor do livro *Aposentadoria por Idade do Trabalhador Rural*. Procurador Federal. E-mail: professorsilviogarcia@gmail.com ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-8171-0228>.

**Vitor Gonçalves Machado** - Faculdade de Direito de Vitória – FDV

Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória - FDV). Mestre em Direito Processual (Universidade Federal do Espírito Santo - UFES). Especialista em Direito do Estado e em Ciências Criminais (Anhanguera/Rede LFG). Graduado em Direito (UFES). E-mail: vitor.g.machado@hotmail.com.

# AUTORES

## **Ana Maria Foguesatto**

Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, curso de Doutorado e Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ/RS). Professora no curso de Direito da Faculdade de Direito de Uruguaiana – FDU/Anhanguera. E-mail: [anafoguesatto@hotmail.com](mailto:anafoguesatto@hotmail.com) ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-0026-2943>.

## **Anny Falcão Schwendler**

Doutoranda em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Especialista em Direito Ambiental, Urbanístico e Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Advogada atuante em Direito Imobiliário. E-mail: [annyhfalcao@usp.br](mailto:annyhfalcao@usp.br).

## **Bianca Alvim Nogueira**

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: [biancanogueira101@hotmail.com](mailto:biancanogueira101@hotmail.com) ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0005-5098-0224>.

## **Cristóvão Corrêa Borba Soares**

Advogado e Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP. Bacharel em Direito pela FDUSP. E-mail: [cristovaaborba@hotmail.com.br](mailto:cristovaaborba@hotmail.com.br) . ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-1733-7406>.

## **Daniel Piñeiro Rodriguez**

Doutorando e Mestre em Direito pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Foi aluno de doutorado visitante na *Goethe Universität Frankfurt* durante o semestre de inverno de 2023, onde frequentou o Colóquio de Teoria Política liderado pelo Prof. Dr. Rainer Forst. Procurador Federal (PGF/AGU). E-mail: [pineiro.rodriguez@gmail.com](mailto:pineiro.rodriguez@gmail.com) com ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5981-7718>.



**Davi Valdetaro Gomes Cavalier**

Procurador Federal. Ex-Procurador Municipal. Mestre pela Universidade de São Paulo - USP. Professor da Escola Nacional de Administração Pública - ENAP e da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP. Pós-graduando em Psicologia Positiva, Gestão de Pessoas e Saúde no Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC-PR. Autor do livro *Compliance e Saúde Mental nas Organizações* (Ed. Dialética, 2023). E-mail: [davicavalieri@gmail.com](mailto:davicavalieri@gmail.com) ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5580-0193>.

**Edimar Ferreira Bezerra**

Mestrando em Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas (PPGPP) da Universidade Federal do Pampa (Unipampa – Campus São Borja/RS). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Caruaru/PE. Procurador Federal/AGU. Pós-graduado em Direito Constitucional, em Direito Processual Civil e em Direito Tributário. Professor no curso de Direito da Faculdade de Direito de Uruguaiana – FDU/Anhanguera. E-mail: [efbezerra@hotmail.com](mailto:efbezerra@hotmail.com).

**Elival da Silva Ramos**

Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP (Área de Direito Constitucional). Livre-Docente (2001), Doutor (1992), Mestre (1986) e Bacharel em Direito (1977) pela FDUSP. Procurador-Chefe da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Procurador do Estado de São Paulo aposentado, tendo exercido o cargo de Procurador-Geral do Estado. E-mail: [eramos@usp.br](mailto:eramos@usp.br). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2761-7548>.

**Esther Maria Silva Braz Tafner**

Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisadora do Grupo de Iniciação Científica “Princípios constitucionais, garantias processuais e jurisprudência dos tribunais superiores”. E-mail: [esthertafner@gmail.com](mailto:esthertafner@gmail.com) ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0002-8003-5547>.

**Ewerton Vinicius Pereira da Silva**

Especialista em Direito Público pela Faculdade LEGALE. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Procurador da Fazenda Nacional. E-mail: [ewertonviniciuspereira@gmail.com](mailto:ewertonviniciuspereira@gmail.com).

**Felipe Cidral Sestrem**

Mestre e Graduado em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET-SC) e, também, em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP) da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ-RJ). Advogado e Procurador do Município de Joinville. Ocupa atualmente o cargo de Procurador-Executivo (PGM-Jlle, 2021) junto ao Gabinete da Procuradoria-Geral (PGM.GAB). Professor de Direito em universidades da região Norte de Santa Catarina (2013-2014). E-mail: [felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br](mailto:felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br) ORCID ID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-5244-2359>.

**Felipe Viégas**

Advogado da União na AGU. Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP. Especialista em Direito Constitucional, Administrativo e Tributário pela Escola de Magistratura de Pernambuco - Esmape. Membro do Tribunal de Prerrogativas da OAB-DF, professor e autor de obras jurídicas. E-mail: felipeviegas@outlook.com ORCID ID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-5960-7312>.

**Flávia Corrêa Azeredo de Freitas**

Procuradora Federal. Doutoranda em Direito do Estado (USP). Mestre em Política Social (UFF). Mediadora e Negociadora de Conflitos. E-mail: fcfa1309@gmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0007-4215-9430>.

**Guilherme Raso Marques**

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Mestre em Direito. Especialista em Direito Público, em Direito Tributário, em Direito Empresarial e em Segurança de Dados, MBA em Gestão Pública. Ocupa o cargo de Procurador da Fazenda Nacional desde 2017, tendo atuado na defesa da União, recuperação de créditos públicos e consultoria administrativa e tributária. E-mail: raso.adv@gmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0003-2332-2125>.

**Gustavo Alencar**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Mestre em Direito Público pela NOVA Law School. Procurador Federal. Ex-Procurador-Chefe Adjunto da Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Oeste do Pará - UFOPA. Membro do Núcleo de Licitações, Contratos e Convênios da Equipe Regional de Matéria Administrativa da Procuradoria-Regional Federal da 1ª Região. E-mail: gustavoalencarce@gmail.com ORCID ID <https://orcid.org/0009-0006-4185-0652>.

**José Antônio Pessoa Neto**

Administrador de Empresas pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, com Mestrado em Administração de Empresas pela Universidade Federal Rural de Pernambuco - UFRPE e Pós-graduação L.L.M em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Atualmente exerce suas atividades como Analista na evolução do portal de compras na Diretoria de Normas e Logísticas do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI). E-mail: jose.pessoa@gestao.gov.br.

**Manoel Tavares de Menezes Netto**

Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/DF). Mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ). Economista. Foi membro do Comitê de Apoio Técnico do Diagnóstico do Contencioso Tributário do Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2021/2022), da Comissão de Juristas do Supremo Tribunal Federal - STF/Senado para Reforma do Processo Tributário (2022) e do Grupo de Análise Jurídica do Programa de Assessoramento Técnico da Reforma Tributária do Ministério da Fazenda (2024). E-mail: manoelt@gmail.com.

**Manuellita Hermes**

Procuradora Federal na Advocacia-Geral da União. Ex-Secretária de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação do Supremo Tribunal Federal - STF. Professora Doutora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa/Universidade de Brasília (IDP-Brasília). E-mail: manuelita.oliveira@agu.gov.br.

**Marcelo Kokke**

Pós-doutorado em Direito Público Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela - Espanha. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PuC-Rio. Especialista em Processo Constitucional. Professor de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor do Mestrado e Doutorado da Dom Helder Câmara. Professor colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. Membro da Academia Latino Americana de Direito Ambiental. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Procurador Federal colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Procurador Federal do Núcleo de Prioritárias Ambientais da Procuradoria Federal no Estado de Minas Gerais - Advocacia-Geral da União. E-mail: marcelokokke@yahoo.com.br . ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8636-2787>.

**Mário Miranda de Oliveira**

Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal (2019/2023), com título reconhecido e apostilado pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa-Portugal (2019/2020). Especialista em Análise e Avaliação de Propostas em Procedimento de Contratação Pública pela Faculdade de Direito de Lisboa-Portugal (2019). Pós-graduado em Direito Constitucional pelo IEC/PUC/MINAS (2009). Pós-graduado em Direito Público pelo CAD/Universidade Gama Filho (2001). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2001). Foi advogado militante no foro de Belo Horizonte (2001-2003) até o ingresso na Advocacia-Geral da União (2003). Atualmente exerce as funções de Procurador Federal. E-mail: mario.miranda@agu.gov.br.

**Plínio Gevezier Podolan**

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Professor da Escola da Magistratura do Trabalho da 23ª Região. Juiz do Trabalho. E-mail: pliniopodolan@gmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3509-5401>.

**Rubens Quaresma Santos**

Mestrando em Direito e Empreendimento e Pós-graduado em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Graduado em Engenharia de Software pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). Procurador na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), tendo exercido as funções de Subprocurador-Regional da Fazenda Nacional na 1ª Região (2017-2019) e de Procurador-Regional da Fazenda Nacional na 1ª Região (2019-2021), atualmente integra a Divisão de Consultoria e Assessoramento Jurídico-1 da Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria Administrada da Fazenda Nacional. E-mail: rubensqs@gmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3170-4348>.

**Viviane Alfradique Martins de Figueiredo Mendes**

Advogada da União, Coordenadora Regional Adjunta de Defesa da Probidade na Procuradoria Regional da União na 2ª Região, Pós-Graduada em Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra (2017) e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas - FGV (2024), Membro da Comissão de Direito Administrativo e da Comissão Especial da Justiça Federal da Seccional da OAB/RJ (2023). E-mail: vivianemendes@hotmail.com.



# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

Sérgio Montardo ..... 19

## EDITORIAL

Frederico Rios Paula ..... 22

## ARTIGO DE AUTORA CONVIDADA

### **A DOCTRINA DO DIREITO COMPARADO NO BRASIL**

*LA DOCTRINA DEL DERECHO COMPARADO EN BRASIL*

*THE DOCTRINE OF COMPARATIVE LAW IN BRAZIL*

Manuellita Hermes ..... 25

## ARTIGOS

### **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA A SUA REGULAÇÃO**

*ARTIFICIAL INTELLIGENCE: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR ITS REGULATION*

Viviane Alfradique Martins de Figueiredo Mendes ..... 48

### **RESPONSABILIDADE CIVIL NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

*CIVIL LIABILITY IN THE ERA OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE*

Guilherme Raso Marques ..... 58

### **CONFORMIDADE FISCAL NOS CONTRATOS INTELIGENTES: ALIENAÇÕES IMOBILIÁRIAS EM *BLOCKCHAIN***

*TAX COMPLIANCE IN SMART CONTRACTS: REAL ESTATE DISPOSALS ON BLOCKCHAIN*

Anny Falcão Schwendler e Ewerton Vinicius Pereira da Silva ..... 82

### **PRECEDENTES VINCULANTES E ADVOCACIA PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES PARA O APRIMORAMENTO DO NOSSO SISTEMA DE JUSTIÇA**

*BINDING PRECEDENTS AND PUBLIC ADVOCACY: CONTRIBUTIONS TO THE IMPROVEMENT OF OUR JUSTICE SYSTEM*

Edimar Ferreira Bezerra e Ana Maria Foguesatto ..... 99

### **DEMOCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DE MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO**

*DEMOCRACY AND JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO*

Cristóvão Corrêa Borba Soares e Elival da Silva Ramos ..... 122

**COMPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS: A CARTELA DE ACORDOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**

*ADMINISTRATIVE CONFLICT COMPOSITION: THE AGREEMENT FRAMEWORK OF THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE*

Flávia Corrêa Azeredo de Freitas ..... 132

**GESTÃO DE PROCESSOS MASSIFICADOS POR MEIO DE INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA PLURI-INDIVIDUAL**

*MANAGEMENT OF MASSIVE PROCESSES THROUGH MULTIPLE-INDIVIDUAL PROCEDURAL INSTRUMENTS*

Felipe Cidral Sestrem ..... 161

**DUMPING E PROTEÇÃO COMERCIAL: ESTUDO CRÍTICO DE DECISÃO JUDICIAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA Nº 689/DF**

*DUMPING AND COMMERCIAL PROTECTION: CRITICAL STUDY OF THE JUDICIAL DECISION ON THE SUSPENSION OF PROVISIONAL GUARDIANSHIP Nº. 689/DF*

Manoel Tavares de Menezes Netto e Rubens Quaresma Santos ..... 181

**A ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE MAIOR OFERTA NAS MODALIDADES: CONCORRÊNCIA, DIÁLOGO COMPETITIVO, LEILÃO E PREGÃO SOB A LEI Nº 14.133/2021**

*ADOPTION OF THE HIGHEST OFFER CRITERION IN THE TYPES OF COMPETITION, COMPETITIVE DIALOGUE, AUCTION AND BIDDING UNDER LAW Nº 14.133/2021*

José Antônio Pessoa Neto ..... 192

**SUBORNO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTRANGEIRO E A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL: UM OLHAR SOB O PRISMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL**

*BRIBERY OF FOREIGN PUBLIC OFFICIALS AND THE LEGAL PERSON ACCOUNTABILITY IN BRAZIL: A LOOK AT THE PRISM OF TRANSNATIONAL ADMINISTRATIVE LAW*

Gustavo Alencar ..... 205

**A SAÚDE MENTAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS NO AMBIENTE DE TRABALHO**

*THE MENTAL HEALTH OF PUBLIC ATTORNEYS IN THE WORKPLACE*

Davi Valdetaro Gomes Cavalieri ..... 224

**POLÍTICA MUNICIPAL DE MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA CLIMÁTICA EM BELO HORIZONTE-MG**

*MUNICIPAL POLICY FOR MITIGATION OF THE EFFECTS OF CLIMATE CHANGE IN BELO HORIZONTE-MG*

Bianca Alvim Nogueira, Esther Maria Silva Braz Tafner e Marcelo Koke ..... 251

**PROCESSOS ESTRUTURAIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA NAS CORTES CONSTITUCIONAIS AMERICANAS**  
*STRUCTURAL PROCESSES AND THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A COMPARATIVE ANALYSIS IN AMERICAN CONSTITUTIONAL COURTS*

Felipe Viégas ..... 273

**A LUTA POR JUSTIFICAÇÃO DO MOVIMENTO LGBTQIA+ NAS CORTES CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DO CASO 303 CREATIVE LLC V. ELENIS E OUTROS PRECEDENTES**  
*THE STRUGGLE FOR JUSTIFICATION OF THE LGBTQIA+ MOVEMENT IN CONSTITUTIONAL COURTS: AN ANALYSIS OF THE CASE 303 CREATIVE LLC V. ELENIS AND OTHER CASES*

Daniel Piñeiro Rodriguez e Plínio Gevezier Podolan ..... 291

**INCLUSÃO SOCIAL DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO POR MEIO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSÁVEL**  
*SOCIAL INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE LABOR MARKET THROUGH SOCIALLY RESPONSIBLE PUBLIC CONTRACTING*

Mário Miranda de Oliveira ..... 307

**PARECERES**

**PARECER 00016-2023-CONSUNIAO-CGU-AGU**

..... 332

**PARECER 00004-2024-CPCTISUBCONSU-PGF-AGU**

..... 358

**SEÇÃO PRÊMIO DRA. MARIA JOVITA WOLNEY VALENTE**

**SIGILO DE DADOS, COMUNICAÇÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO: O EQUILÍBRIO QUE DESAFIA A REGULAMENTAÇÃO DO ART. 4º, III DA LGPD**

Ana Luisa Acurcio Santos Eisenlohr ..... 380

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR NOMEAÇÃO TARDIA EM CONCURSO PÚBLICO: EXAME DA COERÊNCIA E INTEGRIDADE NO ACÓRDÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 724.347/DF**

Márcio Anderson Silveira Capistrano ..... 397

**A AGU NO ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO - OMC**

Vânia Maria Bastos Faller, César do Vale Kirsch e Gabriela Almeida Marcon ..... 419

**ACESSO À JUSTIÇA: ATUAÇÃO COOPERATIVA EM UM CENÁRIO DE MÚLTIPLAS PORTAS**

Gisele Luiza Soares Moura ..... 434

# APRESENTAÇÃO

**Sérgio Montardo**  
*Presidente da ANAFE*

Saudações!

Com entusiasmo, apresentamos a 8ª edição da *Revista da Advocacia Pública Federal*, consolidada como uma publicação de excelência no campo do Direito Público. Esta edição reúne reflexões e análises de Advogados Públicos, operadores do direito, acadêmicos e estudantes da área jurídica, nas quais são abordadas questões de significativa relevância para o aprimoramento da advocacia pública e da gestão jurídica no Brasil.

A diversidade de perspectivas e experiências apresentadas nos artigos enriquecem o debate jurídico, na medida em que proporcionam uma visão abrangente e aprofundada sobre questões de relevância nacional e internacional. O edital de chamada para esta edição incentivou a participação ativa de diferentes segmentos da área jurídica, com o intuito de promover o intercâmbio de ideias e o fortalecimento do conhecimento técnico e científico.

Os artigos submetidos passaram por um rigoroso processo de avaliação, conduzido pelo corpo editorial da revista e realizado por meio do sistema de revisão por pares “duplo-cego”, o que assegurou imparcialidade e qualidade acadêmica na seleção.

Os temas desta edição incluem: **Doutrina do direito comparado no Brasil; Inteligência artificial: desafios e oportunidades regulatórias; Responsabilidade civil na Era da inteligência artificial; Conformidade fiscal e *blockchain* em contratos inteligentes; Precedentes vinculantes e advocacia pública no sistema de justiça; Democracia e ativismo judicial segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho; Composição administrativa de conflitos: acordos na AGU; Gestão de processos massificados com tutela pluri-individual; *Dumping* e proteção comercial: crítica à suspensão de tutela provisória; Critério de maior oferta nas modalidades licitatórias da Lei nº 14.133/2021; Suborno a funcionário público estrangeiro e responsabilidade empresarial no Brasil; Saúde mental dos advogados públicos no ambiente de trabalho; Política de mitigação climática em Belo Horizonte; Processos estruturais e proteção de direitos fundamentais nas Américas; Justificação do movimento LGBTQIA+ em cortes constitucionais; Inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho via contratação pública.**

A *Revista da ANAFE* tem como objetivo principal divulgar trabalhos e textos científicos que contribuam para a capacitação profissional e para a formação de opiniões fundamentadas. Nesse sentido, este periódico serve como uma plataforma para disseminar pesquisas e análises relevantes no campo da advocacia pública e ampliar o repertório acerca de temáticas relevantes e atuais dos profissionais e da comunidade jurídica como um todo.

Esta edição constitui mais uma contribuição significativa da ANAFE para o desenvolvimento técnico-científico e a atualização profissional dos integrantes de todos os segmentos da advocacia pública. Almejamos que o conteúdo aqui vinculado promova a união entre esses profissionais, destaque a ampla e rica produção cultural e científica da advocacia pública nacional, amplamente valorizada por sua excelência.

Agradecemos ao Centro de Estudos da ANAFE, ao Conselho Editorial e a todos os envolvidos na produção desta edição, cujo empenho foi essencial para seu sucesso.

Esperamos que todos tenham uma leitura inspiradora e renovamos nosso compromisso em promover o constante aperfeiçoamento e a relevância da *Revista da Advocacia Pública Federal*.







---

# EDITORIAL

---

**Frederico Rios Paula**  
*Editor-chefe*

Prezado(a) leitor(a),

É com imenso prazer que apresentamos a nova edição da Revista da Advocacia Pública Federal, uma iniciativa da Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE). Este periódico reafirma nosso compromisso contínuo em disseminar conhecimento de excelência nas áreas de Direito e Gestão Pública, a partir da promoção de debates relevantes e de análises críticas que enriquecem a prática jurídica e a reflexão acadêmica.

Em um cenário jurídico dinâmico e em constante transformação, é essencial que estejamos atentos às inovações legislativas e às discussões que moldam os caminhos do direito em nosso país. Assim, buscamos oferecer aos leitores um panorama atualizado e diversificado, a partir de contribuições que dialogam diretamente com os desafios contemporâneos e com as necessidades dos operadores do direito e da comunidade jurídica em geral. Nesta 8ª Edição, temos a honra de contar com a participação da ilustre Professora Doutora Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha, autora convidada que abrilhanta nosso conteúdo com o artigo “A DOCTRINA DO DIREITO COMPARADO NO BRASIL”.

Destacamos ainda a diversidade dos trabalhos submetidos para esta edição, aprovados por nossos revisores, em avaliação cega. É o resultado do esforço coletivo de autores e autoras que compartilharam estudos e experiências de grande relevância.

Apresentamos também duas importantes manifestações jurídicas. A primeira é o PARECER n. 00016/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, elaborado pela Advogada da União Maria Helena Martins Rocha Pedrosa, que aborda a inidoneidade de pessoas naturais e jurídicas que pratiquem infrações administrativas ambientais especialmente graves. Aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República, este parecer tornou-se vinculante para a Administração Pública Federal. A segunda trata de uma manifestação consultiva da Câmara Permanente da Ciência, Tecnologia e Inovação (CP-CTI) da Procuradoria-Geral Federal. É o PARECER n. 00004/2024/CP-CT&I/SUBCONSU/PGF/AGU, subscrito pela Procuradora Federal Rochele Vanzin Bigolin, que versa sobre convênio para Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação - PD&I.



Finalizamos esta edição com a publicação dos artigos premiados no 1º Concurso de Artigos Científicos da ANAFE, Prêmio Dra. Maria Jovita Wolney Valente, um marco que reforça nossa missão de incentivar a produção acadêmica de qualidade.

Agradecemos a todos que contribuíram para a realização desta publicação e reforçamos que esta revista mantém periodicidade anual e fluxo contínuo para submissão de artigos. Convidamos profissionais e pesquisadores a enviar seus trabalhos para as próximas edições. Para participar, acesse: <https://seer.anafe.org.br/index.php/revista>.

No mais, esperamos que esta edição inspire reflexões e que continue sendo uma fonte valiosa de conhecimento. Boa leitura!





ARTIGO DE AUTORA  
CONVIDADA

# A DOUTRINA DO DIREITO COMPARADO NO BRASIL<sup>1</sup>

*LA DOCTRINA DEL DERECHO COMPARADO EN BRASIL*

*THE DOCTRINE OF COMPARATIVE LAW IN BRAZIL*

Manuella Hermes<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. O direito comparado: das elaborações privatistas à fonte publicista. 1.1. Um percurso. 1.2. O olhar para fora: a necessidade de ir além do direito interno, nacional. 2. A formação do direito comparado no Brasil. 2.1. O início do ensino do direito comparado no Brasil. 2.2. O professor Lucio Pegoraro e a sua contribuição. 3. O formante doutrinário. 3.1. Um legado italiano. 3.2. A função de auxiliar a fundamentação judicial. 4. A doutrina diz sobre o uso do direito comparado na fundamentação judicial. 4.1. Situação atual da doutrina. 4.2. Formação, texto e contexto. Considerações finais.

1 - Este artigo foi originalmente publicado na **Revista General de Derecho Público Comparado**, n. 33, em julho de 2023. Optou-se por manter a formatação das referências conforme escolha da autora.

2 - Procuradora Federal na Advocacia-Geral da União. Ex-Secretária de altos estudos, pesquisas e gestão da informação do Supremo Tribunal Federal. Professora Doutora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa/Universidade de Brasília (Brasília). E-mail: manuella.oliveira@agu.gov.br.



**RESUMO:** Partindo da premissa da abertura ou internacionalização do direito constitucional, que permite a interação do Brasil com outros ordenamentos ou sistemas, este estudo apresenta a origem do direito comparado no país e o seu tratamento doutrinário, com o foco na sua função consistente de auxiliar a fundamentação judicial, especificamente no Supremo Tribunal Federal (STF). Nesse âmbito, a contribuição da doutrina do professor Lucio Pegoraro é destacada, sobretudo após a tradução da obra *Sistemas Constitucionais Comparados* (2021) e o seu lançamento no Brasil. Apresentado o estado da arte que tangencia o tema no Brasil, identifica-se uma lacuna no que concerne à realização de pesquisa e produção doutrinária atual, a fim de compreender a natureza e o escopo do argumento comparativo na jurisdição constitucional brasileira. Ao fim, é formulada proposta para aprimorar o manejo do método comparativo na jurisdição constitucional brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito comparado. Doutrina. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Metodologia.

***ABSTRACT:** Partiendo de la premisa de la apertura o internacionalización del Derecho Constitucional, que permite la interacción de Brasil con otros ordenamientos o sistemas, el estudio presenta el origen del Derecho Comparado en el país y su tratamiento doctrinal, centrándose en su función consistente de ayudar a la fundamentación judicial, específicamente en el Supremo Tribunal Federal (STF). Se destaca la contribución de la doctrina del profesor Lucio Pegoraro, con una perspectiva de mayor alcance después de la traducción de la obra *Sistemas Constitucionales Comparados* y su lanzamiento en Brasil. Al presentar el estado del arte que toca el tema en Brasil, se identifica una brecha con respecto a la realización de la investigación y la producción doctrinal actual, con el fin de comprender la naturaleza y el alcance del argumento comparativo en la jurisdicción constitucional brasileña. Finalmente, se formula una propuesta para mejorar la gestión del método comparativo en la jurisdicción constitucional brasileña.*

***PALABRAS CLAVE:** Derecho Comparado. Doctrina. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Metodología.*

***ABSTRACT:** Starting from the premise of the opening or internationalization of Constitutional Law, which allows the interaction of Brazil with other countries or systems, the study presents the origin of Comparative Law in the country and its doctrinal treatment, focusing on its function of assisting the judicial reasoning, specifically in the Federal Supreme Court (STF). The contribution of the doctrine of Professor Lucio Pegoraro is highlighted, with a perspective of greater scope after the translation of the work *Comparative Constitutional Systems in Brazil*. Presented the state of the art that touches the theme in Brazil, the article identifies a gap regarding the research and current doctrinal production, in order to understand the nature and scope of the comparative argument in the Brazilian constitutional jurisdiction. Finally, a proposal is formulated to improve the management of the comparative method in the Brazilian constitutional jurisdiction.*

***KEYWORDS:** Comparative law. Doctrine. Brazil. Federal Supreme Court. Methodology.*

## 1. O DIREITO COMPARADO: DAS ELABORAÇÕES PRIVATISTAS À FONTE PUBLICISTA

### 1.1. Um percurso

O direito comparado – campo que pretende cotejar em um primeiro momento normas de direito privado elaboradas conforme modelos díspares – tem raízes profundas que remontam à curiosidade de compreender o mundo além das suas fronteiras. No decorrer do seu desenvolvimento, as elaborações foram inicialmente impulsionadas pelo direito privado, permeando também os direitos penal, processual, internacional e constitucional, por exemplo. Sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, a interatividade entre as esferas política, econômica e jurídica proporcionou um aumento da migração de ideias constitucionais<sup>3</sup>. As novas conformações globais<sup>4</sup> estimulam as migrações de ideias, os transplantes legais, os empréstimos constitucionais<sup>5</sup>, a polinização constitucional<sup>6</sup>, as circulações, as influências – assim como outros termos que compõem uma verdadeira batalha de metáforas<sup>7</sup>. Por fim, tais mudanças estimulam também a integração entre países, nos planos regional e internacional, com escopo econômico ou de proteção dos direitos humanos, assim como recrudescem o influxo de perspectivas comparadas em domínios jurídicos considerados públicos<sup>8</sup>.

Ao longo da sua evolução, seja como método, seja como ciência, uma de suas funções contemporâneas, o uso do argumento comparativo nas decisões proferidas no exercício da jurisdição constitucional, ocorre, geralmente, quando do julgamento de casos difíceis pelo judiciário. Muitas vezes, casos relacionados a previsões constitucionais específicas<sup>9</sup>, princípios ou valores que tangenciam inúmeros ordenamentos, tais como separação de poderes, democracia, Estado de direito, devido processo legal, igualdade, dignidade humana<sup>10</sup> e direitos fundamentais em ge-

---

3 - G. de Vergottini. **Oltre il dialogo tra le Corti**: Giudici, diritto straniero, comparazione. Bologna: Il Mulino, 2011.

4 - L. Roberto Barroso. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 130-131.

5 - Acerca dos empréstimos constitucionais e da migração de ideias constitucionais como vias de realização do diálogo constitucional transnacional na América do Sul, no âmbito de uma integração argumentativa, conferir: V. Afonso da Silva. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**. In: A. Von Bogdandy; F. Piovesan; M. Morales Antoniazzi (coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 518-522.

6 - R. Hirschl. En busca de la identidad: el uso voluntario de fuentes extranjerías en contextos constitucionales disímiles. In: R. Albert, C. Bernal. **Cambio constitucional informal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 122.

7 - V. Perju, “Constitutional transplants, borrowing, and migrations”. In: M. Rosenfeld; A. Sajó (coord.) **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1306.

8 - Sobre o ainda prevalecente predomínio do direito privado no direito comparado italiano, conferir: E. Grande. **Development of Comparative Law in Italy**. In: M. Reimann; R. Zimmermann. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 92-96.

9 - M. Tushnet. The possibilities of Comparative Constitutional Law. **The Yale Law Journal**, vol. 108, p. 1234, 1999.

10 - Sobre a dignidade humana como um dos maiores exemplos de “consenso ético do mundo ocidental”, com enfoque no direito comparado, no direito internacional e no discurso transnacional, conferir: L. Roberto Barroso, “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional”. In: Bogdandy, Piovesan; Morales Antoniazzi. **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**, *cit.*, 2013, p. 414-426. Já quanto à sua presença na maioria dos textos constitucionais latino-americanos, cf. H. Nogueira Alcalá. El Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales y su Aplicación en Chile y América Latina. In: Bogdandy et al. (coord.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**, *cit.*, 2010, p. 477-484.

ral<sup>11</sup>, no enfrentamento de problemas jurídicos que interessam ao mundo, que se apresentam em relação a temas como meio ambiente, bioética e imigração, por exemplo<sup>12</sup>. Em muitas situações, o julgamento revela o enfrentamento de um “caso difícil”, momento em que o Supremo Tribunal Federal (STF) se debruça sobre uma demanda sem pronta resposta e, por isso, requer uma elaboração argumentativa singular, que proporcione uma fundamentação idônea à resolução eficaz da controvérsia. Daí surge o campo para a utilização do direito comparado, cuja função é auxiliar a fundamentação das decisões no processo de justificação ou *reasoning* judicial, podendo até mesmo assumir a natureza de uma fonte jurídico-normativa<sup>13</sup>.

Esse fenômeno tem se tornado frequente na tomada de decisões em decorrência da incidência da globalização sobre o próprio direito comparado e sobre os Estados<sup>14</sup>; da abertura de determinado ordenamento jurídico ou do respectivo tribunal supremo ou constitucional; da penetração do direito internacional<sup>15</sup>; do desenvolvimento do direito comparado e do direito constitucional comparado etc. Há, atualmente, uma verdadeira interseção entre o estudo do direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional comparado<sup>16</sup>. Nesse âmbito, passa-se a fazer referências a expressões, como: “diálogo entre Cortes”, *intelectual interaction*<sup>17</sup>, *cross-fertilization*<sup>18</sup>, *transcommunication*<sup>19</sup>, transconstitucionalismo<sup>20</sup>, interconstitucionalidade<sup>21</sup>, “pontos de transição”<sup>22</sup>, “porosidade ou permeabilidade do direito”<sup>23</sup>, “liga de interpretação da Constitui-

11 - Conferir: R. Ginsburg. A decent respect to the opinions of [Human]kind: the value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication”, **FIU Law Review**, Miami, v. 1, n. 1, p. 31, 2006;

C. Donahue, Comparative Law before the Code Napoléon. In: Reimann, Zimmermann (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**, cit., 2006, p. 65;

R. Dixon. Como comparar constitucionalmente. **Latin American Law Review**, n. 3, 2019, p. 6;

T. Violante. A adjudicação constitucional e o direito comparado. In: Manuel Hespánha; T. Pizarro Beleza (org.). **Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo**. Um conjunto de perspectivas. Coimbra: Almedina, 2011, p. 351.

12 - De Vergottini. **Oltre il dialogo tra le Corti**: Giudici, diritto straniero, comparazione, cit.

13 - S. Vogenauer. Sources of Law and Legal Method in Comparative Law. In: Reimann; Zimmermann (org.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**, cit., 2019, p. 883-886.

14 - H. Muir Watt. Globalization and Comparative Law. In: Reimann; Zimmermann (org.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**, cit., 2019, p. 599-601, 606;

G. Franco Ferrari, A. Gambaro. Le Corti nazionali ed il diritto comparato. Una premessa. In: Ferrari; Gambaro. cit., 2006, p. XI-XII.

Sobre a *mundialização* do direito, que envolve uma bricolagem normativa a partir do labor da magistratura, a exercer um papel de interligação, conferir: J. Allard; A. Garapon. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito, Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 113.

15 - P. Härbele. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 47-58.

16 - M. Tushnet. Comparative Constitutional Law. In: Reimann; Zimmermann. **The Oxford Handbook of Comparative Law**, cit., 2019, p. 1200.

17 - B. Markesinis; J. Fedtke. The Judge as comparatist. **Tulane Law Review**, New Orleans, v. 80, 2005-2006, p. 17.

18 - J. Bell. The relevance of foreign examples to legal development. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 21, p. 450, 2011; A.M. Slaughter. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 29, 1994, p. 117-119.

19 - Slaughter. **A typology of transjudicial communication**, cit., p. 101.

20 - Neves. **Transconstitucionalismo**. cit., 2009, p. 51.

21 - J. J. Gomes Canotilho. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008, p. 266-268.

22 - Neves, **Transconstitucionalismo**, op. cit., p. 51.

23 - M. Delmas-Marty. **Le pluralism ordonné**. Paris: Éditions du Seuil, 2006, p. 39.

ção”<sup>24</sup>, “quinto método de interpretação da Constituição”<sup>25</sup>, “integração jurídica discursiva”<sup>26</sup> etc.

Não é incomum, no Brasil, haver referências ao direito estrangeiro na doutrina jurídica. Menções ao direito comparado em livros, monografias, artigos e manuais, inclusive de direito constitucional, nos quais geralmente se reserva um tópico para explicar o que é o direito comparado, são também usuais<sup>27</sup>. No entanto, o que se observa, muitas vezes, dada a ainda incipiente evolução desse ramo jurídico no país, é a existência de uma mera notícia relativa à previsão do instituto normativo, de natureza material ou até mesmo processual, no direito estrangeiro.

Contudo, deve-se salientar que noticiar o tratamento normativo, ou seja, como determinado ordenamento estrangeiro prevê algo que também é internamente albergado pelo ordenamento brasileiro, não é suficiente para caracterizar o direito comparado. Não basta uma mera justaposição ou um catálogo de legislações para delinear uma real comparação<sup>28</sup>. Em verdade, o olhar para fora deve ser mais amplo, baseado em critérios e métodos.

## 1.2. O olhar para fora: necessidade de ir além do direito interno, nacional

O estudo do próprio ordenamento pode ser aprimorado por meio do conhecimento de outras referências, saindo-se, portanto, das fronteiras acadêmico-culturais que condicionaram o aprendizado e a compreensão do contexto jurídico no qual se está inserido. A obtenção de diferenciados elementos, modelos e classificações eficazes permite a evolução ou a releitura das matérias, objetos de disciplina pelo direito interno, levando-se à mutação e à inovação fundamentais ao seu crescimento.

Entretanto, constata-se, nessa tentativa de romper as fronteiras nacionais, a referência ao direito estrangeiro com escopo puramente histórico-evolutivo ou de mera notícia, como já mencionado. Não se trata, pois, de comparação como ciência jurídica. Nesse sentido, concordamos com Basil Markesinis, quando defende que a abordagem histórica pode caminhar de mãos dadas com o direito comparado<sup>29</sup>, e nos alinhamos também ao ensinamento do ora festejado professor Lucio Pegoraro. Para ele, estudar o direito constitucional, o administrativo ou o penal a partir de uma perspectiva mais ampla que a nacional, dedicando-se ao direito estrangeiro em relação a esses ramos, revela uma primeira acepção do direito comparado; imprópria, todavia.

Segundo o seu pensamento, é certo que o conhecimento da regra jurídica estrangeira é um pressuposto da comparação<sup>30</sup>. No entanto, a isso não se limita. Deve-se, ainda, realizar um es-

24 - P. Häberle. **El Estado Constitucional**. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003, p. 55.

25 - Op. cit., p. 162-165.

26 - Conferir: Silva, José Afonso da. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**, *cit.*, p. 515-530.

27 - Ao reconhecer ter incidido nessa imprecisão terminológica nos seus livros sobre recurso extraordinário e sobre ação popular, José Afonso da Silva prossegue, aduzindo que: “Nesses casos, essas referências ao Direito estrangeiro têm valor puramente informativo e nem sempre correto, porque não se tem certeza de que os dispositivos indicados do Direito estrangeiro estão ainda em vigor. [...] Não é direito comparado, pelo menos no que tange à Constituição essa pretendida correspondência de artigos é bastante discutível”. Cf. Silva, J. Afonso da. **Um pouco de Direito Constitucional Comparado**, São Paulo: Malheiros, 2009.

28 - Cf. Pereira, Mario da Silva. Direito Comparado e o seu estudo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 7, 1955, p. 43.

29 - B. Markesinis. **Foreign Law & Comparative Methodology: a Subject and a Thesis**. Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 26.

30 - Lucio Pegoraro esclarece que o conhecimento do direito estrangeiro seria o meio em relação ao fim, consistente na comparação. Trata-se de uma condição lógica. Cf. L. Pegoraro; A. Rinella. A. **Sistemi costituzionali comparati**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, p. 10.

tudo efetivo, sob método(s) próprio(s), com finalidade específica e juízo crítico, extraindo-se proveito do cotejo efetivado<sup>31</sup>. Nessa linha, a segunda e correta acepção seria, em verdade, a que entende *comparar* como a experiência de analisar o objeto específico, o *comparandum*, confrontando-o com todas as premissas, consequências, implicações, problemas e escolhas valorativas aplicáveis<sup>32</sup>.

A literatura<sup>33</sup> indica exemplos de bases remotas acerca do uso da comparação, como Licurgo (Esparta) e Sólon (Atenas), que viajaram pelo mundo então conhecido para analisar as instituições; Platão, que teria utilizado a comparação na elaboração de *As Leis*<sup>34</sup>; Aristóteles e sua equipe, que, na obra *A Política*<sup>35</sup>, realizaram uma classificação com base no estudo comparado de 158 Constituições de cidades gregas ou bárbaras; a redação das Leis das XII Tábuas<sup>36</sup>; a construção de origem romana consubstanciada no *ius gentium* (concepção que será apreciada no último tópico deste artigo)<sup>37</sup>; o trabalho dos glosadores ao encontrar diferenças e tentar harmonizar os textos; e, no século XVIII, o estudo de Montesquieu, no seu *Do Espírito das Leis*<sup>38</sup>.

Patrick Glenn ressalta que o direito comparado teve um papel fundamental na construção dos ordenamentos nacionais ao longo do século XVI, tanto de Estados, com o marco tradicional de *civil law*, quanto de *common law*, tendência que teria sido encerrada com a consolidação das noções de codificação e de *stare decisis*<sup>39</sup>. A retomada da importância do direito comparado teria

31 - Pereira. **Direito Comparado e o seu estudo**, *cit.*, 195, pp. 43-44.

32 - Pegoraro; Rinella. **Sistemi costituzionali comparati**, *cit.*, 2017, p. 3.

33 - Cf. C. Bevilacqua. O desenvolvimento do estudo da legislação comparada. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 11, n. 1, 1903 pp. 216-219;

Donahue, *cit.*, 2019, p. 4-19;

M. Ancel. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 19-20;

Fauvarque-Cosson, **Development of Comparative Law in France**, *cit.*, 2019, p. 32-35.

34 - Platão. **As Leis**: incluindo Epinomis, v.1. São Paulo: Edipro, 2010.

35 - Aristóteles. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

36 - A. Watson. **Legal Transplants**: an approach to comparative law. Athens and London: University of Georgia Press, 1993, p. 25.

37 - Sobre o *ius gentium*, assim manifestou-se Édouard Lambert na sua palestra no Congrès International de Droit Comparé, realizada em Paris em 1900: “L’histoire du droit comparé, considérée comme instrument de dégagement d’un fond juridique commun à un certain nombre de législations ou de systèmes de droit, s’étend, au contraire, sur un long cours de siècles. Sans remonter au précédent discuté de la loi des douze tables ou à d’autres exemples que relatent les traditions de l’antiquité, on trouvera déjà l’image – grossière encore – de notre droit commun législatif dans ce jus gentium romain dont vous ont entretenu dans leurs rapports sir Frédéric Pollock et M. Kozalevsky” (Cf. E. Lambert, “Histoire du droit comparé”. In: Congrès International de Droit Comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents. Tome premier, Paris Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1905, p. 53). Sobre o tema, conferir também: H. Patrick Glenn. **Legal traditions of the World**: sustainable diversity in law, 2. ed., Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 157-159.

38 - Montesquieu. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003. No que concerne à menção a Montesquieu como o primeiro comparatista, critica e elucida Marc Ancel: “[...] se se pode considerar Montesquieu como o iniciador da sociologia, da ciência política ou da política legislativa, bem como, juntamente e anterior a Beccaria, da política criminal, é preciso reconhecer que ele não possui nem o método histórico, nem o método comparativo que lhe permitiriam um estudo crítico das fontes e um exame sistemático do desenvolvimento das instituições. [...] A época das luzes é, portanto, em sua essência, estranha ao verdadeiro comparativismo jurídico”. Cf. Ancel. **Utilidade e métodos do Direito Comparado**: elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos, *cit.*, 1980, p. 20-21.

Em defesa de conceder toda a glória a Montesquieu como precursor do comparatismo moderno, conferir: Pereira. **Direito Comparado e o seu estudo**, *cit.*, 1955, p. 36. Na mesma linha, conferir: L. J. Constantinesco. **Tratado de Direito Comparado: introdução ao direito comparado**. Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 79-84.

39 - H. Patrick Glenn. “Comparative Legal Reasoning and the Courts”. In: M. Andenas; D. Fairgrieve (Org.). **Courts and Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 569.

ocorrido no século XIX, seja como suporte para fontes normativas estatais – com função auxiliar –, seja com a tarefa taxonômica ou categorizadora das normas, ou, por fim, como apoio à elaboração legislativa, mas sem figurar como fonte direta do direito<sup>40</sup>.

Quanto à distinção entre direito público comparado e direito privado comparado, a sua sistematização como uma ciência jurídica foi feita prevalentemente no século XX, sobretudo a partir do *Congrès International de Droit Comparé* ocorrido em Paris. O evento foi organizado e realizado pela Sociedade de Legislação Comparada, em Paris, entre os dias 31 de julho e 4 de agosto de 1900, por ocasião da Exposição Universal que inaugurou o então novo século e a *Belle Époque* do direito comparado<sup>41</sup>. O debate travado no Congresso Internacional de Direito Comparado representou o primeiro momento de reflexão sobre o estatuto epistemológico da comparação jurídica, com a afirmação da sua autonomia e dimensão prática.

O direito comparado, em que pese ter surgido com grande predomínio de interesse em estudos relativos à área do direito privado<sup>42</sup>, ganhou destaque também na seara do direito público, mormente em se tratando de direito constitucional e de direito internacional. Distinguem-se, então, o direito privado comparado e o direito público comparado<sup>43</sup>. À época, houve uma profusão de pesquisas e publicações relativas aos dois ramos da comparação, originárias especialmente do funcionamento da *Société de législation comparée*, fundada em Paris em 1869<sup>44</sup>.

A discussão sobre qual seria a sua natureza também provocou debates: método ou ciência? Alinho-me ao entendimento de que o direito comparado pode ser, a um só tempo, método, quando se presta a ajudar outros ramos a alcançar seus próprios objetivos, e ciência autônoma, na medida em que visa à obtenção de novos conhecimentos, a partir de métodos jurídicos específicos<sup>45</sup>. A par das discussões jurídicas pertencentes à teoria do direito ou à filosofia sobre a natureza ontológica do direito e a comprovação de uma ciência jurídica em si, mantereí o foco no objeto do presente estudo, que é o direito comparado.

Não se pode negar a existência de comparações efetuadas aleatoriamente ao longo do tempo, de forma consciente ou não, em busca de conhecimento jurídico. Tais iniciativas foram forjadas em direção à organização e à estruturação da matéria comparatista de forma apartada de outros ramos do direito, ou seja, especializada. Nessa linha, o uso da comparação avançou paulatinamente desde o empirismo à sistematização e à cientificidade.

---

40 - H. Patrick Glenn. *Comparative Legal Reasoning*, *cit.*, p. 569-570.

41 - B. Fauvarque-Cosson, Development of Comparative Law in France. In: Reimann; Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, *cit.*, 2019, p. 35-36.

42 - A favor da superação da divisão, que considera obsoleta, conferir: Grande. *Development of Comparative Law in Italy*, *cit.*, p. 95-96.

43 - A favor da superação da divisão, que considera obsoleta, conferir: Grande. *Development of Comparative Law in Italy*, *cit.*, p. 95-96.

44 - Sobre o desenvolvimento do direito privado comparado, especificamente no tocante ao direito civil comparado, conferir: Lambert. *Histoire du droit comparé*, *cit.*, p. 7-15.

45 - Nesse sentido, cf. Pegoraro; Rinella. *Sistemi costituzionali comparati*, *cit.*, p. 9.

## 2. A FORMAÇÃO DO DIREITO COMPARADO NO BRASIL

### 2.1. O início do ensino do direito comparado no Brasil

O ensino jurídico no Brasil, de base romanista, geralmente forma estudantes com esteio na utilização da doutrina, do texto normativo e, posteriormente, da consulta jurisprudencial. Com essa base, tem-se a noção do direito vigente no ordenamento interno, sem, muitas vezes, a compreensão da origem real dos institutos e da eventual existência de transposições, recepções, transplantes, importações, migrações ou empréstimos de outro país, ordenamento ou sistema jurídico<sup>46</sup>.

Tal formação satisfaz os requisitos curriculares, sem dúvidas, mas não leva a um apuramento das competências de modo completo, idôneo, que enseje a compreensão holística do fenômeno jurídico. Impende conhecer a realidade do direito além da nacional para ampliar o entendimento da própria conjuntura jurídica e, conseqüentemente, vislumbrar semelhanças e disparidades, compreender institutos, efetuar sistematizações e configurar modelos. Essa postura propicia uma visão plural e capaz de relativizar perspectivas e discussões teóricas outrora consolidadas, por vezes, dirimindo-se dúvidas e pacificando-se controvérsias científicas e fáticas.

Com efeito, a dedicação ao exame do direito interno inegavelmente permite delinear uma especialidade, mas, por outro lado, impede, algumas vezes, que sejam vislumbradas as limitações averiguadas na aplicação do direito, assim como pode impedir a identificação e a superação de dogmas oriundos de uma formação voltada para a manutenção da harmonia, da unidade e da coerência interna. Tem-se, aqui, a chamada função subversiva do direito comparado. Isso porque a comparação jurídica deve ser voltada contra os estereótipos e o etnocentrismo. Daí deflui a necessidade de olhar para além dos horizontes nacionais e da dogmática, assim como constatar a rigidez da estrutura piramidal e vertical fortemente estabelecida e entronizada na percepção jurídica<sup>47</sup>.

O direito comparado, no Brasil<sup>48</sup>, também foi desenvolvido originariamente por meio dos estudos de legislações. Há registro, em 1892, na Faculdade de Direito do Recife, da cadeira de legislação comparada, ministrada por Clóvis Beviláqua. De sua autoria são os textos iniciais sobre

---

46 - Pierre Legrand nega a viabilidade de serem realizados transplantes, uma vez que a diversidade de contexto condiciona a necessária diferenciação das normas. Cf. P. Legrand. *The Impossibility of Legal Transplants*, **Maastricht Journal of European & Comparative Law**, vol. 4, 1997, p. 111-124. Conferir ainda: A. Watson. **Legal Transplants: an approach to comparative law**. Athens and London: University of Georgia Press, 1993, p. 19-30;

S. Choudhry. Migration as a new metaphor in comparative constitutional law. In: S. Choudhry (org.). **The Migration of Constitutional Ideas**. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 1-35;

M. Graziadei. Comparative Law, Transplants, and Receptions. In: Reimann; Zimmermann. **The Oxford Handbook of Comparative Law**, *cit.*, p. 442-473;

Silva. **Integração e diálogo constitucional na América do Sul**, *cit.*, p. 518-522;

Perju. **Constitutional transplants, borrowing, and migrations**, *cit.*, 2012, p. 1304-1327.

47 - H. Muir Watt. La fonction subversive du droit comparé. **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, v. 52, n. 3, p. 506, 2000.

48 - Para uma reflexão atual sobre a produção acadêmica acerca do direito constitucional comparado no Brasil, conferir: Meyer, E. Peluso Neder. Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 6, n. 2, 2019, pp. 483-484.

o tema em solo brasileiro, como os artigos intitulados “Breves noções de legislação comparada sobre o divórcio”<sup>49</sup> e “O desenvolvimento do estudo da legislação comparada”<sup>50</sup>, bem como o livro *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*<sup>51</sup>.

A regulamentação da formação jurídica no país aconteceu, vale registrar, via Decreto n.º 7.247, de 19 de abril de 1879,<sup>52</sup> que reformou o ensino superior e previu, no § 5º do art.23, que “O estudo do direito constitucional, criminal, civil, commercial e administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação patria com a dos povos cultos” (Brasil, 1879). Mais tarde, já durante a República, o Decreto n.º 1.232-h, de 2 de janeiro de 1891<sup>53</sup> Aprovou o regulamento das instituições de ensino jurídico e estabeleceu como matéria obrigatória o ensino das “Noções de legislação comparada sobre o direito privado”, fixada, porém, no âmbito do curso das ciências sociais, ministrada nas Faculdades de Direito ao lado dos cursos de ciências jurídicas e de notariado. Finalmente, a Lei n.º 314, de 30 de outubro de 1895, reorganizou o ensino das Faculdades de Direito, unificou os cursos e determinou o ensino da cadeira obrigatória de legislação comparada sobre o direito privado<sup>54</sup>.

A partir dos antecedentes mencionados, o desenvolvimento moderno do direito comparado como ciência, posterior à sua compreensão em termos de legislação comparada, começa ainda no século XX – notadamente a partir do impulso de Raymond Saleilles e Édouard Lambert<sup>55</sup> no Congresso Internacional de Direito Comparado. No Brasil, o campo se desenvolveu de modo próprio, com derivações distintas ao redor da federação até os dias atuais.

## 2.2. O professor Lucio Pegoraro e sua contribuição

Há um número extraordinário da *Revista General de Derecho Público Comparado* em homenagem ao professor Lucio Pegoraro, catedrático de direito público comparado do departamento de Ciências Políticas e Sociais da Universidade de Bolonha. A sua contribuição à doutrina do direito comparado envolve várias publicações na Itália, na Europa e na América Latina, tendo em vista as suas reflexões sobre metodologia, justiça constitucional, fontes do direito, tutela dos direitos fundamentais, descentralização, circulação e recepção de modelos.

Lucio Pegoraro explica o percurso histórico do desenvolvimento do debate doutrinário sobre o direito comparado ao longo dos anos, em países como França, Alemanha e Inglaterra, e

49 - C. Bevilacqua. Breves noções de legislação comparada sobre o divórcio. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 2, n. 1, 1892, p. 43-51.

50 - Bevilacqua. *O desenvolvimento do estudo da legislação comparada*, *cit.*, p. 217-227.

51 - Bevilacqua, *Resumo das Lições de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*. Bahia, Magalhães, 1897.

52 - Brasil. **Decreto n. 7.247**, de 19 de abril de 1879. Reforma o ensino primario e secundario no municipio da Côrte e o superior em todo o Imperio.

53 - Brasil. **Decreto n. 1.232-h**, de 2 de janeiro de 1891, Approva o regulamento das Instituições de Ensino Juridico, dependentes do Ministerio da Instrução Publica.

54 - Brasil. **Lei n. 314**, de 30 de outubro de 1895. **Reorganisa o ensino das Faculdades de Direito**.

55 - Édouard Lambert, por sua vez, após exposição oral no aludido Congresso Internacional, enfrentou questionamentos a respeito da natureza científica do direito comparado. Em resposta, ele explicou que se limitava a distinguir o direito comparado, ciência da evolução das instituições, e o direito comparado legislativo, elemento do direito positivo. Conferir: Lambert, E. *Histoire du droit comparé*, *cit.*, p. 61.

expõe a existência de três posições. A primeira, que assinala um interesse meramente acadêmico para a comparação jurídica; a segunda, que afirma ser o direito comparado um simples método; e a terceira, que abrange quem o considera também uma ciência autônoma do direito, mas inclui tanto autores para quem a comparação jurídica seria um método capaz de se tornar ciência quanto outros para os quais o direito comparado poderia assumir os caracteres seja de método, quando se trate de se efetuar uma microcomparação, seja de ciência, ao se realizar uma macrocomparação<sup>56</sup>.

Noutro giro, quanto à origem do controle de constitucionalidade no Brasil, Lucio Pegoraro e Justin Frosini destacam que a Constituição de 1824, sob a influência do modelo francês de Benjamin Constant, previu um controle político. Posteriormente, a Constituição de 1891 revelou a adesão à descentralização presente no modelo estadunidense. Explicam os autores que, assim como no México, o controle de constitucionalidade brasileiro se iniciou de modo descentralizado e, depois, foi integrado por mecanismos centralizadores, tornando-o, por consequência, híbrido ou misto<sup>57</sup>.

As suas ideias atravessam o Atlântico e chegam ao Brasil não apenas por meio dos livros e artigos nos idiomas originais ou traduzidos, mas também por meio dos diversos estudantes brasileiros que têm a oportunidade de frequentar seus cursos e palestras fora do Brasil e retornam permeados e, muitas vezes, intrigados com a grande revolução cognitiva interna provocada pelo primeiro contato com as lições de Pegoraro. Assim, seu pensamento passa a ser disseminado, respeitado e seguido no Brasil, com a formação de novos discípulos que se somam ao grupo italiano, formado por nomes como Silvia Bagni, Giorgia Pavani, Sabrina Ragone e Matteo Nicolini.

Nesse sentido, merece destaque a obra intitulada *Sistemas Constitucionais Comparados*<sup>58</sup> (2021), por mim traduzida, lançada em 2021 no Brasil pela Editora Contracorrente, que proporcionou a sua publicação no país, em parceria com as Editoras Astrea e Giappichelli. O lançamento foi realizado virtualmente no dia 07 de julho de 2021<sup>59</sup>, com a participação dos professores brasileiros Eneida Desiree Salgado, Georges Abboud e Luiz Guilherme Arcaro Conci.

Reuben Brower, ao escrever a introdução do livro *On translation*, publicado em 1959, afirma que, para o estudante de literatura comparada “a tradução funciona como um tubo de ensaio para a análise de uma influência em ação”<sup>60</sup>. É uma oportunidade excelente para perceber como um autor se insere em outro ambiente jurídico e como o público doméstico recebe a doutrina. Afinal, estamos falando de um formante, na linguagem de Rodolfo Sacco, de um formante doutrinário, da doutrina italiana sobre o mundo – sobre sistemas constitucionais comparados – que adentra o Brasil e passa a impactar a formação jurídica nacional.

---

56 - Pegoraro; Rinella. **Sistemi costituzionali comparati**, *cit.*, p. 4-9.

57 - J. Frosini; L. Pegoraro. Constitutional Courts in Latin America: a testing ground for new parameters of classification?”, **Journal of Comparative Law**, New Jersey, v. 3, n. 2, p. 45, 2008.

58 - L. Pegoraro; A. Rinella. **Sistemas Constitucionais Comparados**. Tradução: Manuellita Hermes. Cidade Autónoma de Buenos Aires: Astrea; Torino: G. Giappichelli; São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

59 - Conferir: Editora Contracorrente. Lançamento do livro *Sistemas Constitucionais Comparados*. YouTube. 07 de jul. de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aNKB1d9csAg>. Acesso em: 20 de jun. de 2023.

60 - R. Kearney. Introduction: Ricoeur’s Philosophy of translation. In: P. Ricoeur. **On Translation**. London: Routledge, 2006, p. VII-XX.

Essa obra passou a ter uma influência jurídica direta no Brasil<sup>61</sup>, pois a indireta já existia, fomentada por estudiosos e estudiosas que, como eu, já a conheciam, seja na sua versão original em italiano, seja na versão traduzida para o castelhano. Além disso, a tradução é fundamental para quem estuda o direito comparado. Como bem explicam os autores, quem compara precisa se confrontar com a linguística, já que o objeto de pesquisa são os códigos legais diferentes daqueles usados corriqueiramente. Desse modo, é necessário se apoderar desses instrumentos para que se possa manejá-los em sua estrutura profunda<sup>62</sup>.

Com certeza, o texto traduzido já se presta a várias leituras. Será objeto de novas interpretações, a partir da sua roupagem em português. Interagirá com diferentes subjetividades, com distintas expectativas, com sentidos acumulados por outros saberes e passará, então, a formar, reformar, guiar, desvendar, explicar, inspirar, ensinar, em suma, a efetivar novas possibilidades de entendimentos e conhecimento ao público jurídico brasileiro, em especial a todos e todas que se dedicam ao direito público comparado.

Junto aos autores, realizamos a entrega aos leitores do meu país, com votos de que a obra contribua para o nosso enriquecimento jurídico e perpetue o legado do pensamento de Pegoraro no Brasil.

### 3. O FORMANTE DOCTRINÁRIO

#### 3.1. Um legado italiano

A quem é comparatista não se recomenda se ater apenas à norma posta. Impende, para aferir as convergências e divergências, examinar, muitas vezes, aspectos históricos, sociais, culturais, linguísticos, filosóficos e antropológicos que fazem parte da atmosfera que origina ou permeia determinado ordenamento ou instituto jurídico. Destarte, analisa-se o *diritto vivente*<sup>63</sup>.

Ao se empreender uma comparação jurídica, cabe o exame dos formantes – inicialmente denominados componentes, por Rodolfo Sacco, em 1964, e posteriormente renomeado de formantes, a partir de 1979<sup>64</sup>. Trata-se de uma das mais valiosas contribuições da doutrina italiana para o direito comparado<sup>65</sup>. Os formantes correspondem às variadas influências, jurídicas ou não, que coexistem e conformam-se tanto entre si quanto no delineamento de um sistema ou de um ordenamento<sup>66</sup>.

61 - Nesse sentido, conferir a resenha: G. Morbach. A comparação como perspectiva de pluralismo e compreensão: uma resenha de *Sistemas Constitucionais Comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.13, n. 2, maio-agosto 2021, p. 262-266.

62 - Cf. em geral: W.V.O. Quine. **Word and object**. Cambridge: Mit Press, 1960; Chomsky, N. **New horizons in the study of language and mind**. 4ª ed., Cambridge: Cambridge U.P, 2002.

63 - Cf. A. Pizzorusso. **Corso di Diritto Comparato**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, p. 13.

64 - R. Sacco ; P. Rossi. **Introduzione al Diritto Comparato**. Milanofiori: Wolters Kluwer, 2015, p. 57

65 - Grande, *cit.*, p. 93-94.

66 - Nesse sentido: *“I sistemi giuridici moderni constano di un grande numero di formanti. In ognuno di esse si distinguono più formanti legali – uno a livello costituzionale, altri a livello di norma ordinaria, legale, regolamentare, ecc. –, alcuni formanti giudiziari, alcuni formanti dottorali. Alcuni formanti possono apparire non necessari alla funzione del diritto – dichiarazioni di scienza, proclamazioni relative agli scopi della legge, ossia, agli effetti sperati dal legislatore, definizioni politologiche, ecc”*. Cf. A. Gambaro, R. Sacco. **Sistemi Giuridici Comparati**. Milano: Utet Giuridica, 2014, p. 4.

Incumbe à comparatista, por conseguinte, debruçar-se sobre os formantes a fim de enveredar na complexidade dinâmica. Reconhecendo-se a existência de suas variadas espécies, podem ser mencionados, a título de exemplo, os formantes legal ou legislativo, doutrinário e jurisprudencial<sup>67</sup>. Nessa linha, subdividindo-se em categorias os principais formantes dos ordenamentos contemporâneos, quais sejam, legal, jurisprudencial e doutrinário, os dois primeiros seriam ativos ou dinâmicos, na medida em que, respeitadas as variações existentes entre cada sistema jurídico, são idôneos a produzir direito cogente, ao passo que o último, relativo à doutrina, seria passivo<sup>68</sup>.

O formante legislativo abrange não apenas a lei ou o ato normativo em si, mas também a autoridade criadora, como o Poder Legislativo ou o Executivo do qual emane, por exemplo, uma medida provisória. O mesmo pode ser dito do jurisprudencial: abarca não somente a decisão, mas também o órgão decisório, como, no Brasil, o STF. Quanto à doutrina, é inegável que além de uma publicação com enunciados teóricos e princípios, é igualmente relevante o pronunciamento ou a opinião fundamentada elaborada, por exemplo, em sede de uma entrevista televisiva, ainda que manifestada oralmente.

A variabilidade da valoração de um formante depende de cada ordenamento e sistema jurídico, inclusive em função do tempo. A dinâmica de força é, por isso, mutável. No Brasil, por exemplo, assiste-se a uma certa diminuição da reverência à doutrina nacional<sup>69</sup> e ao aumento da autoridade jurisprudencial (não só da constitucional, como vem ocorrendo em outros países<sup>70</sup>). Não raramente, a autoridade jurisprudencial se refere a entendimentos de intelectuais estrangeiros e a decisões de outros Estados, inclusive, como forma de fortalecer a fundamentação, valendo-se também da *authority*<sup>71</sup>.

Por derradeiro, vale mencionar a possibilidade de existirem formantes que não são verbalizados; são, em realidade, ocultos, implícitos e estão presentes na prática e na cultura jurídicas até mesmo de forma inconsciente. Conforme ensina Rodolfo Sacco, seriam os denominados *criptotipos* – *crittotipi*, os quais correspondem a atuações reiteradas, exercidas de modo automático e tradicional, sem que haja uma verbalização ou formalização da necessidade de sua observância<sup>72</sup>.

### 3.2. A função de auxiliar a fundamentação judicial

Quanto às funções auxiliares ou práticas da comparação jurídica, o professor Lucio Pegoraro, sem pretensão de exaurir as possibilidades, propõe as seguintes: entender a si mesmo

---

67 - Michele Carducci refere-se ao que denomina os três “formantes” mundanos de origem jurídica, que seriam a *legis-latio*, a *iuris-dictio* e a *interpretatio*. E segue afirmando que “[...] o constitucionalismo marca o percurso histórico do Ocidente na direção da progressiva unificação destas ideias do direito compreendido como ‘re-legitimação’ terrena dos ‘formantes’”. Cf.: M. Carducci. Política, democracia, decisionismo: justiça constitucional e constitucionalismo. Consensus ou Petitem?. In: Romboli, Roberto; Labanca, Marcelo Corrêa de Araújo (org.). **Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 202.

68 - Pegoraro; Rinella. **Sistemi costituzionali comparati**, *cit.*, 2017, p. 12.

69 - Segundo Michele Carducci: “O ‘formante’ doutrinário torna-se ‘cada vez mais passivo’: deve legitimar, mas não pode ‘alterar’, por isso deve ‘se dar’ um método”. Cf.: Carducci, M. Política, democracia, decisionismo: justiça constitucional e constitucionalismo. Consensus ou Petitem?”, *cit.*, 2015, p. 205.

70 - L. Pegoraro. L’argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. In: Ferrari, Giuseppe Franco; Gambaro, Antonio (org.). **Corti nazionali e comparazione giuridica**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 496.

71 - G. F. Ferrari, A. Gambaro. Le Corti nazionali ed il diritto comparato: una premessa. In: Ferrari, Giuseppe Franco; Gambaro, Antonio (org.). **Corti nazionali e comparazione giuridica**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. IXI.

72 - R. Sacco; P. Rossi. **Introduzione al Diritto Comparato**, *cit.*, p. 119-121.

através do outro – o estudo do próprio direito, ou seja, do direito nacional; assistir ao legislador; construir direitos comuns – unificação e harmonização do direito; e oferecer base à fundamentação judicial<sup>73</sup>.

Quanto à última, ao comparar dois emblemáticos sistemas, Pegoraro assevera que as Cortes de *common law* usam o direito estrangeiro mais do que as de *civil law*. De pronto, porém, excepciona os tribunais de *civil law* da América Latina, onde há numerosas citações<sup>74</sup>. Com efeito, as Américas têm formas próprias de construção da relação com o direito estrangeiro, especialmente em virtude das influências deixadas por processos socioeconômicos e culturais decorrentes da colonização, seguidos do grande influxo internacional na formação das elites jurídicas até os tempos atuais.

Dessa forma, enquanto na Europa, de tradição civilista, parece ter havido no passado uma diminuição e quase o desaparecimento do recurso à comparação pelos juízes durante um período, inclusive com experiências que demonstram até mesmo a vedação da utilização<sup>75</sup>, nas Américas a prática seguiu de maneira habitual<sup>76</sup>, seja em razão das atuações isoladas do Poder Judiciário de cada ordenamento nacional, seja em decorrência de construções de processos de integração regionais – econômicos e de proteção dos direitos humanos. Nesse cenário insere-se o Brasil.

No capítulo destinado ao direito comparado na América Latina, do *Oxford Handbook of Comparative Law*, ao examinar a *law in action*, o autor destaca o frequente uso do direito estrangeiro nas Cortes supremas da Argentina e do Brasil<sup>77</sup>. São enfatizados não só os temas objetos de decisão, mas também a formação dos julgadores. Sem desconsiderar a enorme relevância das demais funções do direito comparado, mormente no tocante à sistematização da compreensão de ordenamentos, institutos e instituições, a investigação da sua utilização perante os tribunais – especificamente o Supremo Tribunal Federal brasileiro – almeja, por conseguinte, entender o emprego histórico dessa função auxiliar, tendo como parâmetros os sistemas europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos.

## 4. A DOCTRINA SOBRE O USO DO DIREITO COMPARADO NA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL

### 4.1. Situação atual da doutrina

A literatura demonstra a existência de pesquisas já realizadas majoritariamente quanto à comparação jurídica em tribunais nacionais, ordinários, administrativos, supremos ou constitucionais<sup>78</sup>, especificamente no que atine ao uso de precedentes por juízes constitucionais, envolvendo

73 - Pegoraro; Rinella. *Sistemi costituzionali comparati*, cit., p. 33-38.

74 - Pegoraro, cit., 2015. p. 330.

75 - “In some continental jurisdictions, however, such as Prussia, Spain, Switzerland, and Italy, citation of non-state sources of law was even prohibited by formal enactment”. Cf.: H. Patrick Glenn. *Comparative Legal Reasoning*, cit., p. 569.

76 - R. Dixon. *Cómo comparar constitucionalmente*, cit., pp. 2-3.

77 - J. Kleinheisterkamp. Development of Comparative Law in Latin America. In: Reimann, Mathias; Zimmermann, Reinhard (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 286-287.

78 - Para uma publicação que abranja jurisdições do Reino Unido, da Bélgica, da França, da Alemanha, de Portugal, da Índia, da Itália e da “América Latina”, entre outras, conferir: Ferrari, Franco; A. Gambaro. *Le Corti nazionali ed il diritto comparato*. Una premessa, cit.

países como Canadá, Espanha, Índia, Irlanda, Israel, Itália, Namíbia, África do Sul, Áustria, Alemanha, Hungria, Japão, México, Romênia, Rússia, Taiwan e Estados Unidos<sup>79</sup>.

Inicialmente marcada pela citação e pelo uso de argumentos provenientes dos Estados Unidos da América (EUA) e de alguns países da América Latina, como a Argentina<sup>80</sup>, a jurisprudência do STF, ao longo do tempo, abriu-se e passou a, paulatinamente, se orientar também pelos precedentes e autores europeus, sem perder o traço marcante de recurso a normas, autores e precedentes estrangeiros<sup>81</sup>.

Como já mencionado, assiste-se, no país, a um fenômeno jurídico consistente na crescente valorização da jurisprudência<sup>82</sup>. Essa situação demonstra a inserção, nas decisões, de vários elementos que contribuem para a *ratio decidendi* e influenciam a configuração do ordenamento interno, em penetração jurídica com alta capacidade persuasiva.

Nesse cenário, há a aplicação, pelo Estado, de regras que ele não criou. Internaliza-se uma fonte externa, terceira, de forma consciente ou inconsciente<sup>83</sup>, que pode ser determinante no formante jurisprudencial. Normas jurídicas ou decisões estrangeiras, mesmo que de uma organização internacional da qual o Estado não seja membro, dão contornos à criatividade jurisprudencial. Cuida-se de perspectiva ainda pouco estudada no Brasil, com grande margem para aprofundamento em pesquisas.

No plano internacional, o artigo de Jan Kleinheisterkamp, publicado no *Oxford Handbook of Comparative Law*, aborda o desenvolvimento do direito comparado na América Latina, no tópico intitulado “*Comparative law in action: the Supreme Courts of Argentina and Brazil*”. O autor indica a existência do uso meramente decorativo ao lado de construções mais complexas e diversificadas, desenvolvidas pelos ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes em relação a diversos países, inclusive quanto à Corte Europeia de Direitos Humanos, doravante Corte EDH<sup>84</sup>.

No que concerne à doutrina produzida por autor nacional, merece destaque a publicação sobre o uso da doutrina pelo STF, na qual André Ramos Tavares e Renato Gugliani Herani, a partir do método aplicado e valendo-se do uso de estatística e da busca por decisões em um período determinado, identificaram as contribuições doutrinárias nacionais e estrangeiras, os tipos de citação, os autores referidos e os membros da Corte que citaram, chegando também a resultados quanto às classes processuais, ao tipo de provimento no qual houve a referência, às obras citadas,

79 - Cf., por exemplo: T. Groppi, Marie-Claire Ponthoreau. **The use of foreign precedents by constitutional judges**. Oxford: Hart Publishing, 2014;

A. Jakab; A Dyevre; G. Itzcovich. **Comparative Constitutional Reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

80 - C. B. Horbach. O direito comparado no STF: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira”. **Revista de Direito Internacional**, v. 12, n. 2, 2015, p. 195.

81 - Ibidem.

82 - Rodolfo Sacco e Piercarlo Rossi atribuem ao uso da comparação a causa da revalorização da jurisprudência nos países de base jurídica romanista, como o Brasil, mormente considerando que as decisões enunciam regras operativas pouco conhecidas. Cf.: R. Sacco ;P. Rossi. **Introduzione al Diritto Comparato**, cit., p. 62.

83 - Op. Cit., p. 74-75.

84 - J. Kleinheisterkamp. **Development of Comparative Law in Latin America**, cit., pp. 286-287.

ao país de origem e à formação<sup>85</sup>. Na mesma obra, dessa vez não mais em coautoria, Tavares analisa os dados para apresentar uma perspectiva sobre a doutrina estudada a partir das decisões do STF e sobre a sua função criativa de normas jurisprudenciais, mediante influências implícita e explícita<sup>86</sup>.

Nesse sentido, é também relevante o artigo de autoria do ministro Gilmar Mendes e de André Rufino do Vale, que versa sobre a influência de Peter Häberle na Corte. No estudo em questão, foi constatada a forte presença do pensamento do doutrinador seja na elaboração legislativa que institucionalizou o *amicus curiae* e as audiências públicas, seja na jurisprudência que utiliza o argumento comparativo. No caso do argumento comparativo, mesmo em ausência de “[...] um regramento legal ou regimental para o exercício dessa atividade do tribunal, fato que não tem representado qualquer obstáculo a uma ordenada utilização de precedentes desenvolvidos em outros países”<sup>87</sup>, em manifestação da aplicação do quinto método da interpretação constitucional, tal como cunhado por Häberle. Os autores concluem que a disseminação do pensamento do jurista alemão ocorre de forma decisiva para formar um direito constitucional comum latino-americano na região.

Já em artigo publicado em 2021, Flávia Piovesan e Nathercia Magnani demonstram resultados parciais da pesquisa em curso sobre o “diálogo travado pelo Supremo Tribunal Federal com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. Nesse ínterim, as autoras identificaram os artigos citados, os anos com dados positivos e os órgãos prolores dos acórdãos publicados (a pesquisa não abrangeu decisões monocráticas). Verificaram que, entre 1992 e 2007, primeiro período investigado, houve uma predominância do manejo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em relação a temas penais, no bojo de *habeas corpus*<sup>88</sup>.

Por sua vez, Paulo Brasil Menezes publicou, em 2020, um livro que trata do espaço jurídico global e elabora uma tipologia de diálogos judiciais com a procedimentalização da forma de internalização das decisões estrangeiras, tendo como base a comparação como um método interpretativo<sup>89</sup>.

Nessa esteira, Luiz Magno Pinto Bastos Junior e Alini Bunn publicaram, em 2017, um estudo sobre os padrões discursivos do STF no uso do argumento comparativo. A partir da análise de decisões deliberadas em um período de dez anos – 1998 a 2008 –, os autores constataam a ausência de diferença nas referências ao direito internacional e ao direito estrangeiro em geral,

---

85 - Tavares, A. R.; Herani, R. G. Apresentação do método aplicado: as citações doutrinárias em números”. In: Lopes, Cunha L; Pegoraro, T. M. G. da. (Org.). **A contribuição da doutrina na jurisdição constitucional portuguesa e brasileira**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2014, p. 31-66.

86 - Tavares, A. R. A contribuição da doutrina na jurisprudência constitucional brasileira: análise de dados In: Lopes, Cunha L; Pegoraro, T. M. G. da. (Org.). **A contribuição da doutrina na jurisdição constitucional portuguesa e brasileira**. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2014, p.67-104.

87 - G. Ferreira Mendes, A. R. do Vale. A influência de Peter Häberle no STF. **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 20 de jun. 2023.

88 - F. Piovesan, N. C. M. Magnani. Diálogos entre o Brasil e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: análise jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal (de 1992 a 2007). **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 26, n. 1, 2021, pp. 1-10,

89 - P. B. Menezes. **Diálogos judiciais entre cortes constitucionais: a proteção dos direitos no constitucionalismo global**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020.

embora haja obrigatoriedade em um caso e adesão meramente voluntária em outro. Além disso, identificam que a postura do STF não configura um *hard use* do direito comparado, mas revela a sua utilização como argumento de apoio. Após identificar Alemanha, Estados Unidos, Portugal, Espanha e Itália como países cujas jurisdições foram mais citadas, em ordem decrescente, os autores apresentam dados que evidenciam a predominância de referências com uso meramente retórico ou de reforço interpretativo. Demonstram, também, que o julgador que mais se valeu dos elementos estrangeiros foi o ministro Gilmar Mendes, seguido do ministro Celso de Mello. Em conclusão, defende que houve um aumento paulatino da importância das fontes estrangeiras e da internacionalização da Corte<sup>90</sup>.

Carlos Bastide Horbach, ao se debruçar sobre a utilização do direito comparado pelo STF, parte de um breve aporte teórico sobre o método comparativo, a fim de subsidiar a avaliação do uso realizado pelos ministros e ministras da Corte. Para tanto, o autor apresenta uma análise de dois acórdãos de julgamentos do STF, que versaram sobre células-tronco embrionárias e sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Conclui, após a constatação da permeabilidade do direito constitucional brasileiro ao direito estrangeiro e da influência de vetores pessoais, objetivos e teóricos, no grau de aceitação da influência externa no ordenamento, que a utilização do direito comparado no contexto analisado ainda é uma técnica afastada dos padrões teóricos e sem conhecimento aprofundado dos ordenamentos citados nas decisões<sup>91</sup>.

Em artigo publicado em 2014, Alonso Freire menciona, em termos gerais, o uso de fontes estrangeiras e internacionais pelo STF, considerado pelo autor como excessivo ao ponto de comprometer a clareza das decisões, que restam incompreensíveis inclusive pelos demais tribunais. Nesse sentido, destaca o manejo seletivo de normas e jurisprudências estadunidenses e alemãs, de forma a caracterizar uma seleção não cosmopolita e sem justificativa. O autor segue aduzindo que o uso não justificado ou não bem explicado do direito comparado pelo STF pode restringir a discussão, em ameaça à dimensão social e à democratização do debate na jurisdição constitucional, e inviabilizar o diálogo com a sociedade<sup>92</sup>.

Em obra denominada *Transjusfundamentalidade*<sup>93</sup>, publicada também em 2014, fruto da sua tese de doutorado defendida na Universidade de Brasília, Christine Peter da Silva parte da ideia de Estado cooperativo cunhada por Peter Häberle e analisa a circulação de teorias e precedentes à luz do conceito de “transjusfundamentalidade”. Tal termo é proposto pela autora como uma ferramenta para aferir os limites e possibilidades de um diálogo transnacional entre Cortes a partir do exame da jurisprudência do STF. Sua pesquisa encontrou 193 (cento e noventa e três) decisões do STF com referências a julgados estrangeiros nos votos. Nesse contexto, identificou-se que os ministros com maior número de citações foram Celso de Mello, Gilmar Mendes e a ministra Rosa Weber.

---

90 - L. M. P. Bastos Junior; A. Bunn. Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado. **Revista do Direito Público**, v. 12, n. 3, 2017, pp. 85-114.

91 - Horbach, C. B. **O direito comparado no STF**: internacionalização da jurisdição constitucional brasileira, *cit.*, p. 193-210.

92 - Freire, A. O Supremo Tribunal Federal e a migração de ideias constitucionais: considerações sobre a análise comparativa na interpretação dos direitos fundamentais. In: Freire, A.; Cléve, C. Merlin; **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 110-118.

93 - Silva, C. O. Peter da. **Transjusfundamentalidade**: diálogos transnacionais sobre direitos fundamentais. Curitiba: CRV, 2014.

Na doutrina internacional, os estudos relacionados ao uso do direito estrangeiro e do direito comparado por tribunais são vários – chegando-se até à configuração de um certo fetiche retórico sobre o “diálogo”<sup>94</sup>. No entanto, a literatura demonstra que as pesquisas costumam ser voltadas a um mesmo grupo de países, com a exclusão de ordenamentos<sup>95</sup> latino-americanos, como o do Brasil, e de países africanos e asiáticos. Malgrado exista um crescente desenvolvimento atual, a análise empírica é tradicionalmente escassa nos trabalhos publicados acerca da realidade brasileira.

#### 4.2. Formação, texto e contexto

Assevera Guastini que a força persuasiva de uma argumentação tem estrita dependência da cultura jurídica em cada local e em face de cada problema posto, notadamente quanto aos “comportamentos difundidos no seio da classe judicial”<sup>96</sup>.

Como sinal da diferença de abordagem nos sistemas de *civil law* e de *common law*, James Boyd White debruça-se sobre a interseção entre direito e arte, precisamente direito e literatura, para traçar paralelos entre poemas e votos proferidos em uma decisão judicial. Para delinear o seu raciocínio, o autor indica que a sua própria experiência de educação jurídica, assim como a literária, foi baseada na atenção dada ao texto, seja ele um poema ou uma decisão. Explica, assim, que nas faculdades de direito, o estudo não era restrito às decisões judiciais, pois abarcava também leis, normas constitucionais e procedimentais, mas, em sua maioria, apenas em razão de terem sido mencionadas em decisões judiciais, diferentemente do que ocorre na experiência continental de *civil law*<sup>97</sup>. O autor ainda aduz que os casos eram estudados como se fossem “plantas ou borboletas”, e apenas posteriormente buscava-se obter a sua classificação no direito<sup>98</sup>.

O modelo de aprendizagem – e, por consequência, de aplicação do direito – é diferente em cada sistema, ainda que o Brasil receba e absorva, contemporaneamente, uma grande influência de *common law*, sobretudo estadunidense, que enceta uma nova conformação do uso e do valor dos precedentes, com repercussão inclusive no ensino jurídico, que hoje requer uma abordagem baseada em *case-law*<sup>99</sup> em algumas universidades<sup>100</sup>. Por isso, há de se ter atenção para não se produzir pesquisas inspiradas em estudos valiosos já desenvolvidos por comparatistas que se centram apenas no tema referente ao uso de precedentes estrangeiros ou internacionais, sem a devida ponderação acerca dos textos normativos.

Entra em jogo aqui o denominado fator humano<sup>101</sup> – no qual estão inclusos a história pes-

94 - Vergottini, G. de. *Oltre il dialogo tra le Corti: Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit.

95 - Vergottini, G. de. *Oltre il dialogo tra le Corti: Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit.

96 - Guastini, R. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 243.

97 - White, J. B. The judicial opinion and the poem: ways of reading, ways of life, *Michigan Law Review*, v. 82, n. 7, 1984, pp. 1669-1699.

98 - Op. Cit. p. 1671-1672.

99 - Markesinis, B. *Foreign Law & Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*. Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 3-4.

100 - Cf., por exemplo: Fundação Getúlio Vargas, Disciplinas eletivas II, FGV Direito SP, disponível em: <https://direitosp.fgv.br/disciplina/disciplinas-eletivas>. Acesso em: 18 de jun. de 2023;

101 - Markesinis, B.; Fedtke, J. *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*. Bologna: il Mulino, 2009, p. 11-12.

soal e acadêmica, a formação educacional<sup>102</sup>, o perfil e a mentalidade do julgador – que pode delinear os indícios de sua propensão ou sua abertura ao uso do direito comparado nas decisões, ainda que como componente da demonstração de conhecimento, elegância e erudição dos respectivos votos.

Markesinis e Fedtke, em publicação sobre o tema, ressaltam o histórico educacional baseado tanto na formação acadêmica quanto na decorrente do ambiente profissional. Nessa linha, o domínio de idiomas diversos da língua materna e os períodos de estada no exterior, em intercâmbios ou períodos de pesquisa, influenciam sobremaneira e impactam a percepção do direito para além das fronteiras e, conseqüentemente, a abertura ao direito comparado<sup>103</sup>. Os autores mencionam o então recente contato que tiveram com estudantes e pesquisadores brasileiros e argentinos, que revelou para eles como os intercâmbios acadêmicos com a Alemanha levaram a uma penetração da cultura jurídica germânica em países da América do Sul<sup>104</sup>.

Partindo da observação do novo contexto educacional inglês, Markesinis e Fedtke prospectam uma formação mais aberta e permeada por intercâmbios, que tende a desembocar em uma nova geração de juízes mais cientes das possibilidades de soluções de problemas jurídicos com base em uma visão mais ampla<sup>105</sup>. Há uma variedade de origens das influências que incidem sobre os ministros. Uma delas é a formação educacional. No Brasil já há esse reflexo, como deflui do histórico acadêmico-profissional de cada membro<sup>106</sup>, advindo não só da formação educacional e da experiência profissional anterior à posse no STF, mas também do contato e da troca de experiências entre membros da própria magistratura constitucional, por exemplo, ao se noticiar a resolução de um caso difícil, ou por meio de seminários ou eventos.

Tais iniciativas proporcionam igualmente uma migração de ideias com potencial influenciador de modo indireto nas futuras decisões a serem prolatadas. Pode-se falar em uma verdadeira livre circulação de juízes, que se encontram em eventos, têm a mesma formação, dialogam e trocam experiências, divulgam decisões entre si e institucionalmente por meio de ações próprias dos tribunais aos quais pertencem, dentre outras possibilidades que se apresentem<sup>107</sup>. Com foco no aspecto cultural, ainda sob o prisma interseccional com a literatura, James Boyd White assevera que: “*The sort of education of which I speak, in law and in literature, constantly tells us to recognize that we are makers of texts and remakers of culture. This is in fact its major lesson*”<sup>108</sup>. Assim, na formulação

102 - Inclusive, a globalização da educação jurídica. Cf. Perju, V. **Constitutional transplants, borrowing, and migrations**, *cit.*, p. 1305.

103 - Marakesinis, B.; Fedtke, J. **Judicial recourse to foreign law: a new source of inspiration?** London: UCL Press, 2006, p. 203-204.

104 - Op. Cit., p. 206. Sobre o uso da jurisprudência alemã pelo ministro Gilmar Mendes, conferir: Kleinheisterkamp, J. **Development of Comparative Law in Latin America**, *cit.*, pp. 286-287.

105 - Markesinis, B.; Fedtke, J. **Judicial recourse to foreign law: a new source of inspiration?**, *cit.*, p. 211.

106 - Vale frisar que também a formação da equipe de assessoria tem potencial impacto nas propostas argumentativas, mas tal análise escapa do propósito da presente pesquisa.

107 - Reconhecendo que o contato entre os juízes remonta ao século XVIII, no tocante ao comércio marítimo, Julie Allard e Antoine Garapom chamam essas atividades de “comércio entre juízes”, que participam ativamente em um contexto de mundialização, que gera intercâmbios e, ao mesmo tempo, uma “dependência recíproca entre os homens”, já que não há, segundo afirma, como um tribunal permanecer indiferente ao seu homólogo. Identificam, nesse comércio, duas dimensões, a funcionalista, referente à necessidade de acompanhar o que ocorre no mundo; e a de extensão da mundialização quanto aos direitos fundamentais, que passaram a permear praticamente todos os ramos do direito. J. Allard, A. Garapom, *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*, Lisboa, Instituto Piaget, 2006, pp. 9-39.

108 - White, J. B. The judicial opinion and the poem: ways of reading, ways of life, **Michigan Law Review**, v. 82, n. 7, 1984, pp. 1669-1699. p. 1676.

do raciocínio argumentativo, o capital cultural tem grande valia, bem como a mentalidade cosmopolita de parte dos membros da Corte, em uma relação entre o texto e o mundo<sup>109</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, ainda necessitamos, no Brasil, do desenvolvimento de novas pesquisas que resultem em doutrina que apresente dados quantitativos e qualitativos referentes à análise do uso do direito comparado na fundamentação judicial, notadamente no STF, com observância da autoridade política de sistemas e ordenamentos citados pela Corte, assim como de sua significância geopolítica, a serem acrescidas à autoridade persuasiva<sup>110</sup> no contexto histórico brasileiro. Propugno por uma análise, portanto, de uma autoridade político-persuasiva.

Isso porque, a estrutura argumentativa dos votos e decisões de alguns membros do STF inclui a referência, seja por vinculação, seja por devoção, de modo que se pode até mesmo chegar a um grau de previsibilidade da maneira que as argumentações futuras poderão ser tecidas, não quanto ao conteúdo substancial da resolução da questão a ser enfrentada, mas, certamente, no tocante ao fato de haver ou não algumas referências<sup>111</sup>.

Os comportamentos dos julgadores, como já mencionado, revelam um “criptotipo” a anunciar uma certa vinculação, não dita – decorrente também da história, da formação, da circulação, dos encontros, da academia ou da experiência profissional, enfim, da cultura –, quanto à reverência a um ordenamento específico,

Inegável que as dimensões temporal e histórica devem ser consideradas, a fim de, presente o elemento volitivo, serem compreendidas e repensadas as causas e as consequências dessa dinâmica de comportamento reveladora de um “costume constitucional”<sup>112</sup> de uso do argumento comparativo na fundamentação judicial. Trata-se, pois, de um processo construído ao longo do tempo, com duradouro impacto na instituição. Nesse contexto, para além da academia e da doutrina, o papel da magistratura nacional é de suma relevância para o delineamento prático da propugnada interação dialógica que caracterize um agir discursivo integrativo, cooperativo, construtivo e crítico, desde que não somente persuasivo ou retórico.

A real mirada para si e para o seu entorno imediato pode levar o Brasil a ser um ator (ou até mesmo um protagonista) da formação de uma jurisprudência que reflita a cultura jurídica latino-americana, mantendo-se a pluralidade e a diversidade, em vez de permanecer atado à repetição do padrão colonialmente forjado de olhar para a Europa e para os Estados Unidos da América, mediante uma escolha de origem histórico-cultural e influenciada, inclusive, por fatores político-econômicos<sup>113</sup>, como evidenciado pela doutrina já produzida.

---

109 - Op. Cit., p. 1684.

110 - Cf. Glenn, H. Patrick. Persuasive authority. *McGill Law Journal*, v. 32, n. 2, 1987, p. 261-298.

111 - Quanto ao uso preditivo da análise normativa, conferir: Guastini, R. *Das fontes às normas*, *cit.*, p. 243.

112 - Guastini, R. *Interpretar e argumentar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2020. p. 303.

113 - Chang, W-C.; Yeh, J-R. Internationalization of Constitutional Law. In: Rosenfeld, Michael; Sajó, András (Org.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1167.

Nesse sentido, almeja-se uma harmonização, não uma unificação, mediante uma interação discursivo-normativa entre as Cortes constitucionais. Para tanto, proponho, neste escrito, a criação, no próprio STF, de uma Secretaria de Estudos Comparados (SEC). Como o próprio direito comparado ainda é incipiente no país, haveria, quanto a essa ação, uma velocidade inicial mais lenta, característica de um primeiro passo a ser amadurecido e aprimorado ao longo do tempo.

Iniciativas semelhantes já foram efetivadas em poucos países, embora a existência de um departamento incumbido de pesquisas ou estudos, tal como a atual SAE (Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação) brasileira, seja mais comum<sup>114</sup>. Uma breve pesquisa identificou uma ação passageira na Argentina e outra, duradoura, na Itália. A *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina criou, em 1996, a *Oficina de Derecho Comparado*, coordenada pelo Centro de Informação Judicial<sup>115</sup>. Um livro foi publicado pela Corte em 2008, intitulado *Investigación de Derecho Comparado*, com artigos cujo enfoque eram os estudos comparados<sup>116</sup>.

A Corte Constitucional italiana conta com o Departamento de Direito Comparado<sup>117</sup>, composto por jovens advogados oriundos de diversos países, bem como por juízes de outros Estados e estudantes universitários que realizam intercâmbios e períodos de pesquisa na consulta. O departamento é incumbido de preparar, a requerimento dos julgadores, pesquisas comparativas sobre temas a serem discutidos nos julgamentos colegiados, embora não haja menção explícita a tais estudos nas decisões, tampouco a argumentos comparativos alegados pelas partes<sup>118</sup>. São publicados trabalhos na área internacional no site da Corte, organizados em seis linhas temáticas, a saber: a) fontes de direito; b) organização do Estado; c) princípios e direitos fundamentais; d) processo constitucional; e e) Relações entre o ordenamento interno e ordenamento supranacional. Os trabalhos mais antigos foram publicados em 2007. Já a linha mais ativa é a referente a princípios e direitos fundamentais. As análises comparativas compreendem, majoritariamente, os seguintes países europeus: França, Alemanha, Reino Unido e Espanha<sup>119</sup>.

114 - Como verificado, por exemplo, na Suprema Corte do Afeganistão, conferir: <https://supremecourt.gov.af/en/general-directorate-scrutiny-and-studies>; na Suprema Corte da Coreia do Sul, cf.: <https://eng.scourt.go.kr/eng/supreme/about/organizational.jsp>; no Tribunal Constitucional da Espanha, cf.: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/organizacion/Paginas/004-Servicio-de-Estudios.aspx>; na Corte Nacional de Justiça do Equador, cf.: <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/component/content/article/92-estructura-organica/101-direccion-tecnica-de-procesamiento-de-jurisprudencia-e-investigaciones-juridicas?Itemid=437>; na Suprema Corte do Japão, cf.: [https://www.courts.go.jp/english/institute\\_01/institute/index.html#Intro](https://www.courts.go.jp/english/institute_01/institute/index.html#Intro); na Suprema Corte da Lituânia, cf.: <https://www.lat.lt/en/general-information/about-the-court/95>; no Tribunal Supremo de Moçambique, cf.: <http://www.ts.gov.mz/index.php/pt/organizacao-do-tribunal-supremo/servico-de-apoio-tecnico-e-administrativo/276-gabinete-de-documentacao-judiciaria>; na Corte Suprema de Justiça do Paraguai, vide <https://www.pj.gov.py/organigrama/>; na Suprema Corte do Paquistão, cf.: <https://www.supremecourt.gov.pk/supreme-court-research-centre-scr/>; na Corte Constitucional da Romênia, cf.: <https://www.ccr.ro/en/organizational-chart/>; e na Corte Constitucional da Ucrânia, cf.: <https://cu.gov.ua/en/publikaciya/secretariat-constitucional-court-ukraine>. Acesso em 18 de jun. de 2023.

115 - Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Acordada N° 17/06**, Expte. 2078/06. Disponível em: <https://www.csjn.gov.ar/documentos/descargar/?ID=5014>. Acesso em: 22 de jun. de 2023.

116 - Argentina. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Investigación de Derecho Comparado**. Buenos Aires, 2008, Año XII. Disponível em: [https://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2008\\_1\\_2.pdf](https://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2008_1_2.pdf). Acesso em: 22 de jun. de 2023.

117 - Conferir no link disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionDirittoComparato.do#>. Acesso em: 22 de jun. de 2023.

118 - Sandulli, A. The use of Comparative Law before the Italian Public Law Courts. In: Andenas, Mads; Fairgrieve, Duncan (Org.). **Courts and Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 267.

119 - Sobre o eurocentrismo nos tribunais italianos, como um aspecto positivo em prol da harmonização, conferir: Alpam, G. Foreign Law in International Legal Practice. In: Andenas, Mads; Fairgrieve, Duncan (Org.). **Courts and Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, p.115.

Como já asseverado, o STF expressa, no Brasil, o formante jurisprudencial por exceção, assim como as decisões que profere. É cediço que o Tribunal de cúpula do país tem uma quantidade significativa de processos, com um vultoso número de decisões (a título de exemplo, foram 125.942 decisões exaradas em 2021, das quais 19.407 foram colegiadas e 106.534, monocráticas<sup>120</sup>), e que a complexidade das matérias envolvidas em cada caso já exige uma enorme dedicação dos ministros e ministras, bem como de sua equipe de assessoria, em busca da melhor solução jurídica a ser apresentada em cada voto.

Surge, aqui, uma questão que envolve não mais o acesso ao material jurídico sobre o direito estrangeiro em geral, mas sobretudo o tempo para o estudo e a reflexão sobre o tema, a caracterizar um risco ou obstáculo ao uso, como pontuam Markesinis e Fedtke<sup>121</sup>. Os mesmos autores mencionam os aparatos humano e bibliográfico que servem de apoio ao Tribunal de Justiça da União Europeia, à Corte EDH e às Supremas Cortes dos EUA, do Canadá e da Alemanha, para chegarem à conclusão que a alegação de falta de tempo não convence. Basil Markesinis, ao aludir a uma reflexão de Fletcher sobre o porquê de advogados e juízes prestarem pouca atenção ao direito estrangeiro, uma vez que eles têm um trabalho a fazer, responde “*How about us showing that our discipline is linked to the job they have to do?*”<sup>122</sup>.

Sem mitigar a importância das iniciativas, propomos a concentração dos estudos comparados em uma secretaria específica, cujas atividades sejam elaboradas à luz da metodologia da comparação jurídica, também a fim de subsidiar julgamentos. A facilitação da pesquisa, pelo menos inicial, pela SEC aqui vislumbrada, inclusive em prol da otimização do tempo, favoreceria o fornecimento do material entre todos os gabinetes da Corte. Estes, de posse das informações, fariam, se desejassem, um uso próprio e específico do método comparado nas decisões e votos para melhor compreensão do problema posto, que pode até mesmo desembocar na prolação de decisão que se valha apenas das fontes nacionais. Isso sem desconsiderarmos, também, a natureza marcadamente política e estratégica das decisões e votos, de acordo com a opção de cada membro do STF<sup>123</sup>.

Com efeito, a ampliação do horizonte já delineado pela pesquisa realizada pela SEC ficará efetivamente a cargo de cada julgador ou julgadora, uma vez em contato com o material produzido, mormente considerando que não se pode impor uma comparação a todo custo<sup>124</sup>. Incumbiria à secretaria fornecer uma paisagem comparativa sobre o tema objeto de apreciação, porém de forma não engessada, a fim de deixar margem para a observação e o diálogo constante de acordo com o olhar de cada membro da Corte, para que se construa – ou não –, na decisão ou voto, uma composição argumentativa constitucional-internacional equilibrada. Assim, à luz da metodologia

120 - Conferir informação disponível no link: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=1f9aa2cf-d569-4e98-bd2a-a9dac4e79a69&sheet=3490ef1f-f90e-4b51-9b93-b578efd54efd&theme=simplicity&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 22 de jun. de 2023.

121 - Markesinis, B.; Fedtke, J. **Judicial recourse to foreign law: a new source of inspiration?**, *cit.*, p. 143.

122 - Markesinis, B. **Comparative Law in the Courtroom and Classroom: the story of the last thirty-five years**. Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing, 2003, p. 54.

123 - Hirschl, R. The question of case selection in comparative constitutional law. In: Jackson, Vicki C.; Versteeg Mila (Org.). **Comparative Constitutional Law: Constitution-Making, Methodology and Interpretation**. New York: Routledge, 2021, p. 190.

124 - Ponthoreau, M-C. L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique. In: Legrand, Pierre (Org.). **Comparer les droits, résolument**. Paris: Press Universitaires de France, 2009, p. 541.

da comparação, seria possível compreender os fenômenos e/ou institutos que ocorrem além das fronteiras para, então, melhor entender os problemas constitucionais postos no plano nacional.

O aprimoramento da metodologia da comparação jurídica, e não apenas do conhecimento do direito<sup>125</sup> regional, pode auxiliar a evitar o recurso à bricolagem judicial e acarretar o protagonismo judicial no desenvolvimento do direito comparado, à luz da capacidade criativa e da liberdade de uso de técnicas de decisão e de interpretação no país. Como assevera Marie-Claire Ponthoreau, cabe à jurista aceitar que não pode compreender tudo e, a partir daí, fazer as escolhas justificadas<sup>126</sup>. Além disso, a autora salienta que a comparação, como técnica a ser utilizada na decisão judicial, requer não só um “*savoir-faire*” como também uma formação que consiga aliar teoria e prática da comparação jurídica<sup>127</sup>.

A SEC estaria inserida, em verdade, na institucionalização<sup>128</sup> de um elemento estrutural que induziria o aprimoramento da abertura do STF ao uso do direito comparado, facilitaria e, sobretudo, burilaria a prática na Corte, uma vez que o maior aprofundamento metodológico deve expor virtudes e fragilidades. O melhor conhecimento das outras experiências e o aprimoramento técnico-comparativo acarretariam a integração do formante doutrinário às análises judiciais na formação de uma jurisprudência nacional com uma identidade própria, inclusive quanto ao uso do argumento comparativo, contribuindo, de modo singular, com a doutrina do direito comparado no Brasil.



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

125 - Markesinis, B.; Fedtke, J. **Giudici e diritto straniero**: la pratica del diritto comparato, *cit.*, p. 349.

126 - Ponthoreau, M-C. **L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique**, *cit.*, p. 541.

127 - Op. Ct., p. 558-559.

128 - Como pontua Jeremy Waldron, ao defender que o *ius gentium* tem uma aplicação institucional: “The institutional reality of law might seem more important than its canonical formulation”. Cf. Waldron, J. **Partly Laws Common to All Mankind**: foreign law in American courts. New Haven: Yale University Press, 2012, p. 58.



# ARTIGOS



.....

# INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA A SUA REGULAÇÃO

.....

*ARTIFICIAL INTELLIGENCE: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR ITS REGULATION*

Viviane Alfradique Martins de Figueiredo Mendes<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Inteligência artificial e direito. 2. Riscos e benefícios da Inteligência artificial no direito. 3. Regulamentação da inteligência artificial. Conclusões. Referências.

---

1 - Advogada da União, Coordenadora Regional Adjunta de Defesa da Probidade na Procuradoria Regional da União na 2ª Região, Pós-Graduada em Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra (2017), Mestre pelo Programa de Pós Graduação em Administração Pública da Faculdade Getúlio Vargas - FVG (2024), Membro da Comissão de Direito Administrativo e da Comissão Especial da Justiça Federal da Seccional da OAB/RJ (2023). E-mail: vivianemendes@hotmail.com.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva analisar o avanço da inteligência artificial (IA) em nossa sociedade, sobretudo no campo do direito, com o intuito de fornecer uma análise compreensiva, que não apenas identifique os desafios e as oportunidades da IA no direito, mas também ofereça *insights* para a construção de um marco regulador adequado que resguarde tanto a evolução tecnológica como os princípios fundamentais do direito. Para a estruturação desse raciocínio, parte-se, primeiramente, do atual estado da arte da Inteligência Artificial na seara jurídica; na sequência, são investigados os benefícios e os riscos trazidos pelo avanço tecnológico no ambiente jurídico e discutidas as iniciativas de estabelecimento de diretrizes éticas e normativas da Inteligência Artificial, com maior ênfase no Projeto de Lei n. 2.338/23, proposta regulatória mais avançada sobre o tema no Brasil, que visa estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação de inteligência artificial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inteligência artificial. Tecnologia. Regulação. Direito. Impactos.

**ABSTRACT:** *This article aims to analyze the advancement of artificial intelligence (AI) in our society, especially in the field of Law. It aims to provide a comprehensive analysis that not only identifies the challenges and opportunities of AI in law, but also offers insights for the construction of an adequate regulatory framework that safeguards both technological evolution and the fundamental principles of Law. To structure the reasoning, I will start with the contextualization of the current state of the art of Artificial Intelligence in the legal field; Next, I will investigate the benefits and risks brought by technological advances in the legal environment; and, I will discuss the initiatives to establish ethical and normative guidelines for Artificial Intelligence, with greater emphasis on Bill no. 2338/23, the most advanced regulatory proposal on the subject in Brazil, which aims to establish principles, rules, guidelines and foundations to regulate the development and application of artificial intelligence.*

**KEYWORDS:** *Artificial Intelligence. Technology. Regulation. Law. Impacts.*



## INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar o avanço da inteligência artificial (IA) em nossa sociedade, sobretudo no campo do direito, com o intuito de fornecer uma análise compreensiva que não apenas identifique os desafios e as oportunidades da IA no direito, mas que também ofereça *insights* para a construção de um marco regulador adequado à preservação da evolução tecnológica, centrado no ser humano e garantidor dos princípios fundamentais do direito. Para tanto, a metodologia utilizada foi a pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa. Em relação à coleta de dados, o estudo é bibliográfico e documental, valendo-se de publicações em livros, leis, artigos científicos e periódicos.

Este trabalho está organizado em três partes, que dão continuidade a esta introdução. Na primeira parte, contextualiza-se o atual estado da arte da inteligência artificial na seara jurídica; na segunda, aborda-se os riscos e os benefícios da inteligência artificial no direito; e, na terceira, discute-se as iniciativas de estabelecimento de diretrizes éticas e normativas da inteligência artificial, com maior ênfase ao Projeto de Lei n. 2.338/23. Por fim, apresentam-se as considerações finais do trabalho, com o intuito de contribuir para a construção de um marco regulatório da inteligência artificial, que seja centrado no ser humano e estruturado com alto grau de confiabilidade, segurança, transparência e *accountability*.

### 1. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO

A história da inteligência artificial (IA) remonta há mais de 50 anos e inclui períodos de estagnação (muitas vezes, referidos como “*AI Winters*”), bem como de aceleração (Burgess, 2018).

A literatura não apresenta uma conceituação objetiva de IA, mas, para ser assim considerado, um sistema deve, além de manipular dados, ser capaz de deduzir ou inferir novos conhecimentos e de estabelecer relações entre fatos e conceitos, a partir do conhecimento existente. Para Russel e Norvig (2013), essa ferramenta consiste no desenvolvimento de sistemas que reconhecem o ambiente em sua volta e tomam medidas para alcançar seus objetivos.

O primeiro ponto alto da relação entre a inteligência artificial e o direito aconteceu durante os anos 1980 e 1990, período em que os pesquisadores trabalharam em sistemas jurídicos especializados para fornecer aconselhamento jurídico mais barato, rápido e menos propenso ao erro. No entanto, com a falha nos sistemas simbólicos, a empolgação inicial com a IA diminuiu (Hunter, 2020).

Nos anos 1990 e início dos anos 2000, a inteligência artificial jurídica evoluiu para sistemas mais sofisticados, que incluíam mineração de dados e processamento de linguagem natural e que abriram o caminho para ferramentas mais robustas de pesquisa e análise de documentos. Contudo, o crescimento exponencial na capacidade e na aplicabilidade da inteligência artificial no direito somente ocorreu no início do século XXI, com o advento do aprendizado da máquina e de algoritmos avançados, que permitiram a análise e o processamento de dados jurídicos em uma escala sem precedentes (Meira, 2023).

Atualmente, estamos na Era dos *Large Language Models* (LLM), como GPT-3 e GPT-4, que representam um salto qualitativo e quantitativo na aplicação de inteligência artificial no di-

reito e, de resto, em tudo o que envolve esforço cognitivo repetitivo realizado por humanos. Esses modelos de IA são capazes de compreender e gerar linguagem natural com uma eficácia que se aproxima da compreensão humana, permitindo amplas possibilidades de aplicação, desde a automatização de tarefas jurídicas até a assistência em tomadas de decisão complexas (Meira, 2023).

Esse breve panorama histórico ilustra que a inteligência artificial no direito não é uma tendência, mas uma evolução contínua que desafia constantemente os limites do possível (Meira, 2023).

## 2. RISCOS E BENEFÍCIOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO

A inteligência artificial desponta como uma força transformadora, que remodela profundamente o campo jurídico. Tem o potencial de otimizar processos, democratizar o acesso à justiça, fomentar uma nova onda de inovação e eficiência (Meira, 2023), revolucionar as práticas atuais de gestão pública, trazer crescimento econômico, mudar a forma como as instituições são projetadas e melhorar a relação governo-cidadão (Binenbojm; Tuak, 2022).

A adoção de inteligência artificial no campo jurídico marca o início de uma nova Era, na qual tecnologia e direito se entrelaçam de maneiras inovadoras e complexas. As implicações dessa transformação, com a transição das tarefas rotineiras e processuais para uma abordagem mais estratégica e criativa do direito, ultrapassam a mera automação, na medida em que afetam o próprio núcleo da prática legal e incluem a necessidade de novas competências e de novas habilidades, bem como de um enfoque renovado na ética (Meira, 2023).

Os impactos combinados desses pontos indicam um futuro em que IA não só aprimora a eficiência e a acessibilidade dos serviços jurídicos, mas desafia e redefine o papel dos profissionais da área. Esse novo paradigma exige uma abordagem balanceada, que valoriza tanto a precisão tecnológica quanto o discernimento humano. Ao mesmo tempo, abre novos horizontes de inovação, colaboração e *design* no direito, prometendo não só fazer evoluir a prática jurídica, mas também torná-la mais inclusiva e adaptada às necessidades da sociedade moderna (Meira, 2023).

Não obstante os inúmeros benefícios trazidos pela capacidade da inteligência artificial de promover transformações, é fundamental que seja conferida especial atenção aos riscos incorridos por sua utilização desarrazoada (Mendonça Júnior; Nunes, 2023). Os riscos são elevados – alguns imediatos, outros de longo prazo. Entre os que já representam uma ameaça está o desaparecimento de empregos, com a substituição de trabalhadores humanos por máquinas e com a exclusão social dos que já não têm mais condições de se adaptar às novas demandas do mercado e ficarão desprovidos de perspectivas e de auxílio do poder político (Barroso, 2019).

Há ainda problemas reais relacionados à concentração do desenvolvimento da inteligência artificial, à falta de um acesso mais descentralizado aos bancos de dados de treinamento, à ausência de transparência, de responsabilidade e de regulação (Marques, 2024). Esses fatores criam um ambiente propício para uma diversidade de violações, como a propagação de *fake news* e a criação de *deep fakes* (Adams; Gonçalves, Thomé; Fraga, 2024); o aumento da discriminação, da desigualdade, das divisões digitais, da exclusão e das ameaças à diversidade cultural, biológica e divisões sociais ou econômicas (Alcassa; Pappert, 2024); riscos relacionados à privacidade, de viés e justiça algorítmica, à proteção de dados, ao acesso e igualdade na educação e na conscientização ética (Meira, 2023).

Contudo, os perigos de longo prazo são ainda mais alarmantes. Em primeiro lugar, a própria democracia liberal – que se funda na liberdade individual e na autonomia da vontade – é posta em questão. De fato, a partir do momento em que as grandes decisões para a vida de cada um (ou para a sociedade como um todo) forem mais eficientemente tomadas por uma vontade externa, heterônoma, o livre-arbítrio, um dos pilares do liberalismo, estará comprometido (Barroso, 2019).

Diante disso, a ascensão da IA traz uma série de desafios éticos e regulatórios, que exigem uma análise cuidadosa e uma abordagem ponderada e colaborativa, que envolva legisladores, desenvolvedores de tecnologia, profissionais de direito e acadêmicos. Para garantir que a IA seja utilizada de maneira ética, justa e responsável e para propiciar segurança jurídica na utilização da ferramenta e não impedir o desenvolvimento tecnológico, o debate acerca da regulamentação desse recurso é imprescindível. Uma regulação adequada é imprescindível para impedir a concentração de riqueza e poder nas mãos de uma pequena elite (Barroso, 2019), para garantir o respeito à ética e à privacidade, bem como para proteger o ser humano, a diversidade e os valores fundamentais de nossa sociedade (Ministro, 2023).

Nessa direção, iniciativas estão sendo desenvolvidas para guiar a implementação ética da IA no direito. Isso inclui a criação de diretrizes e *frameworks* éticos como os desenvolvidos pelo *Institute of Electrical and Electronics Engineers* (IEEE) e pelo Conselho da Europa (Meira, 2023); diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico para regulamentação da IA (OCDE, 2016); regras de governança editadas pelo Ministério de Ciência e Tecnologia da China para o desenvolvimento de IA no país (2019); o Guia de Ética para IA da União Europeia (2019); e a *The Global Partnership on AI* (GPAI, 2020), iniciativa regulatória encabeçada pela França e pelo Canadá, à qual aderiram países como Austrália, Alemanha, México, Cingapura e Estados Unidos e que conta com apoio da OCDE e da Unesco. Essas iniciativas buscam estabelecer princípios éticos que devem orientar o desenvolvimento e a aplicação da IA na interpretação e na aplicação da lei, bem como na própria independência judicial (Adams; Gonçalves, Thomé; Fraga, 2024).

### 3. REGULAMENTAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A regulamentação da IA é um tema que ainda divide os pesquisadores. No Brasil, há defensores da necessidade de balizamento dos riscos da inteligência artificial para que possam ser prevenidos os males causados pelo uso incorreto da ferramenta. Nesse sentido, Cueva (Ministro, 2023) defende que a intervenção estatal, por mínima que seja, deve existir, desde que sejam respeitados a liberdade e o espírito de criação, que não podem se perder. Em sua visão, o desenvolvimento responsável da IA deve envolver questões éticas e legislativas, levando em conta os aspectos da autonomia humana, da governança de dados, do respeito às diversidades e da transparência.

Em outra direção, Meira (2023) insiste que o Brasil poderia ficar sem uma lei para regulamentar a IA, apesar dos movimentos da Europa e dos Estados Unidos. Para ele, a regulamentação prescritiva da IA seria um erro grave, já que, no Brasil, não existem políticas, estratégia, inovação e empreendedorismo. Assim, o autor defende a regulamentação por princípios gerais e amplos, para fomentar a inovação e a tecnologia.

Nesse cenário, para encontrar equilíbrio entre proteger os interesses da sociedade e aumentar a percepção pública de legitimidade do Estado, de um lado, e melhorar a governança e intensificar a transformação digital, de outro, mostram-se essenciais a participação e o engajamento

do Estado. O debate prévio permite aproveitar o potencial da tecnologia, enquanto os efeitos negativos são controlados e possivelmente minorados (Binenbojm; Tuak, 2022).

No movimento de construção de um marco regulatório da inteligência artificial, a Comissão Europeia (2023) propôs as seguintes regras para nortear a construção normativa sobre o tema: a) lidar com riscos criados especificamente por aplicativos de IA; b) propor uma lista de aplicativos de alto risco; c) definir requisitos objetivos para sistemas de IA de alto risco; d) definir requisitos objetivos de sistemas de IA para aplicações de alto risco; e) propor uma avaliação de conformidade antes de o sistema de IA entrar em serviço ou ser colocado no mercado; e f) propor uma forma de aplicação após esse sistema ser colocado no mercado. Posição semelhante também foi adotada pelo Reino Unido, que pretende focar na abordagem de questões que envolvam inteligência artificial com alto potencial de risco (Reino Unido, 2021).

Inspirado pela proposta europeia, o PL 2338/23, no Brasil, propõe um novo marco legal, que busca proteger os direitos das pessoas que são impactadas pelos sistemas de inteligência artificial, ao mesmo tempo que cria condições para a inovação e o desenvolvimento econômico-tecnológico. O objetivo é conciliar uma abordagem fundamentada em riscos com uma modelagem regulatória focada em direitos, estabelecendo instrumentos de governança e fiscalização para que sejam prestadas contas e para que seja promovido o escrutínio individual e social em relação aos sistemas de inteligência artificial (Mendonça Júnior; Nunes, 2023).

O PL 2.338/23 dedica especial atenção aos sistemas de inteligência artificial de risco alto e de risco excessivo. Segundo a proposta, os sistemas de IA, antes de entrar no mercado, deverão passar por uma avaliação preliminar, realizada pelo próprio fornecedor do sistema, para que se determine o grau de risco do programa. No âmbito do direito, todos os modelos de IA que forem aplicados serão considerados de alto risco. Também são assim considerados, por exemplo, os sistemas de avaliação da capacidade de endividamento das pessoas naturais ou o estabelecimento de sua classificação de crédito e de programas utilizados para investigação criminal e segurança pública, especialmente para avaliações individuais de riscos pelas autoridades competentes, a fim de determinar o risco de uma pessoa cometer infrações ou de reincidir nelas e o risco para potenciais vítimas de infrações penais ou para avaliar os traços de personalidade e as características ou o comportamento criminal passado de pessoas singulares ou grupos (Brasil, 2023).

Todos os sistemas que forem implementados como de alto risco deverão passar por uma avaliação do impacto algorítmico, que deverá considerar os riscos conhecidos e previsíveis associados ao sistema de inteligência artificial, os benefícios, a probabilidade de consequências adversas e sua gravidade, a lógica de funcionamento do sistema e os meios de mitigação de vieses discriminatórios. Essa avaliação deverá se dar de forma contínua durante todo o ciclo de vida dos sistemas de inteligência artificial, para que esteja constantemente atualizada (Brasil, 2023).

Apesar do cuidado na elaboração do PL 2.338/23, a regulamentação da IA no Brasil está longe do modelo ideal de governança e de colaboração multissetoriais. Cada setor representa um contexto diferente que tem implicações diferentes, em termos de estrutura da indústria, regulação e formulação de políticas, para sistemas de IA. Muitas leis, normas e diretrizes devem ser observados em especial, uma vez que a regulamentação deverá ser harmonizada com cada diploma, com observação das particularidades da IA, quais sejam: Declaração Universal dos Direitos

Humanos (1948), o CDC, CLT, CC, LGPD, MCI, Estatuto do Deficiente, Lei da Diversidade, Lei de Igualdade Racial, Estatuto da Criança e Adolescente, ISO 27.701, 27.001, 19.011 e 24.027, bem como quaisquer outros instrumentos, recomendações e declarações nacionais e internacionais relevantes, e que o rápido desenvolvimento das tecnologias de IA desafia sua implementação e governança pública e privada (Alcassa; Pappert, 2024).

## CONCLUSÕES

A inteligência artificial descortina um mundo de promessas, desafios e riscos que testam os limites e as possibilidades da atuação normativa do Estado e dos organismos internacionais (Barroso, 2019). O curso desses eventos não é possível de ser controlado, mas é possível discutir as opções e evitar algumas consequências indesejadas (Zuckerman, 2020), já que os impactos da inteligência artificial podem variar tanto em função da reação das forças organizacionais quanto da velocidade do desenvolvimento da tecnologia (Mendes, 2023).

Assim como não foi possível ficar de fora da Revolução Digital em rede, dominada pelos *smartphones*, também não será possível escapar dos impactos da IA. Desafios e oportunidades únicos surgirão da integração inovadora da tecnologia com a lei, feita pela aplicação da inteligência artificial (Meira, 2023). Desse modo, para que sejam feitas as escolhas políticas corretas, é necessário repensar o sistema jurídico como um todo, de modo a permitir que o avanço civilizatório e a elevação ética da sociedade venham em socorro, já que o direito não pode tudo (Barroso, 2019). Marcos regulatórios satisfatórios surgirão a partir da conjugação entre a inteligência artificial e as inteligências individual e social (Meira, 2023).

Para direcionar mudanças na regulação e na governança da inteligência artificial, é essencial o diálogo multilateral e, para que as dificuldades estruturais sejam evitadas, faz-se necessário um plano estratégico de inteligência artificial no Brasil ou, ainda, um plano nacional de transformação digital, que necessitará da mobilização de toda a estrutura educacional brasileira, já que o antídoto para as ameaças decorrentes do uso dessa ferramenta é repensar as competências e as habilidades individuais (Meira, 2023).

Diante das múltiplas possibilidades criadas pelo uso da inteligência artificial, para garantir que o desenvolvimento, a adoção e o uso da IA sejam regidos por normas que se alinhem com valores subjacentes ao sistema jurídico (Remus; Levy, 2017), é necessário que as políticas públicas, centradas no ser humano (Mendonça Júnior; Nunes, 2023), sejam capazes de facilitar a transição digital, equilibrando os avanços tecnológicos e os valores fundamentais de justiça, equidade e ética (Meira, 2023).

Necessário ainda conhecer os impactos causados pela IA em nosso país, definir prioridades, identificar lacunas na legislação atual e delimitar o escopo de novas normas a serem criadas, sob pena de se criar uma lei que seja insuficiente para mitigar os efeitos indesejados e acabar involuntariamente inibindo os potenciais benefícios da tecnologia (Higídio, 2024). Apesar da movimentação da temática no Brasil ser visível e do cuidado na elaboração do PL 2.338/23, o Brasil ainda enfrenta os desafios de estabelecer uma regulação efetiva para a IA e de definir o momento certo para aprová-la (Adams; Gonçalves, Thomé; Fraga, 2024).

## REFERÊNCIAS

ADAMS, Luis Inácio; GONÇALVES, Mauro Pedroso; THOMÉ, Caio Viana de Barros; FRAGA, Carolina Marcondes. Desafios para a regulamentação da inteligência artificial no Brasil. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-27/desafios-para-a-regulacao-da-inteligencia-artificial-no-brasil/>. Acesso em: 21 ago. 2024.

ALCASSA, Flávia; PAPPERT, Milena. Regulamentação de inteligência artificial e seu destino em 2024. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-14/regulamentacao-de-inteligencia-artificial-e-seu-destino-em-2024/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Revolução Tecnológica, Crise da democracia e mudança climática: limites do Direito num mundo em transformação. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019.

BINENBOJM, Gustavo; TUAK, Caroline Somesom. Por que investir em inteligência artificial no serviço público. **O Globo**, Rio de Janeiro, 17 ago. 2022. Fumus Boni Iuris. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/blogs/fumus-boni-iuris/post/2022/08/por-que-investir-em-inteligencia-artificial-no-servico-publico.ghtml>. Acesso em: 13 fev. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei 2338/2023**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 13 fev. 2024.

EUROPEAN COMMISSION. **Regulatory framework proposal on artificial intelligence**. Available at: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai>. Accessed in: 13 fev. 2024.

HIGÍDIO, JOSÉ. Sem diagnóstico dos impactos da IA, lei geral não é melhor caminho, afirma especialista. **Consultor Jurídico**, 02 de jul.2024. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-jul-02/sem-diagnostico-dos-impactos-da-ia-lei-geral-nao-e-melhor-caminho-diz-ciro-torres-freitas/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

HUNTER, Dan. The death of the legal profession and the future of law. **University of New South Wales Law Journal**, vol. 43, n. 4, p. 1199-1225, 2020.

MARQUES, Daniel. Harari e seu “medo” da inteligência artificial. **Jota**, 16 abr. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/harari-e-seu-medo-da-inteligencia-artificial-16042023>. Acesso em: 13 fev. 2024.

MEIRA, Silvio. Impacto da inteligência artificial no Direito: desafios, oportunidades e o futuro da profissão jurídica. Recife: **TDS.company**, 2023. Disponível em: <https://tds.company/wp-content/uploads/2023/11/Impacto-da-inteligencia-artificial-no-Direito-desafios-opportunidades-e-o-futuro-da-profissao-juridica-1.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2024.

MENDES, Viviane Alfradique Martins de Figueiredo. **Impactos da inteligência artificial nas carreiras jurídicas**: um mapeamento sistemático da produção científica internacional. Orientador: Jefferson de Barros Santos. 2023. 60 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2023.

MENDONÇA JÚNIOR, Cláudio do Nascimento; NUNES, Dierle José Coelho. Desafios e oportunidades para a regulação da inteligência artificial: a necessidade de compreensão e mitigação dos riscos da IA. **Revista Contemporânea**, v. 3, n. 7, p. 7753-7785, 2023.

MINISTRO Villas Bôas Cueva aponta urgência na regulamentação da inteligência artificial no Brasil. **Superior Tribunal de Justiça**, 17 abr. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/17042023-Ministro-Villas-Boas-Cueva-aponta-urgencia-na-regulamentacao-da-inteligencia-artificial-no-Brasil.aspx>. Acesso em: 13 fev. 2024.

REMUS, Dana; LEVY, Frank S. Can Robots be Lawyers? Computers, Lawyers and the Practice of Law. **SSRN**. 2016. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2701092](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092). Accessed in: 13 fev. 2024.

REINO UNIDO. Office for Artificial Intelligence. **Nacional AI Strategy**. Available at: [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/614db4d1e90e077a2cbdf3c4/National\\_AI\\_Strategy\\_-\\_PDF\\_version.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/614db4d1e90e077a2cbdf3c4/National_AI_Strategy_-_PDF_version.pdf). Accessed in: 13 fev. 2024.

RUSELL, Stuart; NORVIG, Peter. **Inteligência Artificial**. Trad. Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. Artificial Intelligence: implications for the Legal Profession, Adversarial Process and Rule of Law. **Oxford Legal Studies Research Paper**, n. 9, 2020. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3552131](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3552131). Accessed in: 13 fev. 2024.



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





.....

# RESPONSABILIDADE CIVIL NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

.....

*CIVIL LIABILITY IN THE ERA OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE*

Guilherme Raso Marques<sup>2</sup>

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Inteligência artificial e responsabilidade civil: o direito da concorrência e o seu escopo. 1.1. Os riscos da IA. 1.2. Propostas sobre a responsabilidade civil por danos da IA na União Europeia. 1.3. Propostas sobre a responsabilidade civil por danos da IA no Brasil. 2. Diretivas para uma adequada regulamentação da responsabilidade civil por danos causados pela IA. Conclusão. Referências.

---

1 - Mestre em Direito, especialista em Direito Público, em Direito Tributário, em Direito Empresarial e em Segurança de Dados, MBA em Gestão Pública. Ocupa o cargo de Procurador da Fazenda Nacional desde 2017, tendo atuado na defesa da União, recuperação de créditos públicos e consultoria administrativa e tributária. E-mail: raso.adv@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0003-2332-2125>.

**RESUMO:** A segunda década do século XXI marca o desenvolvimento sem precedentes da inteligência artificial. Potencializada pelas inovações decorrentes da Quarta Revolução Industrial e pela massiva produção de dados, a inteligência artificial ocupa espaços impensados há poucos anos. De assistentes pessoais a veículos autônomos, de suporte ao crédito à assessoria judicial, esse mecanismo está presente no cotidiano, oferecendo soluções e impondo desafios. Um desses desafios é a responsabilidade pelos danos causados pelos sistemas de inteligência artificial. Este artigo pretende examinar os problemas hoje enfrentados para a responsabilização civil por danos causados por esses sistemas, as propostas legislativas sobre o tema na União Europeia e no Brasil e as contribuições da doutrina para a questão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inteligência artificial. Responsabilidade civil. Regulamentação.

***ABSTRACT:** The second decade of the 21st century marks the unprecedented development of artificial intelligence. Powered by the innovations resulting from the fourth industrial revolution and the massive production of data, artificial intelligence occupies spaces that were unthinkable just a few years ago. From personal assistants to autonomous vehicles, from credit support to judicial assistance, artificial intelligence is present in everyday life, offering solutions and imposing challenges. One of these challenges is liability for damages caused by artificial intelligence systems. This article intends to examine the problems currently faced in civil liability for damages caused by these systems, the legislative proposals on the subject in the European Union and in Brazil and the contributions of doctrine to the issue.*

**KEYWORDS:** Artificial intelligence. Civil liability. Regulation.



## INTRODUÇÃO

O século XXI tem experimentado a Quarta Revolução Industrial, marcada pela convergência de tecnologias disruptivas que criam ou aprimoram produtos e serviços antes só vistos nas obras de ficção científica. Carros autônomos, assistentes virtuais, plataformas de *streaming*, *softwares* de reconhecimento facial e *chatbots* já não figuram apenas nos noticiários de tecnologia, mas permeiam o cotidiano em todo o mundo.

As pessoas já utilizam, em grande escala, produtos e serviços aprimorados pelo armazenamento e processamento em nuvem, pela impressão em três dimensões, pela nanotecnologia, transgenia, realidade aumentada e pela inteligência artificial. Embora todas essas tecnologias causem perplexidade e tragam riscos aos usuários e terceiros, é a inteligência artificial o foco das mais elevadas preocupações atualmente.

A inteligência artificial – ou simplesmente IA – não é uma criação deste século. Os primeiros desenvolvimentos remontam à Segunda Guerra Mundial, com o artigo de Warren McCulloch e Walter Pitts sobre as estruturas de raciocínio artificiais, em forma de modelo matemático, que imitam o sistema nervoso humano, sendo a expressão “inteligência artificial” utilizada pela primeira vez em 1956, na Conferência do Dartmouth College, em New Hampshire, nos Estados Unidos (Barbosa; Bezerra, 2020, p. 03).

Contudo, foi na segunda década do século XXI que a soma de alguns fatores, como a alta conectividade, o baixo custo computacional, a enorme quantidade de dados e o desenvolvimento do aprendizado de máquina levaram ao exponencial desenvolvimento das capacidades da IA. Hoje, produtos e serviços de diversas naturezas incorporam a IA para aprimorar suas funções ou inovar em funcionalidade, como se percebe nos *softwares* de pesquisa na internet, nas redes sociais, nos veículos autônomos e semiautônomos e nos mais diversos dispositivos (*smartphones*, *wearables*, eletrodomésticos robotizados, etc.).

Fato é que o atual estágio de desenvolvimento da IA oferece riscos aos usuários e terceiros, seja em razão dos vícios de desenvolvimento (falhas de concepção ou programação), erros de operação em razão da opacidade de determinados tipos de IA, como aquelas baseadas em aprendizado profundo (*deep learning*), vulnerabilidade a ataques cibernéticos ou mesmo em virtude dos vieses imperceptivelmente extraídos dos dados coletados. Não raras vezes, os vícios da IA têm ocasionado danos materiais e morais, o que leva os operadores do direito a questionarem a mais adequada forma de responsabilização civil.

Essa é a temática a ser abordada neste artigo, no qual será apresentado o atual estágio da legislação sobre a responsabilidade civil por danos causados por IA, as propostas legislativas em tramitação no Brasil, a nova legislação da União Europeia e as teses doutrinárias a respeito do tema. Ao final se fará uma análise crítica das propostas legislativas brasileiras, apontando-se, com suporte na doutrina e na jurisprudência, a forma mais adequada de responsabilidade civil por danos causados por IA.

## 1. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

### 1.1. Os riscos da IA

Em meados de 2022, o jornal *O Globo* divulgou um relatório da Administração Nacional de Segurança de Tráfego nas Estradas dos Estados Unidos que reportava 392 acidentes, entre julho de 2021 e maio de 2022, naquele país, envolvendo carros autônomos e semiautônomos. Em razão desses acidentes, cinco pessoas morreram, e outras seis ficaram gravemente feridas (Associated Press, 2022).

A notícia não espantou pelas consequências, pois milhares de pessoas são vitimadas todos os anos em razão de acidentes de trânsito. O que causou perplexidade foi o fato de máquinas autônomas causarem danos a seres humanos. Embora seja mais factível ser vitimado por um carro dirigido por uma IA, avultam exemplos de danos causados por dispositivos e *softwares* embebidos com essa tecnologia. Desde prisões indevidas por vieses racistas em *softwares* de reconhecimento facial, como reportado por Costa e Kremer (2022), a violentos levantes ocasionados por algoritmos maliciosos das redes sociais, como denunciado por Fischer (2023), os danos causados por IA avultam à medida que essa tecnologia permeia o cotidiano.

Segundo especialistas, o cenário é de ampliação dos riscos, “não [só] porque a IA tem cada vez mais se tornado um aspecto predominante do presente, mas porque será a tecnologia dominante do futuro” (Russel, 2021, p. 9). Assim também tem reconhecido Max Tegmark, ao observar:

Até agora, nossas tecnologias normalmente causam um número reduzido e limitado de acidentes, evitando que seus danos superassem seus benefícios. No entanto, à medida que desenvolvemos de maneira inexorável uma tecnologia cada vez mais poderosa, chegaremos inevitavelmente a um ponto em que até um único acidente poderá ser ruim o suficiente para superar todos os benefícios (Tegmark, 2020, p. 106).

Afora as previsões apocalípticas, certo é que o desenvolvimento e a crescente aplicação da IA aumentarão os riscos de danos aos usuários e terceiros, como reconheceu recentemente a Academia Brasileira de Ciências:

Apesar de potenciais benefícios e oportunidades, há evidências concretas de que as tecnologias de IA podem trazer danos para indivíduos, grupos, sociedades e para o planeta. Entre as preocupações, estão violações de privacidade, criação de ambientes anticompetitivos, manipulação de comportamentos e ocorrência de desastres ambientais. Algoritmos de aprendizado de máquina já permitem identificar e explorar vulnerabilidades e preconceitos — estes com casos já identificados de perpetuação, a exemplo de questões raciais e outras formas de discriminação (Almeida, 2023, p. 12).

Os riscos exponenciais levam a questionar se o ordenamento jurídico vigente oferece proteção adequada às vítimas de danos causados por inteligência artificial. A título de exemplo, questiona Tegmark “se um carro autônomo causa um acidente, quem deve ser responsabilizado — seus ocupantes, seu proprietário ou seu fabricante?” (Tegmark, 2020, p. 121).

Mas, definir o responsável pelo dano é só uma dimensão da responsabilidade. Também pululam dúvidas sobre a exigência da culpa, a solidariedade dos integrantes da cadeia de produção, a eventual coculpabilidade do usuário, nexos de causalidade e suas excludentes (teoria do risco



de desenvolvimento), espécies de danos e sua reparação e até mesmo sobre a responsabilidade em caso de danos causados por ação lícita.

Dado o escopo do presente trabalho, não serão abordadas todas as questões sobre a responsabilidade por danos causados pela IA. O objetivo aqui traçado é analisar as propostas legislativas em trâmite na União Europeia e no Brasil e formular um juízo crítico com suporte na doutrina e jurisprudência nacionais.

## 1.2. Propostas sobre a responsabilidade civil por danos da IA na União Europeia

Em outubro de 2020, o Parlamento Europeu editou uma resolução<sup>2</sup>, em consonância com o artigo 225 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, concernente à responsabilidade civil relacionada à inteligência artificial. O documento apontou riscos e lacunas no ordenamento dos Estados-Membros e instou a Comissão Europeia a legislar sobre o tema (União Europeia, 2020).

Almejando suprir as deficiências dos ordenamentos dos países membros da União Europeia, a resolução apresentou uma proposta de regulamento que muito avançou em termos de responsabilidade civil dos sistemas de IA. Ela definiu seu âmbito de aplicação (art. 2º); conceituou as partes interessadas (art. 3º); estabeleceu um regime de responsabilidade baseada no risco, inclusive prevendo a responsabilidade objetiva de operadores de sistemas de IA de alto risco (arts. 4º e 8º); estabeleceu limites e critérios de cálculo para a indenizações (arts. 5º e 6º); fixou prazos prescricionais diferenciados conforme o dano (arts. 7º e 9º); estabeleceu critérios para aferição da culpa (art. 10º); previu a responsabilidade solidária dos operadores dos sistemas de IA (art. 11º); e instituiu normas processuais para a ação indenizatória (art. 12º) (União Europeia, 2020). A proposta de regulamento, contudo, ainda não foi aprovada pelo Parlamento Europeu.

Em 28 de setembro de 2022, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de diretiva relativa à responsabilidade em matéria de inteligência artificial (União Europeia, 2022). A diretiva, ao contrário do regulamento, apontaria diretrizes para a legislação dos Estados-Membros, mas não teria a força cogente de um regulamento.

A proposta de diretiva reconheceu os potenciais e os riscos inerentes à aplicação da IA, apontou as medidas de controlo e prevenção de danos constantes no regulamento em discussão no Parlamento Europeu e observou que as atuais normas dos Estados-Membros carecem de abordagens e instrumentos específicos para a tutela de danos causados pela IA. A título de exemplo, apontou as seguintes dificuldades de demonstração da culpa e do nexo causal:

(3) Quando uma pessoa lesada pede uma indemnização por um dano sofrido, as regras gerais dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade culposa normalmente exigem que essa pessoa faça prova de uma ação ou omissão negligente ou intencional («facto culposo») por parte da pessoa potencialmente responsável por esse dano, bem como de um nexo de causalidade entre esse facto culposo e o dano em causa. No entanto, quando uma IA se interpõe entre a ação ou omissão de uma pessoa e o dano, as características específicas de determinados sistemas de IA, como a opacidade, o comportamento autónomo e a complexidade, podem tornar excessivamente difícil, ou mesmo impossível, à parte lesada

2 - Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial (P9\_TA 2020 - 0276).

cumprir este ônus da prova. Em especial, pode ser excessivamente difícil provar que um determinado dado de entrada da responsabilidade de uma pessoa potencialmente responsável causou um resultado específico de um sistema de IA que conduziu ao dano em causa.

(4) Nesses casos, o nível de reparação proporcionado pelas regras nacionais de responsabilidade civil pode ser inferior ao dos casos cuja causa do dano envolva outras tecnologias que não a IA. Tais lacunas em matéria de indemnização podem contribuir para um menor nível de aceitação social da IA e de confiança nos produtos e serviços assentes em IA (União Europeia, 2022, p. 18).

De acordo com seu art. 1º, item 1, a proposta de diretiva estabelece regras relativas à divulgação de elementos de prova sobre sistemas de IA de risco elevado, assim como ao ônus da prova em caso de ações de indenização por danos causados por esse tipo de sistema. São, portanto, duas regras estabelecidas que contribuem para a tutela da vítima em ação de responsabilidade civil por danos causados por sistemas de IA. A primeira delas, prevista no art. 3º, confere à vítima o direito de requerer ao juiz a requisição de elementos de prova pertinentes a um sistema de IA de risco elevado, suspeito de ter causado danos. A requisição deve ser precedida de tentativa da vítima de obter os elementos de prova do fornecedor e somente pode recair sobre provas necessárias e proporcionais para fundamentar uma ação indenizatória.

A desobediência à requisição judicial cria a presunção de descumprimento dos deveres de diligência na criação ou na disponibilização do sistema de IA, como a ausência de testes de qualidade, falta de transparência, não supervisão humana, cibersegurança deficitária ou não retirada ou recolhimento quando assim determinado. Trata-se, contudo, de presunção relativa, que pode ser elidida por prova do fornecedor.

A segunda regra, prevista no art. 4º da proposta de diretiva, institui a presunção de nexo causal entre um fato culposo e um resultado indesejado (resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado), desde que preenchidas todas as seguintes condições:

(a) O demandante demonstrou ou o tribunal presumiu, nos termos do artigo 3.º, n.º 5, a existência de culpa do demandado, ou de uma pessoa por cujo comportamento o demandado é responsável, consistindo tal no incumprimento de um dever de diligência previsto no direito da União ou no direito nacional diretamente destinado a proteger contra o dano ocorrido; (b) Pode-se considerar que é razoavelmente provável, com base nas circunstâncias do caso, que o facto culposo influenciou o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado; (c) O demandante demonstrou que o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado deu origem ao dano (União Europeia, 2022).

Como visto, a proposta de diretiva não tem a profundidade que a proposta de regulamento estabelece, além da precária força cogente.

A especificação da matéria de responsabilidade civil é de fato necessária, pois o projeto de regulamento sobre a IA que tramitava no Parlamento Europeu, ao tempo da proposta de diretiva, e que acabou sendo aprovado em março de 2024 como o “Regulamento sobre Inteligência Artificial P9\_TA 2024/0138” (União Europeia, 2024), não colmatou as lacunas no regime de responsabilidade civil dos Estados-Membros da União Europeia.

Embora tenha instituído todo um arcabouço normativo sobre a criação, aplicação e comercialização de tais sistemas, prevendo o adequado gerenciamento dos riscos e instituindo uma série de obrigações, controles e monitoramento da IA, o regulamento, declaradamente, não objetivou substituir ou sequer aprimorar os regimes de responsabilidade civil dos Estados-Membros da União Europeia.

O Regulamento sobre Inteligência Artificial tem um escopo mais amplo, consistente em melhorar o funcionamento do mercado interno e promover a adoção de uma inteligência artificial de confiança, centrada no ser humano, como declarado em seu art. 1º, item 1. Por isso, a teor do art. 1º, item 2, se limitou a estabelecer:

- a) Regras harmonizadas para a colocação no mercado, a colocação em serviço e a utilização de sistemas de IA na União; b) Proibições de certas práticas de IA; c) Requisitos específicos para sistemas de IA de risco elevado e obrigações para os operadores desses sistemas; d) Regras de transparência harmonizadas para determinados sistemas de IA; e) Regras harmonizadas para a colocação no mercado de modelos de IA de finalidade geral; f) Regras relativas à fiscalização do mercado, à vigilância do mercado, à governação e à aplicação da lei; g) Medidas de apoio à inovação, com especial ênfase nas PME, incluindo as empresas em fase de arranque (União Europeia, 2024).

Esse regulamento preencheu, por certo, o vazio normativo sobre os sistemas de IA, o que clareou a barreira entre o lícito e o ilícito na matéria, inclusive, arrolando práticas proibidas (art. 5º) e prescrevendo regras para a disponibilização de sistemas de IA (art. 8º, 16º, por exemplo). O regulamento também solucionou, no âmbito de sua aplicação<sup>3</sup>, o problema do responsável pelos danos causados por sistemas de IA, pois inseriu no seu âmbito de aplicação os fornecedores de sistemas de IA, os responsáveis por sua implantação, importadores, distribuidores, fabricantes e mandatários dos fornecedores (art. 2º, item 1). A esses atores da cadeia de IA a normativa impôs deveres e obrigações proporcionais ao risco oferecido pelos sistemas e estipulou sanções para as violações.

Mas, a disciplina do regulamento, declaradamente, não substituiu as normas sobre responsabilidade civil vigentes, como se infere do seu considerando nº 9:

- (9) [...] As regras harmonizadas estabelecidas no presente regulamento deverão aplicar-se em todos os setores e, em consonância com a abordagem do novo quadro legislativo, não deverão prejudicar a legislação da União em vigor, em particular em matéria de proteção de dados, defesa dos consumidores, direitos fundamentais, emprego, proteção dos trabalhadores e segurança dos produtos, que o presente regulamento vem complementar.

Consequentemente, permanecem inalterados e plenamente aplicáveis todos os direitos e vias de recurso concedidos nessa legislação da União aos consumidores e a outras pessoas em relação às quais os sistemas de IA possam ter um impacto negativo, nomeadamente no que diz respeito à indemnização por eventuais danos nos termos da Diretiva 85/374/CEE do Conselho [...] (União Europeia, 2024, p. 9/10).

3 - De acordo com o art. 2º, item 3, o Regulamento Europeu da IA não se aplica a sistemas de IA usados com fins militares ou destinados à segurança pública dos Estados-Membros.

Assim, permanecem lacunas nos regimes de responsabilidade civil dos Estados-Membros que justificam a continuação do debate, no Parlamento Europeu, sobre a proposta de regulação e sobre a proposta de diretiva, que seguem em tramitação.

### 1.3. Propostas sobre a responsabilidade civil por danos da IA no Brasil

No âmbito nacional, o primeiro documento oficial aprovado a tratar da IA foi a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), editada pela Portaria nº 4.617, de 6 de abril de 2021, e alterada pela Portaria nº 4.979, de 13 de julho de 2021, do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação.

Mesmo sem força de lei, a EBIA orienta as ações do Estado brasileiro para promover o desenvolvimento, pesquisa e aplicação ética da Inteligência Artificial. Ela tem como objetivos:

- Contribuir para a elaboração de princípios éticos para o desenvolvimento e uso de IA responsáveis.
- Promover investimentos sustentados em pesquisa e desenvolvimento em IA.
- Remover barreiras à inovação em IA.
- Capacitar e formar profissionais para o ecossistema da IA.
- Estimular a inovação e o desenvolvimento da IA brasileira em ambiente internacional.
- Promover ambiente de cooperação entre os entes públicos e privados, a indústria e os centros de pesquisas para o desenvolvimento da Inteligência Artificial (Brasil, 2024c, p. 7).

A estratégia se desdobra em três eixos transversais, sendo pertinente para o presente estudo o eixo “Legislação, regulação e uso ético”. A EBIA identifica a necessidade de estabelecer parâmetros legais que confirmam segurança jurídica quanto à responsabilidade dos diferentes atores que participam da cadeia de valor dos sistemas de IA e prescreve, nesse mesmo eixo transversal, uma importante ação estratégica, consistente em mapear barreiras legais e regulatórias ao desenvolvimento de IA no Brasil e identificar aspectos da legislação brasileira que requererem atualização (Brasil, 2024c, p. 22). Embora a EBIA seja o único documento oficial aprovado em âmbito nacional, algumas propostas legislativas que versam sobre a IA tramitam no Congresso Nacional.

A primeira delas é o Projeto de Lei nº 21/2020<sup>4</sup>, de autoria do Deputado Federal Eduardo Bismarck, PDT/CE. Como registra o art. 1º do projeto, ele estabelece princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança para o uso da inteligência artificial no Brasil e determina as diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, e entes sem personalidade jurídica em relação à matéria (Brasil, 2024b).

Apesar de inaugurar a discussão sobre a IA no Congresso Nacional, a redação original do projeto pouco avançou em matéria de responsabilidade civil. Limitou-se a definir os agentes de inteligência artificial e a reconhecer alguns direitos dos usuários, como o acesso à informação sobre os sistemas de IA. Também impôs pontuais deveres aos agentes, como a proteção dos dados

4 - Ao Projeto de Lei nº 21, de 2020, foram apensados os Projetos de Lei nº 240, de 2020; 4.120, de 2020; e 1.969, de 2021, que tramitam conjuntamente por identidade de matéria.

persoais, segurança cibernética e responsabilidade, na forma da lei, pelas decisões tomadas pelos sistemas de IA. O projeto se omitiu, contudo, quanto aos elementos da responsabilidade (culpa, dano e nexos de causalidade).

Durante a tramitação do aludido projeto, outros lhe foram apensados, somando contribuições ao que se entendeu ser uma tentativa açada de regulamentação, porque desde o início tramitou em regime de urgência e sem contribuições da sociedade civil organizada e partes interessadas. Após severas críticas ao projeto, foi constituída, no Senado Federal, uma comissão de juristas para apresentar um substitutivo.

O substitutivo avançou em alguns temas, especificando e ampliando os principais objetivos da aplicação da inteligência artificial. No que toca à responsabilidade civil, o projeto estabeleceu:

Art. 6º Ao disciplinar a aplicação de inteligência artificial, o poder público deverá observar as seguintes diretrizes: [...]

VI – responsabilidade: as normas sobre responsabilidade dos agentes que atuam na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial deverão, salvo disposição legal em contrário, pautar-se na responsabilidade subjetiva e levar em consideração a efetiva participação desses agentes, os danos específicos que se deseja evitar ou remediar e a forma como esses agentes podem demonstrar adequação às normas aplicáveis, por meio de esforços razoáveis compatíveis com os padrões internacionais e as melhores práticas de mercado [...]

§ 3º Quando a utilização do sistema de inteligência artificial envolver relações de consumo, o agente responderá independentemente de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores, no limite de sua participação efetiva no evento danoso, observada a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 4º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa [...] (Brasil, 2024a).

A partir de então, o PL nº 21/2020 passou a prever a responsabilidade subjetiva dos agentes de IA, ressaltando a responsabilidade objetiva para as relações de consumo (§3º) e em caso de danos causados por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público (§4º). Ambas as ressalvas parecem ociosas. A primeira, porque, em se tratando de dano decorrente de relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor derrogaria eventual lei sobre IA, dada a sua especialidade, conforme o art. 2º, §2º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942. A segunda, porque se limita a repetir dispositivo constitucional que não poderia ser derrogado por norma infraconstitucional (art. 37, §6º, da CR/88).

Por sua vez, a previsão de responsabilidade subjetiva para todos os demais casos não parece ser a solução mais consentânea com a reparação integral que preceitua a Constituição Federal (art. 5º, V e X) e o Código Civil (art. 927, *caput*). A exigência de demonstração da culpa pela vítima, a depender da natureza da relação jurídica e do risco apresentado pelo sistema de IA, pode lhe impor um ônus exacerbado, desequilibrando a situação processual.

Ao limitar a responsabilidade objetiva às relações consumeristas e às relações entabuladas com o Estado, o legislador excluiu outras situações em que a vítima ocupa posição de vulnerabilidade (técnica, principalmente), como as relações trabalhistas.

A proposta olvidou, ainda, as hipóteses de danos ambientais e nucleares, para as quais a legislação prevê responsabilidade objetiva, informada pela teoria do risco integral (para as quais não se admitem excludentes), conforme art. 14, §1º, da Lei nº 6.938, de 1981 e art. 4º da Lei nº 6.453, de 1977, respectivamente. Além disso, mesmo em relações civis e empresariais, pode estar presente a assimetria informacional entre o agente de IA e a pessoa jurídica contratante, o que criaria um obstáculo à tutela jurídica.

A diversidade das relações demanda alguma flexibilidade do regime de responsabilidade, como apontou o Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas na Nota Técnica sobre o substitutivo ao Projeto de Lei nº 21 de 2020:

Primeiro, a previsão de um único regime de responsabilidade em relação às ações danosas dos sistemas de inteligência artificial (sempre subjetiva, salvo previsão legal) desconsidera a diversidade dos sistemas de inteligência artificial, a multiplicidade de agentes envolvidos e a variedade de relações jurídicas presentes, que podem ter natureza civil, trabalhista, consumerista, entre outras. A inteligência artificial não é homogênea. Os sistemas são diferentes, operam em setores distintos e geram riscos diversos e, em grande medida, imprevisíveis. Deste modo, a atribuição de mais de um regime de responsabilidade, conforme os riscos apresentados pelos sistemas, à semelhança da proposta legislativa europeia, se mostra mais adequado. Ademais, a previsão de um único regime de responsabilidade é incompatível com o próprio inciso III do art. 6º do PL Substitutivo, que prevê gestão e intervenção proporcionais aos riscos concretos oferecidos por cada sistema (Fundação Getúlio Vargas, 2022, p. 20).

No mesmo sentido leciona Gabriela Buarque:

Não parece adequado consagrar, aprioristicamente, que a responsabilidade será sempre subjetiva ou objetiva, uma vez que o caso concreto pode apontar soluções diversas, a depender de tratar de uma relação civil, consumerista, empresarial ou trabalhista, sendo necessário pensar em um sistema múltiplo de responsabilidades, que considere a tipologia e a autonomia da IA, bem como os sujeitos envolvidos e a natureza da relação jurídica posta em apreciação (Buarque, 2022, p. 161).

Mais do que as peculiaridades das relações jurídicas, a responsabilidade deve ser diferenciada em razão do risco apresentado pelo sistema de IA. A natureza de alguns sistemas, o objeto e seu grau de transparência podem representar riscos maiores ou menores para os usuários e terceiros. Em determinados casos, esses fatores podem criar barreiras à identificação do ato culposos, como exemplifica a referida Nota Técnica da Fundação Getúlio Vargas:

Imagine-se, por exemplo, que, ocorrendo uma ação danosa do sistema de inteligência artificial, o agente se defendesse dizendo que o dano foi causado por uma operação autônoma do sistema. Diante da dificuldade de reconstituir as decisões humanas que estão na origem de ações do sistema, a vítima acabaria ficando sem a devida reparação ou indenização. (Fundação Getúlio Vargas, 2022, p. 21).

Para hipóteses em que uma atividade econômica cria um risco desproporcional à sociedade, o Código Civil prescreve o regime de responsabilidade objetiva baseado na teoria risco, hoje previsto no parágrafo único do art. 927. Veja-se a redação do dispositivo:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (Brasil, 2022).

Esclarecendo o que se entende por atividade de risco, leciona Flávio Tartuce:

Para esclarecer o que constitui essa atividade de risco, foi aprovado enunciado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, com a seguinte redação: “Enunciado n. 38. Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”. Desse modo, a nova previsão consagra um risco excepcional, acima da situação de normalidade (Tartuce, 2024, p. 523).

Como demonstrado acima, inúmeros são os riscos que a IA apresenta. Aplicada em determinados sistemas e produtos, essa tecnologia tem potencial para causar severos e permanentes danos aos direitos humanos, o que justificou, inclusive, a proibição de determinados empregos dessa tecnologia pelo novo Regulamento Europeu (art. 5º), assim como a classificação de alguns usos como sistemas de risco elevado, condicionando sua aplicação a uma série de requisitos, como se extrai do art. 6º (União Europeia, 2024).

Nos casos em que o sistema de IA oferece perigo ou risco desproporcional, principalmente aqueles carentes de transparência e explicabilidade, faz-se necessário adotar a responsabilidade objetiva para viabilizar a tutela dos usuários e terceiros. É o que recomenda a Nota Técnica da Fundação Getúlio Vargas:

De fato, diante da variedade dos sistemas de inteligência artificial, uma considerável parte deles, hoje, tem uma estrutura semelhante a outras tecnologias: se baseiam em softwares e são utilizados para realizar tarefas com riscos baixos ou inexistentes para as pessoas. Além disso, em muitos destes sistemas, é possível reconstituir as decisões humanas que estão na origem de ações específicas, de modo que a proposta de responsabilidade culposa merece estar no debate.

No entanto, para os sistemas de inteligência artificial que se baseiam em tecnologias como as redes neurais e os processos de autoaprendizagem e que funcionam a partir de um conjunto de instruções predeterminadas, sem estarem limitados a essas instruções, como visto, há a dificuldade de reconstituir as decisões humanas que estão na origem de ações específicas. Caso estes sistemas possuam um alto risco de causar danos a terceiros, merece atenção a proposta de responsabilidade objetiva baseada no risco (Fundação Getúlio Vargas, 2022, p. 22).

Na mesma linha advoga Gabriela Buarque:

O desconhecimento acerca do funcionamento exato da inteligência artificial pode acarretar dificuldades probatórias até mesmo para o fornecedor. O receio com o avanço da inteligência artificial também é fomentado pela ausência de conhecimento exato das capacidades e limitações da máquina.

É possível inferir que o reconhecimento de que não há pleno conhecimento da capacidade e de todo o funcionamento da máquina pode ser considerado um fator de caracterização de periculosidade intrínseca à inteligência artificial, atraindo, em diálogo de fontes, a teoria do risco, em conjugação com a cláusula geral de ressarcimento da vítima (Buarque, 2022, p. 93).

Portanto, ao adotar a responsabilidade subjetiva como regra geral, o Projeto de Lei nº 21/2020 falha em reconhecer a vulnerabilidade técnica e a assimetria de informação em relações jurídicas marcadas por essas nuances. Além disso, ignora o elevado risco que alguns sistemas de IA podem representar para a sociedade. Ademais, a deficiência do PL nº 21/2020 não se limita ao regime de responsabilidade, visto que o projeto não disciplina os demais elementos da responsabilidade civil, a exemplo da proposta de regulamento da responsabilidade civil por danos da IA apresentada ao Parlamento Europeu (União Europeia, 2020).

Outra proposta legislativa em trâmite no Congresso é o Projeto de Lei nº 2.338, de 2023<sup>5</sup>, de autoria do Senador Rodrigo Pacheco, do PSD/MG (Brasil, 2023). De acordo com o art. 1º, a proposta legislativa estabelece normas gerais de caráter nacional para o desenvolvimento, implementação e uso responsável de sistemas de inteligência artificial (IA) no Brasil, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e garantir a implementação de sistemas seguros e confiáveis, em benefício da pessoa humana, do regime democrático e do desenvolvimento científico e tecnológico.

De fato, o Projeto de Lei nº 2.338/2023 é mais abrangente e detalhado que o PL nº 21/2020, além de mais consentâneo com a ideia de que as vedações e obrigações impostas aos agentes de IA devem ser proporcionais ao risco do sistema. Por essas razões, o PL nº 2.338/2023 acabou substituindo o primeiro projeto.

No tocante à garantia dos direitos dos usuários, o PL nº 2.338/2023 avança substancialmente em relação ao anterior. Já no art. 2º, prevê como fundamentos da IA no Brasil a centralidade da pessoa humana, o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos, dentre outros direitos fundamentais. No art. 3º, elenca-se como princípios, por exemplo, a rastreabilidade das decisões durante o ciclo de vida de sistemas de inteligência artificial como meio de prestação de contas e atribuição de responsabilidades a uma pessoa natural ou jurídica, a prestação de contas, a responsabilização e a reparação integral de danos, a prevenção, precaução e mitigação de riscos sistêmicos derivados de usos intencionais ou não intencionais e de efeitos não previstos de sistemas de IA. O art. 5º, por sua vez, proclama vários direitos dos usuários, como o direito de ser informado quando interagir com sistemas de IA, o direito à explicação sobre decisões de IA, o direito de contestar tais decisões, o direito à determinação e à participação humana nessas mesmas decisões, o direito à não discriminação e à correção de vieses e o direito à privacidade e à proteção de dados.

5 - O projeto tem tramitação conjunta com os Projetos de Lei nºs. 5.051 e 5.691, de 2019; 21, de 2020; 872, de 2021; 2.338 e 3.592, de 2023; e 145, 146, 210 e 266, de 2024, por tratarem de tema correlato.

O PL supracitado também contribui para a tutela dos usuários, ao classificar e regulamentar o uso dos sistemas de IA de acordo com o risco que representam, inclusive proibindo certos usos. São vedados, por exemplo: i) as técnicas subliminares que tenham por objetivo ou por efeito induzir a pessoa natural a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança ou contra os fundamentos do art. 2º; ii) a exploração de vulnerabilidades de grupos específicos de pessoas naturais, tais como as associadas a sua idade ou deficiência física ou mental, de modo a induzi-las a se comportar de forma prejudicial a sua saúde ou segurança ou contra os fundamentos do art. 2º; e iii) o uso de IA, pelo poder público, para avaliar, classificar ou ranquear as pessoas naturais, com base no seu comportamento social ou em atributos da sua personalidade, por meio de pontuação universal, para o acesso a bens e serviços e políticas públicas, de forma ilegítima ou desproporcional (art. 14).

O projeto também avança em matéria de governança e conformidade, ao compelir os agentes de inteligência artificial a estabelecerem estruturas de governança e processos internos aptos a garantir a segurança dos sistemas e o atendimento dos direitos de pessoas afetadas (art. 19). Como medida preventiva, institui-se a avaliação de impacto algorítmico de sistemas de inteligência artificial como instrumento obrigatório para os agentes de IA de alto risco (art. 22).

Para garantir o cumprimento das normas legais, o projeto outorga ao Poder Executivo a competência para designar uma autoridade fiscalizadora incumbida do papel de órgão central de aplicação da lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação (arts. 32 e seguintes). Será também a autoridade fiscalizadora responsável por aplicar as sanções administrativas por descumprimento à lei, previstas no art. 36 do PL.

No tocante à responsabilidade civil, propriamente dita, a proposta em comento assim disciplina:

## **CAPÍTULO V**

### **DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Art. 27. O fornecedor ou operador de sistema de inteligência artificial que cause dano patrimonial, moral, individual ou coletivo é obrigado a repará-lo integralmente, independentemente do grau de autonomia do sistema.

§ 1º Quando se tratar de sistema de inteligência artificial de alto risco ou de risco excessivo, o fornecedor ou operador respondem objetivamente pelos danos causados, na medida de sua participação no dano.

§ 2º Quando não se tratar de sistema de inteligência artificial de alto risco, a culpa do agente causador do dano será presumida, aplicando-se a inversão do ônus da prova em favor da vítima.

Art. 28. Os agentes de inteligência artificial não serão responsabilizados quando:

I – comprovarem que não colocaram em circulação, empregaram ou tiraram proveito do sistema de inteligência artificial; ou

II – comprovarem que o dano é decorrente de fato exclusivo da vítima ou de terceiro, assim como de caso fortuito externo.

Art. 29. As hipóteses de responsabilização civil decorrentes de danos causados por sistemas de inteligência artificial no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), sem prejuízo da aplicação das demais normas desta Lei (Brasil, 2023).

Como se infere da redação do art. 27, o projeto atribui responsabilidade a fornecedores e operadores de sistemas de IA que causem danos patrimoniais ou morais, individuais ou coletivos, independentemente do grau de autonomia do sistema.

As definições de fornecedor e operador encontram-se nos incisos II e III do art. 4º do projeto e abrangem pessoas físicas ou jurídicas, de natureza pública ou privada, que desenvolvam sistema de IA para colocação no mercado ou aplicação em serviço, a título oneroso ou gratuito, bem como aqueles que empreguem ou utilizem tais sistemas em seu benefício, salvo se utilizado em atividade pessoal de caráter não profissional. Embora os conceitos de fornecedor e operador não mencionem expressamente o implantador, o importador, o distribuidor e o mandatário, como faz o art. 3º do regulamento europeu (União Europeia, 2024), a abrangência dada às suas definições pode, em uma interpretação extensiva, alcançar tais agentes.

Quanto aos danos, a reparação alcança os de natureza patrimonial e moral, sejam individuais ou coletivos. A proteção é equivalente à conferida pelo artigo 3º, alínea “i”, do regulamento europeu<sup>6</sup>. Contudo, fica aquém da proteção dada pelo Código de Defesa do Consumidor, que abrange também os danos difusos, a exemplo dos danos sociais<sup>7</sup> (art. 6º, inciso VI, da Lei nº 8.078, de 1990).

O regime de responsabilidade previsto no PL nº 2.338, de 2023, varia de acordo com o risco do sistema de IA. Respondem independentemente de culpa os fornecedores e operadores de sistemas de alto risco ou risco excessivo, definidos nos artigos 14, 15 e 17 do projeto. Por outro lado, fornecedores e operadores de sistemas não enquadrados nessas categorias estão sujeitos à responsabilidade subjetiva, mas com a culpa presumida. Assim, a eles caberá provar ausência de culpa, em clara inversão do ônus probatório. A responsabilidade, em qualquer caso, se dá na medida da participação no dano.

Quanto aos agentes, o projeto limita a responsabilidade a fornecedores e operadores, de modo que os danos causados em atividade pessoal de caráter não profissional ficam sujeitos ao regime de responsabilidade civil ordinário. Essa limitação não encontra paralelo na proposta de

6 - “Artigo 3.º Definições: Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: «Prejuízos ou danos»: consequência adversa que afete a vida, a saúde, a integridade física de uma pessoa singular, o património de uma pessoa singular ou coletiva, ou cause danos não patrimoniais significativos que resultem numa perda económica verificável; [...]” (União Europeia, 2024).

7 - “O professor titular da Universidade de São Paulo, Antônio Junqueira de Azevedo, propõe uma nova modalidade de dano: o dano social. Para ele, ‘os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu património moral - principalmente a respeito da segurança - quanto por diminuição na qualidade de vida’. O que se percebe é que esses danos podem gerar repercussões materiais ou morais. Nesse ponto, diferenciam-se os danos sociais dos danos morais coletivos, pois os últimos são apenas extrapatrimoniais.

O conceito mantém relação direta com a principiologia adotada pelo Código Civil de 2002, que escolheu entre um de seus regramentos básicos a socialidade: a valorização do nós em detrimento do eu, a superação do caráter individualista e egoísta da codificação anterior. Assim, os danos sociais decorrem de condutas socialmente reprováveis ou comportamentos exemplares negativos, como quer Junqueira de Azevedo”.

Os danos sociais são difusos, envolvendo direitos dessa natureza, em que as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis. A sua reparação também consta expressamente do art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor” (Tartuce, 2024, p. 508).

regulação da Resolução P9\_TA(2020)0276 do Parlamento Europeu (União Europeia, 2024), na qual as definições de operador (*frontend* e *backend*) alcançam qualquer pessoa singular ou coletiva que exerça um grau de controle sobre um risco relacionado com a operação e com o funcionamento do sistema de IA e que beneficie da sua operação ou que, de forma contínua, defina as características da tecnologia, forneça dados e preste serviços essenciais de apoio de *backend* e, por conseguinte, exerça igualmente algum controle sobre o risco ligado à operação e ao funcionamento do sistema de IA (art. 3º, E e F).

Considerando que uma pessoa natural, em atividade não profissional, ao desenvolver e operar um sistema de IA, pode causar danos expressivos a pessoas e instituições, como nos casos de *hackers*, parece adequado impor a ela um regime de responsabilidade mais severo que o ordinário, para garantir às vítimas uma proteção suficiente dos direitos fundamentais.

O nexo de causalidade, por sua vez, não poderá ser presumido, como previsto no art. 4º da Proposta de Diretiva Relativa à Responsabilidade em Matéria de Inteligência Artificial da União Europeia (União Europeia, 2022). Cumprirá à vítima provar a relação de causalidade entre a conduta do fornecedor ou operador de IA e o dano experimentado.

O art. 28 do projeto prevê duas excludentes de responsabilidade do fornecedor ou operador. Esses agentes não serão responsabilizados quando comprovarem que não colocaram em circulação, empregaram ou tiraram proveito do sistema de inteligência artificial ou quando comprovarem que o dano é decorrente de fato exclusivo da vítima ou de terceiros, assim como de caso fortuito externo.

A exclusão de responsabilidade em caso de fato de terceiro ou fortuito externo, aplicável nas hipóteses de ciberataques, por exemplo, é contraditória ao princípio da confiabilidade e robustez dos sistemas de inteligência artificial e segurança da informação, previsto no art. 3º, VII, do projeto. Também vai de encontro ao dever de adoção de medidas adequadas de segurança da informação, desde a concepção até a operação do sistema, previsto no art. 19, VI. As excludentes propostas podem sugerir a não adoção das precauções devidas para garantir a integridade dos sistemas, além de sujeitar os usuários e terceiros a riscos fora do seu controle.

A proposta legislativa também não esclarece se os danos causados por atividade de sistemas autônomos seria um fortuito externo. Dada a evolução desses sistemas, seria recomendável, pelo menos em IA de alto risco, atribuir responsabilidade ao fornecedor e operador, como o fez o art. 4º, item 3, da Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, que contém recomendações à comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial<sup>8</sup> (União Europeia, 2020).

Por fim, o art. 29 do PL nº 2.338, de 2023, ressalva a não aplicação do regime de responsabilização às relações de consumo, que permanecem sujeitas às regras previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), sem prejuízo à aplicação das demais normas do projeto. Observe-se, preliminarmente, que essa proposta legislativa foi omissa,

---

8 - O dispositivo prescreve: “Os operadores de sistemas de IA de alto risco não podem eximir-se da sua responsabilidade, alegando que agiram com a devida diligência ou que os prejuízos ou danos foram causados por uma atividade, um dispositivo ou um processo autônomo baseado no seu sistema de IA. Os operadores não são considerados responsáveis pelos prejuízos ou danos se estes tiverem sido causados por motivos de força maior” (União Europeia, 2020).

ao não ressaltar outras regras especiais vigentes no ordenamento, como a responsabilidade por dano ambiental, por dano nuclear e a responsabilidade no transporte de pessoas.

Mais eficiente do que prever todas as normas especiais seria adotar o princípio da primazia da norma mais favorável<sup>9</sup>, segundo o qual, havendo conflito entre duas ou mais normas vigentes e aplicáveis à mesma situação jurídica, deve-se preferir aquela que melhor tutele os direitos humanos.

No que diz respeito ao Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078, de 1990), nota-se maior proteção às vítimas por fato do produto ou serviço, não se resumindo à responsabilidade objetiva. No CDC há solidariedade na cadeia de fornecimento, admite-se a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, e o prazo prescricional é mais elástico do que o do Código Civil, por exemplo. Essa proteção é baseada na hipossuficiência do consumidor.

Ocorre que, em se tratando de sistemas de IA, a vulnerabilidade técnica e a assimetria informacional colocam os usuários em posição de vulnerabilidade na maior parte das relações jurídicas, até mesmo nas relações civis e empresariais. Um microempreendedor prejudicado por um sistema de IA de uma *big tech* não seria menos hipossuficiente do que uma pessoa natural em uma relação consumerista. Portanto, em matéria de inteligência artificial, faz-se necessário ampliar a proteção às vítimas, indo além das disposições do Código de Defesa do Consumidor, como sugere a Resolução do Parlamento Europeu P9\_TA(2020)0276, que contém recomendações sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à IA (União Europeia, 2020).

Para além do regime de responsabilidade objetiva, a proposta de regulamento veiculada pela dita resolução reconhece a solidariedade na cadeia de desenvolvimento e aplicação dos sistemas de IA; compele os agentes de IA a contratar seguro de responsabilidade; estabelece critérios e fixa limites para as indenizações; condiciona as ações de regresso à prévia indenização das vítimas; fixa prazos prescricionais mais elásticos em caso de danos à vida, à saúde ou à integridade física (30 anos); e obriga o produtor de sistemas de IA a cooperar e fornecer informações ao agente e IA e à vítima, caso se faça necessário para prova em ação indenizatória, entre outras regras protetivas (União Europeia, 2020).

Todavia, o que se tem visto na tramitação do PL nº 2.338, de 2023, não são avanços, mas retrocessos no tema da responsabilidade civil. Em novembro de 2023, o senador Marcos Pontes,

9 - O princípio da primazia da norma mais favorável tem sido aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, como se infere no seguinte acórdão: “HABEAS CORPUS” - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO LEGAL (LEILOEIRO OFICIAL) - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. [...] HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano (STF - HC: 91361 SP, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/09/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-03 PP-00430).

vice-presidente da Comissão Temporária Interna sobre Inteligência Artificial no país, responsável por analisar o relatório da comissão de juristas incumbida de aprimorar o PL nº 2.338, apresentou um controverso substitutivo ao projeto (Brasil, 2023b).

O substitutivo alterou a perspectiva de classificação do risco por atividade, ao adotar uma complexa tabela de pontuação baseada no impacto do sistema de IA sobre diversos fatores (ser humano, soberania e segurança nacionais, financeiro, material e ambiental). De acordo com o grau de impacto em cada fator, que pode variar de um a cinco, o risco é classificado em baixo, médio-baixo, médio, médio-alto e alto. A nova proposta também suprimiu a proibição de sistemas de IA de risco excessivo, e não previu avaliação de impacto algorítmico.

Quanto ao tema da responsabilidade civil, a proposta substitutiva atribuiu responsabilidade de acordo com a faixa de risco. Essa responsabilidade recairá sobre um ou alguns dos agentes de inteligência artificial<sup>10</sup>, a depender da classificação. Segundo o art. 18, a responsabilidade decorrente da utilização dos sistemas de IA de baixo risco se restringe ao operador ou usuário de sistema de IA que deliberadamente empregou a referida tecnologia. Nesse dispositivo, a responsabilidade decorre de uso indevido, falha em seguir instruções operacionais ou decisões tomadas com base nas informações fornecidas pela IA. Essa responsabilidade é excluída, se for demonstrado que o dano ocorreu por defeito intrínseco ao sistema, não relacionado ao uso ou operação.

O art. 19, a seu turno, disciplina a responsabilidade decorrente da utilização dos sistemas de IA de médio risco, fazendo-a recair sobre o desenvolvedor quando tais danos forem resultado de decisões autônomas tomadas pelo sistema. O dano, nesse caso, é provocado por falhas de projeto, deficiências nos algoritmos ou erros no processamento de dados, por exemplo. Se houver também mau uso, a responsabilidade recairá sobre o operador ou usuário.

Por fim, de acordo com o art. 20 do projeto substitutivo, em casos de sistemas de IA classificados como de alto risco, a responsabilidade por danos decorrentes de decisões autônomas tomadas pelo sistema recai integralmente sobre o desenvolvedor do sistema. Essa responsabilidade abrange danos resultantes de falhas de projeto, inadequações nos algoritmos, falhas na integração de dados e quaisquer outras deficiências técnicas ou de segurança, devendo o desenvolvedor garantir a implementação de medidas de segurança para minimizar os riscos.

Os três regimes de responsabilidade são subjetivos, ou seja, dependem da demonstração da culpa. No caso do operador ou usuário de sistemas de baixo risco, a responsabilidade requer uso deliberado da IA. Assim, se o operador ou usuário for negligente a ponto de usar o sistema inadvertidamente, ou seja, desconhecendo se tratar de uma IA, não responderá pelos danos causados.

Não parece adequada, ademais, a imputação de responsabilidade exclusivamente ao desenvolvedor em caso de dano resultante de decisões autônomas do sistema de médio ou alto risco.

---

10 - As definições constam no art. 2º do PL: “[...] II – Fornecedor ou desenvolvedor de sistema de inteligência artificial: pessoa natural ou jurídica, de natureza pública ou privada, que desenvolva um sistema de inteligência artificial, diretamente ou por encomenda, com vistas a sua colocação no mercado ou a sua aplicação em serviço por ela fornecido, sob seu próprio nome ou marca, a título oneroso ou gratuito; III – Operador de sistema de inteligência artificial: pessoa natural ou jurídica, de natureza pública ou privada, que empregue ou utilize, em seu nome ou benefício, sistema de inteligência artificial, salvo se o referido sistema for utilizado no âmbito de uma atividade pessoal de caráter não profissional; IV – Usuário de sistema de inteligência artificial: pessoa natural que empregue ou utilize sistema de inteligência artificial no âmbito de uma atividade pessoal; V – Agentes de inteligência artificial: fornecedores e operadores de sistemas de inteligência artificial; [...]” (Brasil, 2023b).

Em produtos e serviços com IA embarcada, em que o desenvolvimento da IA foi terceirizado, tal limitação significaria isentar o fabricante, o montador, o importador e todos os demais elos da cadeia de produção. Essa solução também dificultaria a identificação do responsável, e a garantia de indenização fica severamente comprometida, porque restrita a um elo da cadeia de produção.

Ademais, o substitutivo é omissivo em disciplinar os demais aspectos da responsabilidade, como as excludentes de responsabilidade (fortuitos, força maior, culpa exclusiva da vítima), nexo de causalidade, dano, critérios da indenização, prova e prescrição. Aliás, da forma como redigido, o capítulo que versa sobre a responsabilidade não oferece uma tutela proporcional aos riscos da IA e em nada inova o Código Civil, tornando-se completamente ocioso.

## **2. DIRETIVAS PARA UMA ADEQUADA REGULAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS PELA IA**

Até este ponto demonstraram-se os riscos inerentes à IA, o seu potencial lesivo aos direitos de usuários e terceiros. Também foram apresentados os projetos europeus e brasileiros que objetivam regulamentar a responsabilidade civil dos agentes de IA, assim entendidos todos os integrantes da cadeia de desenvolvimento, aplicação e comercialização de sistemas que se valem dessa tecnologia.

A abordagem de cada proposta normativa é bastante diversa. Das mais simplistas e conservadoras às mais completas e inovadoras proposições, fato é que não há consenso no Brasil ou na União Europeia sobre o modelo ideal. Por se tratar de uma tecnologia exponencial, com diversos níveis de sofisticação e segurança, com usos ainda não explorados, é difícil antever um regime ideal de responsabilidade civil.

Perspectivas mais futuristas, que vislumbram a autonomia completa da inteligência artificial, propõem até mesmo conceder-lhe personalidade, como registra Gabriela Buarque:

O Parlamento Europeu, tomando por base o art. 225 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, aprovou o um status legal específico para robôs. As comissões europeias são instituições que, entre outras funções, propõem legislações e programas de ação, e a resolução propugna por apresentar uma proposta legislativa e Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, de 31.5.2016. A resolução propõe à Comissão sobre as Regras de Direito Civil em Robótica, em seu item 59, alínea “f”, que seja criado regulatória sobre o desenvolvimento da robótica e da IA nas próximas décadas. (Buarque, 2022, p. 103)

Outros, com postura mais cautelosa, sugerem a não modificação da legislação enquanto não se delinearem as potencialidades da IA. É o caso de Nuno Souza e Silva:

Por agora, creio que se impõe prudência e uma busca de soluções dentro do quadro do sistema positivo, recorrendo, nos primeiros casos inovadores, à extensão teleológica. Não me parece avisado proceder - pelo menos nesta fase - a alterações legislativas. Será bom que a realidade teste o sistema com casos da vida, antes de fazermos precipitadas avaliações de um futuro que, por natureza, é desconhecido. (Souza e Silva apud Buarque, 2022, p. 116).

Para os que advogam a favor de uma maior cautela na alteração legislativa, a solução para os danos causados por sistemas de IA se extrairia da releitura de normas vigentes. O regime

de responsabilidade aplicável seria objetivo para as atividades de risco elevado, com suporte no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, ou o regime da responsabilidade por fato do produto ou serviço dos arts. 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor, para as relações consumeristas. É a posição sustentada por Gustavo Tepedino e Rodrigo da Guia Silva:

Como se percebe, o reconhecimento da configuração de atividades de risco a partir do emprego generalizado de sistemas de inteligência artificial parece a solução adequada, em linha de princípio, para o equacionamento da questão atinente à individualização do critério de imputação do regime de responsabilidade. O que não parece possível, ao revés, é a invocação indiscriminada e irrefletida da noção de atividade de risco. Deve-se, com efeito, lançar mão dos critérios desenvolvidos pela doutrina para a elucidação do que vem a ser atividade de risco para fins de incidência da correlata cláusula geral de responsabilidade objetiva. Há que se investigar detidamente, em cada atividade, à luz das especificidades dos respectivos sistemas e de seu contexto, a possibilidade de caracterização de atividade de risco.

Aduza-se, ainda, à possibilidade de aplicação do regime da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço previsto pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Afinal, a inteligência artificial pode ser utilizada no âmbito de atividades de fornecimento de produtos ou serviços ao mercado de consumo. Caso se configure relação de consumo à luz da disciplina do CDC, torna-se indubitosa a possibilidade de responsabilização de todos os fornecedores integrantes da cadeia de consumo pelos danos decorrentes de fato do produto ou serviço - resguardada, em qualquer caso, a necessidade de aferição dos demais elementos relevantes para a deflagração do dever de indenizar (Tepedino; Silva, 2019, p. 24)

Porém, como demonstrado acima, o regime de responsabilização objetiva somente tutelar as vítimas de IA de elevado risco, além de não solucionar questões relativas à prova do nexo de causalidade, aos danos sociais, à fixação de indenização, à prescrição, à solidariedade e, tampouco, prescrever normas que facilitem o acesso das vítimas à tutela jurisdicional.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, confere maior grau de proteção às vítimas, mas é restrito ao destinatário final do produto ou serviço. Não aborda, ademais, as soluções inovadoras em discussão na União Europeia, como prazos prescricionais mais elásticos em caso de danos à vida, integridade física e moral das pessoas naturais, a presunção do nexo de causalidade e o seguro obrigatório de responsabilidade civil.

Portanto, a proposta de aplicar os regramentos vigentes, ainda que relidos sob a ótica dos novos tempos, confere parca proteção aos direitos fundamentais das vítimas de danos ocasionados por sistemas de IA, em especial a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem e o direito à sua reparação integral (art. 5º, X, da Constituição Federal).

A proteção deficiente é, por si só, uma violação ao princípio da proporcionalidade, o qual, além de proibir o excesso, veda a insuficiência das medidas para a proteção dos direitos fundamentais. É o que leciona Ingo Wolfgang Sarlet em seus escritos sobre garantismo penal, mas cuja linha de raciocínio se aplica ao caso:

Nesta perspectiva, o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido — para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais — na sua dupla dimensão como proibição

de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio. A própria sobrevivência do garantismo (e, com ele, do Estado Democrático — e proporcional — de Direito) está em boa parte atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal e na capacidade de dar respostas adequadas (e, portanto, sempre afinadas com os princípios superiores da ordem constitucional) aos avanços de um fundamentalismo penal desagregador, do qual apenas podemos esperar a instauração do reinado da intolerância (Sarlet, 2006, p. 353-354).

Não se olvide, ademais, que a falta de um regulamento específico e condizente com as peculiaridades dos sistemas de IA gera insegurança no mercado, o que impacta no desenvolvimento de tais aplicações em solo brasileiro, em franco prejuízo ao desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República (art. 3º, II, da Constituição Federal).

Assim, faz-se necessária uma legislação sobre a responsabilidade dos sistemas de IA, que seja inovadora e abrangente, capaz de oferecer a tutela proporcional e eficiente às vítimas de danos, seja em relações cíveis, empresariais, trabalhistas, consumeristas ou de qualquer outra natureza, e garantir segurança ao mercado. Isso sem prejuízo de normas específicas para relações jurídicas marcadas por especial posição de hipossuficiência das vítimas, casos em que prevaleceriam as normas mais benéficas, desde que expressamente previsto o princípio da primazia da norma mais favorável.

Dada a sua abrangência, o modelo proposto na Resolução do Parlamento Europeu P9\_TA(2020)0276, que contém recomendações sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à IA (UNIÃO EUROPEIA, 2020) poderia servir de ponto de partida para a discussão nacional.

## CONCLUSÃO

A necessidade de uma legislação abrangente e inovadora para lidar com a responsabilidade dos sistemas de inteligência artificial é incontestável diante dos desafios e riscos que essa tecnologia apresenta. A falta de consenso quanto ao modelo ideal de regulamentação tanto na União Europeia quanto no Brasil reflete a complexidade do assunto e a diversidade de abordagens propostas.

Enquanto algumas visões mais futuristas defendem até mesmo conceder personalidade jurídica aos robôs, outras adotam uma postura mais cautelosa, argumentando pela aplicação dos institutos jurídicos vigentes, até que seja possível avaliar os impactos da IA. A proposta de aplicar os regramentos vigentes, mesmo reinterpretados sob a ótica dos novos tempos, revela-se insuficiente para proteger os direitos fundamentais das vítimas de danos causados por esses mecanismos. A proteção deficiente, por sua vez, configura uma violação ao princípio da proporcionalidade.

Assim, é imprescindível uma legislação inovadora, abrangente e capaz de oferecer proteção eficiente às vítimas de danos causados pela IA, em todas as espécies de relações jurídicas, bem como assegurar um regramento claro e previsível para conferir segurança ao mercado. A proposta de regulamentação prevista na Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de outubro de 2020, representa um importante exemplo nesse sentido.

Por outro lado, para evitar a derrogação de importantes direitos previstos para relações especiais, marcadas pela hipossuficiência de uma das partes, pode-se instituir o princípio da pri-

mazia da norma mais favorável à vítima. Assim, seria possível construir um sistema de responsabilidade civil condizente com os riscos que os diferentes sistemas de inteligência artificial apresentam, inovando e facilitando a tutela das vítimas e promovendo segurança jurídica necessária para o desenvolvimento nacional.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Virgílio Augusto Fernandes (Coord.). **Recomendações para o avanço da inteligência artificial no Brasil**. GT-IA da Academia Brasileira de Ciências. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Ciências, 2023.

ASSOCIATED PRESS. Carros semiautônomos se envolveram em 392 acidentes em 1 ano nos EUA. **G1**, 15 jun. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/inovacao/noticia/2022/06/15/carros-semiautonomos-se-envolveram-em-392-acidentes-em-1-ano-nos-eua.ghtml>. Acesso em: 22 abr. 2024.

BARBOSA, Xênia de Castro; BEZERRA, Ruth Ferreira. **Breve introdução à história da inteligência artificial**. In: Jamaxi, [S. l.], v. 4, n. 1, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufac.br/index.php/jamaxi/article/view/4730>. Acesso em: 27 mar. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 21/2020 (redação do substitutivo), de 29 de setembro de 2021**. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2082179&filename=SBT%201%20CCTCI%20=%3E%20PL%2021/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2082179&filename=SBT%201%20CCTCI%20=%3E%20PL%2021/2020). Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 21/2020 (texto original), de 04 de fevereiro de 2020**. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da inteligência artificial no Brasil e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1853928](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928). Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Brasileira De Inteligência Artificial (EBIA)**. Instituída pela Portaria MCTI 4.617/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti>. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2.338/2023 (texto original), de 04 de maio de 2023**. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9347622&ts=1713911560851&disposition=inline>. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2.338/2023 (Substitutivo), de 27 de novembro de 2023**. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Disponível em: <file:///C:/Users/Guilherme/Downloads/DOC-EMENDA-1---PL-23382023-20231127.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2024.

BUARQUE, Gabriela. **Responsabilidade civil e inteligência artificial**: os desafios impostos pela inovação tecnológica. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

COSTA, Ramon; KREMER, Bianca. Inteligência artificial e discriminação: desafios e perspectivas para a proteção de grupos vulneráveis diante das tecnologias de reconhecimento facial. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 16, p. 145-167, out. 2022. Número especial.

FISHER, Max. **A máquina do caos**: como as redes sociais reprogramaram nossa mente e nosso mundo. São Paulo: Todavia, 2023.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Marco legal da inteligência artificial**: nota técnica substituta ao Projeto de Lei 21/2020. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2022. Disponível em: [https://conhecimento.fgv.br/sites/default/files/2022-08/publicacoes/notatecnica\\_substituto\\_pl21\\_2020.pdf](https://conhecimento.fgv.br/sites/default/files/2022-08/publicacoes/notatecnica_substituto_pl21_2020.pdf). Acesso em: 22 abr. 2024.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Inteligência Artificial como oportunidade para a regulação jurídica. **Direito Público**, [S.l.], v. 16, n. 90, dez. 2019b. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3756>. Acesso em: 05 jul. 2020.”

KALLÁS FILHO, Elias; LEAL, Luciana Barboza. Risco de desenvolvimento no código de defesa do consumidor: atenuante da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. **Revista Jurídica Direito & Paz**. São Paulo, ano X, n. 38, p. 97-115, 1º semestre, 2018.

NASCIMENTO, Hérica Cristina Paes; SOUZA, Maique Barbosa de; OLIVEIRA, Patrícia da Silveira. A regulação da inteligência artificial e novos contornos para caracterização da responsabilidade civil. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. Encontro Virtual. v. 7. N. 2. p. 73-90, jul./dez. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2021.v7i2.8371>. Acesso em: 17 abr. 2024.

RUSSEL, Stuart. **Inteligência artificial a nosso favor**: como manter o controle sobre a tecnologia. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. Madrid, 2006, p. 303-354. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2151599.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2024

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.

TEGMARK, Max. **Vida 3.0**: o ser humano na era da inteligência artificial. São Paulo: Benvirá, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil**, Belo Horizonte, v. 21. P. 61-86, jul./set. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **P9\_TA (2020) 0276 Resolução do Parlamento Europeu** que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial, 20 de outubro de 2020. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276\\_PT.html#title1](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PT.html#title1). Acesso em: 19 abr. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho** relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA), 28 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496&from=EN>. Acesso em: 19 abr. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **P9\_TA (2024) 0138 Regulamento Inteligência Artificial Resolução legislativa do Parlamento Europeu** sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da união (COM (2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106 (COD)), 13 de março de 2024. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138\\_PT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_PT.pdf). Acesso em: 19 abr. 2024.



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



.....

# CONFORMIDADE FISCAL NOS CONTRATOS INTELIGENTES: ALIENAÇÕES IMOBILIÁRIAS *EM BLOCKCHAIN*

.....

## *TAX COMPLIANCE IN SMART CONTRACTS: REAL ESTATE DISPOSALS ON BLOCKCHAIN*

Anny Falcão Schwendler<sup>1</sup>

Ewerton Vinicius Pereira da Silva<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Terminologias e conceitos utilizados nas transações digitais e a legislação tributária aplicável no Brasil. 1.1. Conceituações de *blockchain*. 1.2 Análise de criptoativos, *bitcoins* e *sandbox* regulatório. 1.3 Normatização aplicável a *blockchain* e criptoativos. 1.4 Definição e aplicabilidade da *Drex*, moeda digital do Bacen. 2. Exame dos contratos inteligentes (*smart contracts*), conformidade fiscal, efetividade da arrecadação tributária, combate à fraude, transação imobiliária e do uso da declaração de operação imobiliária (DOI). 2.1 Conceituação e caracterização dos contratos inteligentes. 2.2 Dever de conformidade fiscal: uma responsabilidade do Estado dos cidadãos. 2.3 Contratos inteligentes como facilitadores da conformidade fiscal. 2.4 Transação imobiliária e a DOI: a ciência da alienação e do lucro da União. 3. Análise dos custos fiscais do sistema de *blockchain* nas contratações imobiliárias. Conclusão. Referências.

---

1 - Doutoranda em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Especialista em Direito Ambiental, Urbanístico e Imobiliário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Advogada atuante em Direito Imobiliário. E-mail: annyhfalcao@usp.br.

2 - Especialista em Direito Público pela Faculdade LEGALE. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Procurador da Fazenda Nacional. E-mail: ewertonvinciuspereira@gmail.com.

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar a tributação e a conformidade fiscal em operações imobiliárias, firmadas por meio de contratos inteligentes (*smart contracts*). A partir da abordagem dos métodos jurídico-teórico e jurídico-dogmático, averigua-se, inicialmente, as bases que conferem suporte a esses contratos, isso é, o sistema de cadeias em blocos (*blockchain*), as suas tecnologias correlatas (criptografia, criptoativos, *bitcoins*, *sandbox*, *Drex*) e o direito positivo a que se sujeita. Nesse sentido, parte-se das conceituações doutrinária e institucional da tecnologia *blockchain* e das normas aplicáveis. Ademais, este artigo sustenta-se em trabalhos científicos que exploram a teoria da exequibilidade dos *smart contracts*, que confere a esses contratos determinadas vantagens, tendo em vista a segurança jurídica assegurada. Examina-se, em seguida, a comunicação de transações imobiliárias à União, por meio da obrigação acessória de declarar a operação. Nesse aspecto, infere-se que é viável a adoção de contratos inteligentes, fundada em *blockchain* e nas alienações de imóveis, uma vez que essa troca de dados é segura. Por conseguinte, como resultado deste trabalho, constata-se que, pela segurança jurídica e confiabilidade, o sistema de cadeias em bloco é uma ferramenta apta a auxiliar na conformidade fiscal e, conseqüentemente, no combate a atos fraudulentos.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Smart contracts*. Sistema de cadeias em bloco. Conformidade tributária. Alienação de imóveis. Segurança jurídica.

**ABSTRACT:** *This article seeks to analyze taxation and tax compliance in real estate transactions, signed through smart contracts. From the approach of legal-theoretical and legal-dogmatic methods, the bases that support these contracts are initially investigated, that is, the block chain system (blockchain), the technologies that are related to it (cryptography, cryptoassets, bitcoins, sandbox, Drex) and the positive law to which it is subject. In this sense, we start from the doctrinal and institutional concepts of blockchain technology and present the applicable standards. Furthermore, this article is based on scientific work that explores the theory of enforceability of smart contracts, which provides them with certain advantages, with a view to ensuring legal security. We then examine the communication of real estate transactions to the Union, through the ancillary obligation to declare the transaction. In this aspect, it is inferred that the adoption of smart contracts, based on blockchain, in property sales is viable, considering the secure exchange of data. Therefore, as a result of this work, it appears that, due to legal security and reliability, the block chain system is a tool capable of assisting in tax compliance and, consequently, in combating fraudulent acts.*

**KEYWORDS:** *Smart contracts. Block chain system. Tax compliance. Disposal of real estate. Legal security.*

## INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, em face da aplicação das novas ferramentas tecnológicas ao direito contratual, as administrações fazendárias enfrentam desafios para a realização da conformidade fiscal. Isso se dá por força da roupagem moderna com que se apresentam as novas avenças no universo jurídico. Nesse sentido, surge o debate acerca da exigibilidade de conformidade fiscal dos contratos inteligentes, os quais se autoexecutam mediante comandos de codificação computadorizados, em plataformas descentralizadas – *blockchain* –, com ênfase na redução de custos.

Essa discussão reflete um dos inúmeros aspectos da chamada “economia digital”, ao buscar-se compreender como a norma tributária deve incidir nesse tipo de ajuste, sem perder de vista os objetivos de tributar de modo legítimo e de não retroceder ao ponto de dificultar ou de impedir mudanças evolutivas no direito contratual. Nessa concepção, há debates acerca do tratamento jurídico-tributário a ser dado ao sistema de cadeias em blocos (*blockchain*) e às aplicações digitais que lhe são correlatas, precipuamente no âmbito das alienações imobiliárias.

Frente à moderna perspectiva contratual, a fim de acompanhar as mudanças sociais no ramo de negociação de imóveis, a Secretaria da Receita Federal disciplinou a obrigatoriedade de os cartórios informarem à Fazenda Nacional operações de vendas e/ou de transferências desses bens. A exigência demonstra a aplicabilidade prática de como a conformidade fiscal precisa ser implementada, considerando o novo cenário econômico na seara das contratações imobiliárias.

Nessa linha de raciocínio, é relevante perquirir-se, sob uma ótica crítica e científica, de que modo o sistema de cadeias em bloco pode contribuir positivamente para a segurança jurídica, transparência e efetividade da conformidade fiscal no que tange às avenças imobiliárias. Concomitantemente a essa análise, é preciso debater, ainda, sobre a aplicabilidade das moedas virtuais (criptoativos) aos *smart contracts*, com realce no *bitcoin*, compreendido como um ativo descentralizado, cujo funcionamento é viabilizado pelo sistema de cadeias em bloco. Essa é a perspectiva de análise que este artigo propõe.

## 1. TERMINOLOGIAS E CONCEITOS UTILIZADOS NAS TRANSAÇÕES DIGITAIS E A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA APLICÁVEL NO BRASIL

### 1.1. Conceituações de *blockchain*

Para delinear a problemática em investigação, é pertinente iniciar este estudo com o exame do termo *blockchain*. Antecipadamente, destaca-se que não há uma definição universalizada da expressão. É possível afirmar, porém, que se trata de uma alternativa ao modelo de armazenamento de dados e operações digitais, que não depende de uma organização central ou hierárquica responsável pela intermediação, e cujos integrantes dispõe das mesmas capacidades e responsabilidades na manutenção do armazenamento de dados (Andrighi, 2018, p. 607).

Sobre o conceito, a Advocacia-Geral da União (2020, p. 5) assevera que um *blockchain* é um *software* que funciona como um livro-razão (também denominado *ledger*), distribuído por diversos terminais de uma rede – os “nós”. Segundo a Anbima (2019, p. 3), esse é um sistema em que os detalhes sobre as transações são mantidos em um registro público, sob a forma de blocos de informação (*blocks*, em inglês). Além disso, segundo literatura especializada, o princípio constitucional da segurança jurídica pode ser fortemente relacionado ao conceito de *blockchain*. Isso se

deve ao fato de que essa tecnologia viabiliza o registro de uma quantidade variada de informações e de dados que compõem um bloco, digitalmente certificado e criptografado, com a finalidade de dificultar sua adulteração por terceiros (Micheli, 2020, p. 55).

Nesse contexto, a terminologia *blockchain* pode ser explicada como uma plataforma digital que realiza o armazenamento, o processamento e a verificação de uma sucessão de transações em cadeia. A finalidade da mencionada tecnologia é, portanto, processar, com segurança, transações e compartilhar registros de forma automatizada e de acordo com a programação do sistema. Então, enquanto cadeia em blocos que armazena e registra dados digitalmente, pode-se inferir que o sistema de *blockchain*, ainda que novo, proporciona, em escala significativa, a segurança da informação, na medida em que é blindado pelo processo de criptografia. Como desdobramento dessa constatação, é salutar perquirir a relação que existe entre o *blockchain* e os criptoativos.

## 1.2. Análise de criptoativos, *bitcoins* e *sandbox* regulatório

Sinalizada e compreendida a informação de que a cadeia de *blockchain* é protegida pela tecnologia criptográfica, verifica-se a necessidade de detalhar tal observação. Nesse enfoque, é primordial entender, de início, que cada bloco do aludido sistema detém um *hash* criptográfico. A função *hash* consiste em uma equação matemática que é aplicada sobre uma sequência de *bytes* e, assim, cria um código chamado *message digest* – resumo de mensagem, conforme Manual de Segurança do SFN (2023, p. 30). Com essa codificação única, o sistema é cercado por confiabilidade, e os riscos de invasão são significativamente diminuídos.

Examinemos, agora, as definições e características dos criptoativos. Segundo a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais – Anbima (2019, p. 3), os criptoativos configuram o ativo representado digitalmente, com existência, integridade e titularidade protegidas por criptografia, tendo suas transações executadas e armazenadas por meio de tecnologia de registro distribuído ou compartilhado – *Distributed Ledger Technology* (DLT).

No plano legislativo, a Instrução Normativa n.º 1888/2019, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em seu artigo 5º, incisos I e II, preconiza os conceitos de criptoativo e *exchange* de criptoativo. Nesse contexto, criptoativo é 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, podendo ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, sem constituir moeda de curso legal. O *exchange* de criptoativo, por sua vez, é 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.

Dessa maneira, na Era digital, os criptoativos são concebidos como “moedas virtuais”, criadas com o intuito de fornecer aos sujeitos comerciais mais segurança, integridade e proteção nas operações implementadas digitalmente. O tipo mais conhecido do gênero criptoativos é o *bitcoin*. Há, contudo, outros exemplos, como *ethereum*, *bitcoin cash*, *ripple*.

O *bitcoin* é uma criptomoea que, de acordo com a Anbima (2019, p. 4), foi idealizada e desenvolvida em 2008, mediante a publicação de um artigo, elaborado por um programador

desconhecido, com o intuito de desenvolver um sistema de pagamento eletrônico entre partes, a partir do uso da criptografia como alternativa à confiança tradicionalmente colocada nas instituições que atuam como intermediários nesse segmento. Desse modo, a tecnologia consiste em um protocolo para a formação de consenso de forma descentralizada, já que não se enquadra no modelo de intermediação tradicional.

Ainda em consonância com a Anbima, os participantes da rede, denominados “mineradores”, investem em energia e capacidade de processamento para resolver os problemas matemáticos que permitem a eles validar novas operações. Os “mineradores” recebem um *token* nativo da rede (ou seja, um *bitcoin*). Tal sistemática procedimental é chamada de “prova-de-trabalho” (“*Proof-of-Work*”) e tem o intuito de produzir confiança, na medida em que a transação é incluída no *blockchain* apenas se um poder de computação suficiente for dedicado a encontrar a prova sobre a sua validade. Conclui-se, pois, que o *bitcoin* é uma moeda completamente digital, transacionada sem a necessidade de qualquer intermediação, em um banco de dados em que são registradas todas as transações entre os participantes da rede.

Uma outra discussão substancial diz respeito à viabilidade de implementação de *sandbox* regulatório no caso de criptoativos. É imprescindível, antes, compreender o conteúdo desse instituto de regulação e o contexto hodierno em que ele insere. De uma maneira recente, os avanços em campos tecnológicos, a exemplo do sistema *blockchain*, impactaram e permitiram um veloz desenvolvimento do mercado de negócios financeiros. Nesse contexto, Vianna (2019, p. 13), enfatiza que a tecnologia e o setor financeiro apresentam uma relação estreita, na qual o desenvolvimento de um sempre repercutiu no do outro, em uma constante evolução. Entretanto, o ritmo veloz das mudanças e inovações, nos últimos tempos, deu origem à expressão *fintech*, vocábulo que abrange empresas que desenvolvem tecnologias destinadas e aplicadas pelo mercado financeiro.

Nessas circunstâncias, analise-se o *sandbox* regulatório, que pode ser definido como um ambiente regulatório experimental e controlado, com a finalidade de desenvolver produtos, tecnologias e modelos de negócios inovadores, mediante instrumentos de operação dinâmica e flexível, que garantem mais segurança para seus participantes e estão sujeitos à avaliação pelos órgãos reguladores (Vieira, Campos, Alcântara, Melo; p. 339, 2024)

De acordo com o Banco Central do Brasil – Bacen – (2024), o *sandbox* regulatório surgiu em 2015, no Reino Unido e, contemporaneamente, está presente em diversos países europeus e asiáticos, na Austrália, no Canadá e em alguns países da África e do Oriente Médio. Ademais, a referida autarquia elenca os benefícios alcançados com o *sandbox* regulatório no Reino Unido, em consonância com o *Financial Conduct Authority* (FCA): promoção de competição mais efetiva no sistema financeiro; redução dos custos e do tempo de entrada de ideias inovadoras no mercado; mais facilidade na obtenção de *funding* para projetos inovadores; e a possibilidade de o regulador constituir uma relação mais próxima com o mercado, auxiliando na construção de critérios apropriados de proteção ao consumidor em novos produtos e serviços relacionados às tecnologias inovadoras aplicadas ao mercado financeiro.

Ainda no âmbito do Bacen, destacam-se a Resolução n.º 77, de 3/3/2021, que instituiu e disciplinou o Comitê Estratégico de Gestão do *Sandbox* Regulatório (CESB), e a Resolução n.º 50 de 16/12/2020, a qual elencou os requisitos para instauração e execução pelo Banco Central do Brasil do Ambiente Controlado de Testes para Inovações Financeiras e de Pagamento (*Sandbox* Regulatório) – Ciclo 1, bem como sobre os procedimentos e os requisitos aplicáveis à classificação e à autorização para participação nesse ambiente.

### 1.3. Normatização aplicável a *blockchain* e criptoativos

No que concerne ao regime jurídico aplicável ao comentado banco de dados (*blockchain*), frise-se que não há uma lei que trate exatamente da tecnologia em si. Nesse quadro, não existe um documento legislativo que discipline e regule, expressa e propriamente, a utilização de *blockchain*. Como se examinará a seguir, foram identificadas legislações que disciplinam normas acerca das funcionalidades correlatas ao sistema de banco de dados. Para melhor compreensão desse debate, aborda-se parte do conteúdo da Lei n.º 14.478/2022, conhecida popularmente como “Lei das Criptomoedas”, que dispõe acerca das diretrizes gerais a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais, bem como regulamenta as prestadoras de tais serviços.

De acordo com o artigo 2º dessa Lei, as prestadoras de serviços de ativos virtuais somente poderão funcionar no país mediante prévia autorização do órgão ou entidade da administração pública federal. Por conseguinte, no que concerne às transações que envolvam criptomoedas, o legislador exigiu que a prestadora de serviços de ativos virtuais tenha autorização prévia do poder público federal.

Já na seara penal (Aras, 2023), a Lei n.º 14.478/2022 alterou o parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 7.492/1986 (Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) para atualizar a definição de instituição financeira e equiparar à instituição financeira a pessoa jurídica que ofereça serviços referentes a operações com ativos virtuais, inclusive intermediação, negociação ou custódia. Com efeito, essa nova previsão assegura mais segurança jurídica para possíveis imputações criminais às pessoas físicas que dirigem, gerenciam e controlam empresas prestadoras de serviços de ativos virtuais, e, com isso, possibilita aos órgãos de persecução penal classificar devidamente condutas típicas a elas atribuíveis.

Como perquirido, para o cumprimento da legislação tributária, a Instrução Normativa n.º 1.888/2019, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, estabelece como dever a prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Receita Federal. Nesse sentido, os artigos 6º, 7º e 8º da instrução obrigam que investidores que movimentaram mais de R\$ 30 (trinta) mil em um mês em corretoras estrangeiras ou fora de corretoras prestem, mensalmente, informações sobre essas transações ao fisco federal, como data, tipo, titular da operação, criptoativos utilizados etc.

Observe-se, também, o Decreto n.º 11.563/2023 (Brasil, 2023), que deixou a cargo do BCB a regulamentação da prestação de serviços virtuais, assim como a autorização e supervisão das prestadoras respectivas, nos moldes exigidos pela Lei de Criptomoedas. Nessa seara, o Bacen (2024) estabeleceu, ainda para o ano de 2024, como etapas futuras e urgentes: desenvolver uma nova consulta pública sobre as normas gerais de atuação dos prestadores e de autorização; definir o planejamento interno em relação à regulamentação de *stablecoins*, sobretudo nas esferas de competência do Banco Central acerca dos pagamentos e do mercado de câmbio e capitais internacionais; e desenvolver e aperfeiçoar o arcabouço complementar para receber as entidades.

#### 1.4. Definição e aplicabilidade da *Drex*, a moeda digital do Bacen

Nesse ponto, é interessante, ainda, falarmos sobre a moeda digital do Bacen, chamada de *Drex*, a ser implementada. Segundo a autarquia (Bacen, 2024), a *Drex* permitirá a realização de diversas transações financeiras seguras com ativos digitais e contratos inteligentes que estejam à sua disposição. Esses serviços financeiros inteligentes serão liquidados pelos bancos dentro da plataforma *Drex* do Banco Central, que é um ambiente em desenvolvimento baseado na tecnologia de registro distribuído.

Para se ter acesso à plataforma *Drex*, será necessário um intermediário financeiro autorizado, como um banco, que fará a transferência do dinheiro depositado em conta para uma carteira digital da *Drex*, na qual poderão ser realizadas transações com ativos digitais com segurança. Aponta-se, ainda, que a *Drex* será desenvolvida em um ecossistema de registro distribuído (*Distributed Ledger Technology* — *DLT*), em que as movimentações financeiras e seus detalhes são registrados em diversos locais simultaneamente, de maneira a permitir o acesso, a validação e a atualização de todos esses registros em um banco de dados em rede. Com isso, a implementação dessa moeda promete modernizar o sistema bancário, reduzir custos com operações tradicionais e democratizar o acesso da população a uma variabilidade de transações financeiras seguras com ativos digitais e contratos inteligentes (Lentz, 2023).

Ao lado dessa pretensa modernização das transações bancárias mediante o uso da moeda digital em comento, sustenta-se, também, que a efetivação da *Drex* requer uma regulamentação adequada, a fim de assegurar a segurança jurídica das transações e a proteção dos direitos dos usuários a que se propõe o ativo virtual do Bacen. Por essa razão, elenca-se a necessidade de essa autarquia e a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil fixarem diretrizes e normas claras para o funcionamento dessa nova modalidade de moeda, especialmente em matéria tributária concernente aos contratos de compra e venda de imóveis. Isso porque, nessas avenças, serão gerados impactos na apuração do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e no recolhimento de tributos, cujo fato gerador compreenda os ganhos de capital (Bias, 2023).

## 2. CONTRATOS INTELIGENTES, CONFORMIDADE FISCAL E TRANSAÇÕES IMOBILIÁRIAS

### 2.1. Conceituação e caracterização dos contratos inteligentes

A tecnologia *blockchain* trouxe transformações nos negócios realizados digitalmente. De acordo com Wright (2015, p. 1), o bloco em redes é uma ferramenta tecnológica que tornou possível a criação dos contratos inteligentes. A ideia em que se sustenta os contratos inteligentes é a de que esses ajustes, em razão de sua incorporação em *hardwares* e *softwares*, apresentam mais segurança em suas cláusulas, na medida em que sua violação é mais difícil. Nesse cenário, nos contratos inteligentes, muitas cláusulas – como gravames, fiança, delimitação do direito de propriedade – podem ser incorporadas em *hardware* e *software*, de modo a tornar a violação do contrato custosa (Szabo, 1996).

Nessa perspectiva, nos contratos inteligentes, a incorporação dessas cláusulas em *hardwares* e *softwares* não dependeria da intervenção do poder público, a exemplo de um órgão judicial. Daí depreende-se uma característica típica dos *smart contracts*, qual seja, a sua automação, que pode ser concebida como a execução automática dos termos. Portanto, esse tipo de contrato

pressupõe uma exequibilidade singular, pois, a obrigatoriedade do cumprimento é garantida não por meio da mudança do comportamento das partes, mediante incentivo gerado pelas multas aplicadas em caso de violação contratual, tampouco pela força coercitiva estatal. Em verdade, a exequibilidade atrela-se à noção de que a execução no sistema será automática o que, obrigatoriamente, garantirá a realização da contrapartida contratual (Gobbo, 2022, p. 29 e 39).

## 2.2 Dever de conformidade fiscal: uma responsabilidade do Estado e dos cidadãos

Contemporaneamente, as atividades empresariais devem ser pautadas no cumprimento das normas de conformidade fiscal, o que, certamente, não é uma tarefa simples. Para a compreensão desta pesquisa e a fim de não se ter uma análise superficial da discussão, é necessário investigar, primeiro, a fundamentação e a implicação da referida conformidade para, em seguida, estudar o uso dos contratos inteligentes como medida que facilitaria o atendimento das obrigações fiscais e, conseqüentemente, o incremento arrecadatário dos tributos.

Como aludido, a conformidade fiscal é um dever, na medida em que não se trata de uma escolha do contribuinte. Reconhecê-la como uma obrigação significa associá-la à crescente implementação de instrumentos de *enforcement* na legislação tributária, por meio da influência de parâmetros internacionais indicados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), para tornar eficientes os mecanismos das administrações tributárias e combater eficazmente planejamentos tributários fraudulentos (Monteiro, 2022).

Trata-se, como se observa, de um contexto internacional no qual se examina a aplicação e a execução efetiva de deveres tributários com a finalidade de assegurar transparência e eficiência. Logo, sob a ótica da OCDE, cada Estado-nação, dentro do exercício de suas prerrogativas soberanas, deve primar pela conformidade fiscal, sem a qual não é possível cumprir a sua própria função constitucional de implementar direitos fundamentais.

No cenário jurídico brasileiro, são definidos como objetivos materiais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 3º, a construção social livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento econômico e social da nação; o combate à pobreza; a redução das desigualdades sociais; a busca pelo bem-estar de todos os indivíduos. Esse compromisso constitucional, se não realizado, torna-se mera promessa.

No entanto, a materialização dessas metas substanciais pressupõe a colaboração entre o Estado, como prestador imediato, e os cidadãos em geral, a partir do cumprimento dos ditames estabelecidos para a conformidade fiscal, objeto do presente estudo. Portanto, há o dever fundamental de conformidade tributária, detalhado ao longo do Código Tributário Nacional (CTN), como consectário do exercício da cidadania, de maneira a consagrar a corresponsabilidade sobre os encargos atribuídos pela norma constitucional, mirando no alcance das missões fundamentais do art. 3º (Monteiro, 2022).

## 2.3. Contratos inteligentes como facilitadores da conformidade fiscal

O problema desta pesquisa consiste em investigar como os *smart contracts* podem viabilizar a maior observância da normatização da conformidade fiscal e, em consequência disso, o incremento da arrecadação tributária. Recordar-se que os contratos inteligentes são caracterizados pela execução automática, porque independem da intervenção de órgãos estatais.

De acordo com Paulo Caliendo e Victoria Duarte (2019, p. 1.662-1.663), a mudança drástica do contexto econômico e tecnológico produziu e produzirá profundas alterações no sistema de tributação, arrecadação e fiscalização dos tributos. Os autores alertam, entretanto, para os riscos que poderão existir em relação à possibilidade de transações ilícitas em contratos inteligentes, em razão da falta de intermediários.

Com efeito, as autoridades fiscais devem buscar a compreensão aprofundada acerca de conceitos e metodologias atinentes aos contratos inteligentes, com o intuito de identificar adequadamente os fatos geradores e a devida incidência de tributação. Isso em razão da ausência de precedentes qualificados e de regulamentações específicas. Nessa perspectiva, esse objetivo exige um investimento significativo na capacitação dos profissionais que desempenham funções na administração tributária, em seus diferentes níveis de atuação, além do estabelecimento de diálogos e parcerias com especialistas em tecnologia, acadêmicos e representantes do setor privado, com vistas à troca de conhecimentos e experiências.

Novamente, consoante a Paulo Caliendo e Victoria Duarte (2019, p. 1666), o documento da *The Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*, desenvolvido pelo *WU Global Tax Policy Center* da Faculdade de Viena, indicou que o *blockchain* apresenta um potencial disruptivo ou, no mínimo, modernizador da forma de pagamentos de tributos. Como um dos aspectos centrais, o estudo enfatizou a possibilidade de obtenção instantânea e automática de informações acerca dos tributos, por meio da utilização de *smart contracts*, como um modo de assegurar o repasse dos valores ao fisco no momento em que a transação ocorrer. Por fim, os autores explicam que, além da probabilidade de reduzir os custos de transação, a implementação de contratos inteligentes pode reduzir, de modo substancial, o risco de fraudes e sonegação, na medida em que as informações podem ser ligeiramente verificadas, e os códigos restringem as possibilidades de alterações.

Institucionalmente, no contexto do sistema tributário federal brasileiro, a União, por meio da Receita Federal, tem voltado a sua atenção para a busca de técnicas, inclusive com a utilização de inteligência artificial, eficazes no monitoramento das atividades financeiras, especialmente no campo das criptomoedas. Para atingir esse objetivo, está em processo de desenvolvimento o projeto *Analytics*, cujo objetivo é a gestão e a supervisão das transações em criptomoedas. O projeto foi apresentado em evento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, ocasião em que se ressaltou o compromisso do Brasil em colaborar com outros países para combater fraudes e promover uma economia global mais segura e justa.

Na mesma ótica, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), tem sido aprofundado o debate acerca da aplicação da inteligência artificial na conformidade tributária. Nesse aspecto, destaca-se o portal “Regularize”, que é um canal digital de serviços prestados pela PGFN, a fim de potencializar o uso de mecanismos de vanguarda e facilitar a regularização dos contribuintes, a partir da utilização da inteligência artificial como um instrumento transversal apto a promover a conformidade fiscal. Dessa forma, a conformidade fiscal é um instrumento transversal com capacidade de gerar empregos e manter os níveis de atividade e de produção da economia. A intenção é, então, usar os novos meios tecnológicos na recuperação do crédito inscrito, no monitoramento patrimonial, na investigação fiscal e no combate à fraude fiscal estruturada.

As novas tecnologias permitem, atualmente, que a PGFN, mediante seu laboratório de jurimetria, tenha o mapeamento e o diagnóstico dos principais temas demandados, com recortes por regiões, juízos e varas. Nesse novo contexto, a aplicação das inovações tecnológicas no âmbito da jurimetria assegura uma triagem organizada dos dados e gera informações detalhadas e ágeis que apoiam a atuação da procuradoria na representação judicial em todo o país. Por conseguinte, constata-se que a tecnologia possibilita à administração tributária enxergar os contribuintes sob diferentes enfoques e perspectivas. É o que se depreende de matéria veiculada no endereço eletrônico da PGFN (Brasil, 2024).

Nesse sentido, para maior eficácia da conformidade fiscal no que tange aos contratos inteligentes, à luz das informações pesquisadas, identificamos a necessidade de investimento na modernização dos instrumentos da administração tributária, sobretudo aqueles aplicados na recuperação de crédito e no combate à fraude fiscal estruturada. Isso porque, a adoção de *blockchain* e de outros métodos da inteligência artificial, na seara fiscal, possibilita a obtenção e o monitoramento de informações instantânea e automaticamente.

#### **2.4. Transação imobiliária e a DOI: a ciência da alienação e do lucro da União**

Neste subtópico, são trabalhados aspectos das transações imobiliárias. O contorno aqui delineado é sobre o fato gerador da transmissão imobiliária e a ciência do ente tributante, a qual ocorre, dentre outros, por meio do recebimento da declaração de operação imobiliária realizada pelo agente competente.

Caso uma transação imobiliária seja realizada de maneira regular – por exemplo, quando da lavratura de uma escritura pública de compra e venda, posteriormente registrada no registro de imóveis competente, o que atesta a segurança jurídica e a fé pública dos atos realizados entre particulares –, haverá a obrigação tributária acessória de o tabelionato de notas emitir a declaração de operação imobiliária.

No entanto, a realidade brasileira contemporânea das transações imobiliárias é diversa: há a presença dos negócios jurídicos firmados pelas partes, como os chamados “contratos de gaveta” (Abreu, 2021) – realizados à margem da Lei de Registros Públicos –, que são negócios jurídicos de efeitos obrigacionais apenas entre as partes e juridicamente inseguros, dada a ausência de reconhecimento da fé pública. Ao poder público, então, resta o desconhecimento dessas tratativas, o que impossibilita o recolhimento tributário, ao mesmo tempo que tais transações experimentam insegurança jurídica nos mais diversos aspectos. O motivo comumente decorrente desses atos é criar subterfúgios para que os transmitentes possam se furtar do recolhimento dos custos cartorários e dos tributos incidentes na transação imobiliária. Essa situação demonstra a inocência sobre os demais efeitos que uma transação realizada de tal maneira pode trazer às partes envolvidas.

A mais recente regulamentação complementar em âmbito federal foi realizada pela Secretaria da Receita Federal por meio da Instrução Normativa n.º 2.186/2024, que trouxe facilidades aos agentes responsáveis pela formalização da declaração, de acordo com as mudanças no modo de negociação desses imóveis. A referida instrução, em seu artigo 4º, prevê os sujeitos que devem cumprir a obrigação acessória de declarar a operação imobiliária. Anteriormente, a previsão legislativa que instituiu, no ordenamento jurídico brasileiro, a declaração de operação imobiliária constava no artigo 8º da Lei n.º 10.426/2002.

Quanto aos contratos eletrônicos que formalizam alienação de imóveis – seja qual for a denominação, ou se, na transação, há a satisfação da obrigação mediante pagamento –, somente será finalizada com a lavratura de escritura pública e posterior registro, consoante à previsão da Lei de Registros Públicos. No entanto, poderiam os entes públicos manifestarem ciência dessas transações antes mesmo da possível lavratura da escritura pública? Pensa-se que não. Não há previsão normativa que regulamente a obrigação de, por exemplo, as assinaturas de tais instrumentos, realizadas por chaves ICP ou por plataformas de assinatura eletrônica, serem capazes de comunicar ao ente federal a realização da transação entre particulares, para efeitos tributários. Nessa perspectiva, o *blockchain* apresenta-se como o ambiente que possibilitaria essa comunicação por intermédio do cruzamento de dados, conforme explicou-se nos tópicos anteriores.

### 3. ANÁLISE DOS CUSTOS FISCAIS NO SISTEMA DE *BLOCKCHAIN* IMPLEMENTADO NAS CONTRATAÇÕES IMOBILIÁRIAS.

A partir da década de 1980, o conjunto dos custos operacionais ficou conhecido como *Compliance Costs of Taxation* – Custos de Conformidade à Tributação. Esses custos, que não são propriamente a tributação, refletem a conformidade fiscal. Assim, além da tributação, o Estado lança mão de outras formas para atingir seus objetivos institucionais, na busca de assegurar direitos fundamentais, como saúde, educação, segurança, moradia, transporte, lazer, previdência social, trabalho, assistência aos desamparados e cultura.

Essa outra faceta, que caminha ao lado do poder estatal de exigir tributos, na forma autorizada em lei, diz respeito à necessidade de as atividades desenvolvidas pelos cidadãos estarem pautadas, também, no cumprimento da legislação tributária, que disciplina, por exemplo, a entrega de declarações, a manutenção de registros contábeis etc. Nessa seara, a partir de seu artigo 194, o Código Tributário Nacional – CTN desenha um quadro normativo em que estão inseridas regras aplicáveis à administração tributária e aos contribuintes.

Dentro dessa perspectiva, também pode ser trabalhada a ideia de que a conformidade fiscal não se restringe somente ao cumprimento dos preceitos da legislação tributária. Com efeito, para além de atender às exigências legais, a conformidade requer, ainda, a obediência a preceitos morais de honestidade e de transparência das condutas empresariais. Trata-se da aplicação do *compliance* na seara fiscal, conforme nos diz Giovanini (2014, p. 20).

É importante, ainda, examinar em que medida os custos fiscais mencionados são afetados quando se faz, por exemplo, uma transação imobiliária mediante o uso de *blockchain*. Antes, é necessário apontar que uma série de tributos incidem nos contratos de alienação de bens imóveis. Na transferência dessas coisas, incidem o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), a cargo, em regra do comprador; o Imposto de Renda (IR) sobre o Ganho de Capital, às expensas do vendedor, quando houver outro bem em dação, sobre a diferença entre o preço de compra e de venda; o Imposto sobre a Transmissão Causa *Mortis* e Doação (ITCMD), na hipótese de herança ou doação, entre outros. Da mesma maneira, nesse tipo de avença, há custos cartorários relativos ao registro do imóvel para oficializar a transferência do bem imóvel e a lavratura da escritura pública. Todos esses dispêndios são cobrados dentro de uma ótica tradicional de alienação. Investiga-se, então, como seriam essas exações em transações imobiliárias executadas por intermédio de *blockchain*.

Rememore-se o significado da terminologia *blockchain*, já analisada na presente pesquisa.

Trata-se de uma plataforma digital que armazena, processa e verifica uma sucessão de transações executadas em cadeia. Essa tecnologia possibilita o registro de uma quantidade diversificada de informações e dados, componentes do bloco, digitalmente certificada e criptografada, o que dificulta qualquer tentativa de modificação fraudulenta por terceiros.

O sistema de *blockchain* tem sido discutido, atualmente, no âmbito dos contratos de corretagem imobiliária. Em reportagem veiculada na revista digital *Exame*, de 8 de abril de 2024, noticiou-se que o Conselho Federal de Corretores de Imóveis (Cofeci) anunciou o uso do sistema *blockchain* oficial da instituição como medida obrigatória para todos os corretores de imóveis do Brasil. Essa medida objetiva modernizar o processo de fiscalização do exercício da atividade de intermediação imobiliária ante às novas tecnologias utilizadas pelo mercado imobiliário. Em consequência, com a implementação do novo sistema, todos os contratos feitos pelos corretores de imóveis vão migrar para o novo sistema, tornando-se contratos inteligentes. E todas essas operações, bem como as demais operações na rede, como pagamentos, serão feitas totalmente no *blockchain*, inclusive com o uso de *tokens* e a incidência de taxas de transação (Cointelegraph, 2024).

Além dessa iniciativa, podemos destacar, também, uma outra aplicação hodierna do uso de *blockchain* na movimentação mercadológica imobiliária. Podem ser apontados, então, o Provimento n.º 38/2021, publicado pela Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que regulamentou “a lavratura de escrituras públicas de permuta de imóveis com contrapartida de tokens/criptoativos e o respectivo registro imobiliário pelos Serviços Notariais e de Registro do Rio Grande do Sul” (TJRS, 2021), e o Provimento n.º 87/2022, publicado pela Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, que estabeleceu as regras e as diretrizes para lavratura de escritura de permuta entre um bem imóvel e criptoativos.

Assevera-se, ademais, que, até o presente momento, não há no Estado brasileiro qualquer regulamentação concernente ao uso de criptoativos em transações imobiliárias. Existe, como examinado, a Lei n.º 14.478/22, que estabelece diretrizes para a prestação de serviços de ativos virtuais, incluindo criptoativos. No entanto, essa norma não trata, diretamente, do pagamento de alienações imobiliárias. Dadas as circunstâncias, constatamos a necessidade de uma normatização específica que aborde essa modalidade de transação e lhe confira segurança jurídica.

No que tange aos efeitos causados nos custos fiscais a partir da aplicação do sistema de *blockchain* às alienações de bens imóveis, é essencial avaliar quais seriam os eventuais efeitos e as consequências nessa hipótese. Aponta-se, primeiro, que a adoção dessa ferramenta digital pode reduzir o custo da conformidade fiscal, assim como do processo de cálculo e de recolhimento de tributos, com a transparência e a uniformização que a cadeia em blocos proporciona. A diminuição desse custo se daria mediante oportunidades de racionalização e simplificação no processo de troca de dados e informações entre contribuintes e as autoridades fazendárias; uniformização e cruzamento de informações fiscais prestadas em cumprimento às obrigações acessórias; uso de contratos inteligentes no gerenciamento de tributos, com a possibilidade de cálculo instantâneo dos tributos indiretos sobre as vendas de mercadorias e prestação de serviços (Moura, 2022).

Elenca-se, no mesmo sentido, que as administrações fiscais têm buscado aplicar o *blockchain* para simplificar e agilizar a quitação de tributos. Essa medida pode abrir caminho para uma abordagem mais ampla acerca da digitalização da tributação, da maior segurança na gestão tributária e da maior integração entre impostos, suprimentos e vendas (Grant, 2018).

## CONCLUSÃO

Considerando as mudanças tecnológicas que exercem influência nos novos ajustes contratuais, esta pesquisa examina a maneira pela qual deve ser implementada a conformidade fiscal dos contratos inteligentes concernentes a alienações imobiliárias.

A partir das informações verificadas, nota-se que o uso do sistema de cadeias em blocos é um instrumento capaz de tornar efetivas a conformidade e a arrecadação tributária. Contudo, para isso, observa-se a necessidade de a administração fazendária modernizar-se, no sentido de se adaptar às novas ferramentas digitais, notadamente no controle e na fiscalização da autoexecutoriedade dos *smart contracts*.

Ademais, o *blockchain* mostra-se apto a garantir segurança jurídica, confiabilidade e integridade às informações por ele tratadas, porque o faz com base em códigos criptografados, cujas alteração ou adulteração são difíceis. Com isso, a estrutura em blocos confere proteção ao sistema contra condutas fraudulentas e riscos de invasão, o que demonstra eficiência e confiabilidade. Da mesma maneira, da construção teórica deste trabalho, infere-se que o *blockchain* oferece outra vantagem relevante, que é assegurar a mitigação do custo da atividade fiscalizatória do fisco, na medida em que proporciona a troca de informações entre os contribuintes e a administração tributária de forma instantânea e segura, sem a necessidade de operações e comandos manuais. Como mencionado, chama-se essa nova conjuntura de “digitalização da tributação”.

Portanto, como resultado desta investigação, depreende-se que o uso de contratos inteligentes, com base em *blockchain*, é adequado e aplicável à consecução do dever de conformidade fiscal, precipuamente nas avenças imobiliárias. Esta, inclusive, é uma solução inovadora identificada por esta pesquisa, que pode ser adotada no âmbito da administração tributária como forma de se modernizar e de acompanhar as mudanças na seara jurídica.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Franciny Beatriz. O “caixa-dois” de imóveis no Brasil: os contratos de gaveta e seus efeitos econômico-sociais. **Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**, [s. l.], 26 mar. 2021, p. 13. Disponível em: <https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/o-caixa-dois-de-imoveis-no-brasil-os-contratos-de-gaveta-eseus-efeitos-economico-sociais>. Acesso em: 28 ago. 2024.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS - ANBIMA. **Criptoativos**: introdução sobre os conceitos, usos e responsabilidades associados a esses instrumentos, publicado em 03 de junho de 2019. Disponível em: [https://www.anbima.com.br/data/files/17/94/55/B2/2FD8D61078F0C4D69B2BA2A8/Estudo%20sobre%20Criptoativos%20\\_GT%20ICO%20e%20Cripto\\_.pdf](https://www.anbima.com.br/data/files/17/94/55/B2/2FD8D61078F0C4D69B2BA2A8/Estudo%20sobre%20Criptoativos%20_GT%20ICO%20e%20Cripto_.pdf) Acesso em: 20 ago. 2024.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O surgimento da tecnologia blockchain e dos contratos inteligentes (smart contracts): funcionamento e desafios jurídicos. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. v. 3.

ARAS, Vladimir. Os aspectos penais da Lei Brasileira dos Criptoativos. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n.º 88, abr./jun. 2023. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3978934/Vladimir+Aras\\_RMP-8810.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3978934/Vladimir+Aras_RMP-8810.pdf) Acesso em: 23 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. XII Encontro Internacional do CONPEDÍ Buenos Aires – Argentina, 2023, Florianópolis. **Anais eletrônicos**. Florianópolis: UFSC, 2023. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/w7dsqk3y/43wvq0a2/A02YL6oV07OFhMRQ.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2024.

BIAS, Hebert Resende. Hebert Resende Bias. A nova moeda digital DREX: uma análise jurídica. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/395349/a-nova-moeda-digital-drex-uma-analise-juridica> Acesso em: 23 ago. 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução BCB nº 77, de 3 de março de 2021**. Institui o Comitê Estratégico de Gestão do Sandbox Regulatório (CESB) e divulga seu Regulamento. Brasília, Diário Oficial da União, publicado em 05 de março de 2021, página 32/33, seção 1. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=77>. Acesso em: 23 ago. 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Confira os próximos passos da regulação dos criptoativos e dos prestadores de serviços de ativos virtuais**. Publicado em 20 de maio de 2024. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/811/noticia>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, Diário Oficial da União, publicado em 27 de outubro de 1966, página 12.451, seção 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5172-25-outubro-1966-358971-norma-pl.html>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 10.426 de 24 de abril de 2002**. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União, publicado em 25 de abril de 2002, página 1, seção 1. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10426.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10426.htm). Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 14.478 de 21 de dezembro de 2022**. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros; e altera a Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986, que define crimes contra o sistema financeiro nacional, e a Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre lavagem de dinheiro, para incluir as prestadoras de serviços de ativos virtuais no rol de suas disposições. Brasília, Diário Oficial da União, publicado em 22 de dezembro de 2022, página e, seção 1. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14478&ano=2022&ato=c12ITVE9kMZpWTf4c> Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 11.563, de 13 de junho de 2023**. Regulamenta a Lei n.º 14.478, de 21 de dezembro de 2022, para estabelecer competências ao Banco Central do Brasil. Brasília, Diário Oficial da União, página 9, seção 1. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=11563&ano=2023&ato=5ccQTR610MZpWTd2c>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. **PGFN aprofunda debate sobre a aplicação da Inteligência Artificial na conformidade tributária**, Ministério da Fazenda, publicado em 10 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/2023/pgfn-aprofunda-debate-sobre-a-aplicacao-da-inteligencia-artificial-na-conformidade-tributaria>. Acesso em: 23 ago. 2024.

CALIENDO, Paulo; DUARTE, Victoria. Smart contracts e o futuro da tributação: breve análise das possibilidades e desafios para a tributação decorrente do uso de smart contracts. **RJLB**, Ano 5 (2019), n.º 6. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019\\_06\\_1647\\_1673.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1647_1673.pdf). Acesso em: 23 ago. 2024.

COINTEGRAPH. Contratos de imóveis no Brasil vão ser registrados em plataforma blockchain. **Exame**, Future of Money, publicado em 08 de abril de 2024. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/contratos-imoveis-brasil-registrados-plataforma-blockchain/> Acesso em: 23 ago. 2024.

DEPARTAMENTO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL – DEINF. **Manual de Segurança do Sistema Financeiro Nacional**. Versão 5.06. Brasília, 1º de agosto de 2023. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/cedsfm/Manual%20de%20Seguran%C3%A7a%20do%20SFN-v5\\_06.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/cedsfm/Manual%20de%20Seguran%C3%A7a%20do%20SFN-v5_06.pdf) Acesso em: 17 ago. 2024.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. 1ª Ed. São Paulo. 2014.

LENTZ, Thais. A nova moeda digital Drex. **Revista Consultor Jurídico**, publicado em 13 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-13/thais-lentz-moeda-digital-drex/>. Acesso em: 21 ago. 2024.

GOBBO, Leandro Oliveira. **Smart contracts e o direito contratual brasileiro**. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília 2022.

GRANT, Thorton. **Taxation in real-time: Gearing up for blockchain**. Disponível em: <https://www.grantthornton.com/mt/globalassets/1.-member-firms/malta/pdfs/taxationin-real-time-blockchain.pdf>. Acesso em: 25 ago.2024.

MICHELI, Leonardo Miessa De. **Blockchain, criptoativos e os títulos circulatórios do Direito Comercial**. 2020. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. doi:10.11606/T.2.2020.tde-16032021-000650. Acesso em: 02 set. 2024.

MOURA, Fernando. Blockchain pode fazer parte do futuro tributário do Brasil? **Revista Consultor Jurídico**, publicado em 04 de dez. de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-04/fernando-moura-blockchain-futuro-tributario/>. Acesso em: 25 ago. 2024.

REZENDE MONTEIRO, Stefano. Dever Fundamental de Conformidade Tributária e a Nova Relação entre o Contribuinte e o Estado. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n.º 51, p. 407–429, 2022. DOI: 10.46801/2595-6280.51.16.2022.2150. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2150>. Acesso em: 30 ago. 2024.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Instrução Normativa n.º 1888, de 03 de maio de 2019**. Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB). Brasília, Diário Oficial da União, publicado em 07 de maio de 2019, página 20, seção 1. Disponível em: [http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=100592#:~:text=IN%20RFB%20n%C2%BA%201888%2F2019&text=Institui%20e%20disciplina%20a%20obrigatoriedade,Federal%20do%20Brasil%20\(RFB\)](http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=100592#:~:text=IN%20RFB%20n%C2%BA%201888%2F2019&text=Institui%20e%20disciplina%20a%20obrigatoriedade,Federal%20do%20Brasil%20(RFB).). Acesso em: 16 ago. 2024.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Instrução Normativa n.º 2.186, 12 de abril de 2024**. Dispõe sobre a Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI) e define regras para a sua apresentação. Brasília, Diário Oficial da União, publicado em 16 de abril de 2024, página 28, seção 1. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=139350>. Acesso em: 28 ago. 2024.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Receita Federal apresenta ferramentas de gerenciamento de riscos em evento informal da OCDE na Suécia**, publicado em 1 de junho de 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2024/junho/receita-federal-apresenta-ferramentas-de-gerenciamento-de-riscos-em-evento-informal-da-ocde-na-suecia>. Acesso em: 22 ago. 2024.

SZABO, Nick. **Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets**. 1996. Disponível em: [http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_2.html](http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html). Acesso em: 21 ago. 2024.

VIANNA, E. A. B. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. 2019. 169 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27348/DISSERTAC%CC%A7A%CC%83O\\_EDUARDO\\_BRUZZI.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27348/DISSERTAC%CC%A7A%CC%83O_EDUARDO_BRUZZI.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 20 ago. 2024.

VIEIRA, James Batista; CAMPOS, Priscilla Maria Andrade; ALCÂNTARA, Rhuan Rommell Bezerra de; MELO, Clóvis Alberto Vieira de. O sandbox regulatório como instrumento de incentivo à inovação no Brasil: os casos do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários e da Superintendência de Seguros Privados. In: **Revista do TCU**, Brasília, v. 153, n. 1, p. 336-362, jan./jul. 2024. DOI: <https://doi.org/10.69518/RTCU.153.336-362>. Acesso em: 20 ago. 2024.

WRIGHT, Aaron; PRIMAVERA De Filippi. **Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptography**. SSRN, 2015. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2580664](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664). Acesso em: 21 ago. 2024.



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





PRECEDENTES VINCULANTES E  
ADVOCACIA PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES  
PARA O APRIMORAMENTO DO NOSSO  
SISTEMA DE JUSTIÇA

*BINDING PRECEDENTS AND PUBLIC ADVOCACY: CONTRIBUTIONS  
TO THE IMPROVEMENT OF OUR JUSTICE SYSTEM*

Edimar Ferreira Bezerra<sup>1</sup>  
Ana Maria Foguesatto<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Litigiosidade e morosidade do judiciário. 2 Fazenda pública, a maior litigante do país 3 A advocacia pública como instrumento de controle da legalidade e do aperfeiçoamento normativo do poder público. 4 O sistema de precedentes vinculantes conforme o novo Código de Processo Civil. 4.1 A ideia de precedentes, suas promessas e críticas. 4.2 Estrutura normativa do sistema de precedentes. 5 O sistema de precedentes como instrumento da advocacia pública para garantir segurança jurídica e racionalizar o uso do nosso sistema de justiça. Conclusão. Referências Bibliográficas.

---

1 - Mestrando em Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas (PPGPP) da Universidade Federal do Pampa (Unipampa – Campus São Borja/RS). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Caruaru/PE. Procurador Federal/AGU. Pós-graduado em Direito Constitucional, em Direito Processual Civil e em Direito Tributário. Professor no curso de Direito da Faculdade de Direito de Uruguaiana – FDU/Anhanguera. E-mail: efbzerra@hotmail.com.

2 - Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ/RS). Professora no curso de Direito da Faculdade de Direito de Uruguaiana – FDU/Anhanguera. E-mail: anafoguesatto@hotmail.com. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-0026-2943>.



**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo examinar a lentidão do sistema de justiça brasileiro, suas causas e impactos para a sociedade. Dentre os fatores analisados, destaca-se a ausência de uniformidade nas decisões judiciais. Nesse sentido, será abordada a aproximação entre o sistema jurídico brasileiro e o *common law*, com ênfase no sistema de precedentes introduzido pelo novo Código de Processo Civil, apontando críticas, virtudes e sua base normativa. Também será realizada uma análise sobre o papel da advocacia pública, suas atribuições e relevância no controle da legalidade da administração pública, além do desafio de fortalecer e consolidar precedentes qualificados. A pesquisa adotou o método hipotético-dedutivo, com uma abordagem bibliográfica e coleta de dados indiretos, além de uma interpretação jurídica normativa. Por fim, conclui-se o artigo no sentido de ressaltar a importância de uma advocacia pública eficiente, capaz de compreender de forma ampla o cenário jurídico e seu impacto na administração do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema de justiça. Morosidade. Precedentes vinculantes. Advocacia pública. Segurança jurídica.

**ABSTRACT:** *The present study aims to examine the slowness of the Brazilian justice system, its causes and impacts on society. Among the factors analyzed, the lack of uniformity in judicial decisions stands out. In this sense, the rapprochement between the Brazilian legal system and Common Law will be addressed, with an emphasis on the system of precedents introduced by the new Code of Civil Procedure, pointing out criticisms, virtues and its normative basis. An analysis will also be carried out on the role of public law, its duties and relevance in controlling the legality of public administration, in addition to the challenge of strengthening and consolidating qualified precedents. The research adopted the hypothetical-deductive method, with a bibliographical approach and indirect data collection, in addition to a normative legal interpretation. It concludes by highlighting the importance of efficient public advocacy, capable of comprehensively understanding the legal scenario and its impact on State administration.*

**KEYWORDS:** *Justice system. Slowness. Binding precedents. Public advocacy. Legal certainty.*

## INTRODUÇÃO

As críticas sobre o funcionamento da justiça brasileira são as mais diversas, dentre as quais, destaca-se a morosidade do judiciário. Em todos os setores da nossa sociedade, a demora na prestação jurisdicional é a principal causa de descontentamento com o nosso sistema de justiça. Os motivos para a sobreutilização do judiciário são diversos, portanto, uma análise simplista será sempre tendenciosa e pobre em sua apresentação. A verdade é que a quantidade de demandas judiciais propostas anualmente, somado a um passivo gigantesco, trava a prestação jurisdicional e gera o desprestígio do Poder Judiciário.

É consenso nesta análise que o nosso sistema de justiça é sobreutilizado, ou seja, opera acima da sua capacidade de resposta. A sobreutilização, além de não permitir a entrega da justiça em um prazo razoável, viabiliza uma prestação jurisdicional de má qualidade. Essa má qualidade poderá ser visualizada de diversas formas, como em decisões pouco fundamentadas, contraditórias e pouco previsíveis. Soma-se a isso, a falta de uniformidade e coerência na aplicação do direito. Essa atuação, já intitulada de “jurisprudência lotérica” por Eduardo Cambi (2001), ao se referir à aleatoriedade dos julgados, traz uma série de consequências danosas para o funcionamento do nosso sistema judicial. A insegurança jurídica, dada a falta de previsibilidade sobre a conduta a ser seguida, a falta de isonomia na aplicação do direito e até o estímulo aos maus litigantes são algumas das consequências apontadas pela doutrina.

Na busca por mais segurança jurídica e por uma aplicação mais previsível e coerente do direito, temos tido – desde o final do século passado – reformas processuais, cuja intenção é aproximar o nosso sistema jurídico do sistema de precedentes adotados em países anglo-saxões. Com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, a importação do sistema de precedentes vem ganhando força, nesse sentido, a legislação processual traz uma série de instrumentos de uniformização das decisões judiciais. No entanto, a estrutura de precedentes apresentada pelo novo código e a forma como foi desenhada não é apoiada em sua unanimidade. O professor Lênio Streck (2018), por exemplo, traz uma série de críticas sobre o assunto, mas as discussões doutrinárias são bem-vindas para a consolidação e aprimoramento do nosso sistema.

Nesse caminho pelo aprimoramento, a advocacia pública ganha uma missão de destaque. Isso porque, como representante judicial e responsável legal pelo assessoramento da maior litigante do país, a fazenda pública, as procuradorias dos entes federados têm todas as ferramentas para consolidar e qualificar o sistema de precedentes; viabilizar a melhor utilização do sistema de justiça; e contribuir para o aprimoramento do arcabouço normativo.

Para abordar os temas acima apresentados, ainda que brevemente, empreendemos uma pesquisa teórica – desenvolvida por meio da abordagem hipotético-dedutiva junto à interpretação jurídica – aliada ao estudo bibliográfico com coleta de dados indiretos. Dividimos o nosso estudo em tópicos, nos quais trabalharemos as implicações teóricas e práticas acerca do tema, com o objetivo de demonstrar as contribuições da advocacia pública e os benefícios da adoção do sistema de precedentes para a melhoria do nosso sistema de justiça.

## 1. LITIGIOSIDADE E MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO

Repetido por toda a sociedade e amplamente divulgado pelos mais diversos meios de comunicação, o problema da morosidade do judiciário é considerado um dos maiores desafios da justiça brasileira. Entende-se por “morosidade” o longo tempo levado pelo judiciário para processar e julgar os conflitos que lhe são apresentados. Em outras palavras, é o tempo para a entrega da justiça aos jurisdicionados, que não podem, em regra, resolver os seus conflitos pelo uso da força e são obrigados a buscar a solução junto ao Estado.

Diversas razões são apontadas como causas dessa situação complexa, fonte de desprestígio da justiça brasileira. Dentre as quais, indicam-se: a falta ou insuficiência de recursos financeiros para a adequada prestação dos serviços; a deficiência estrutural das instalações dos órgãos judiciais; a falta de juízes e servidores administrativos; o excesso de demandas; a cultura da litigiosidade do brasileiro; o excesso de recursos processuais; entre outras causas.

É inegável que o judiciário é lento, como pode ser facilmente constatado ao examinarmos o relatório “Justiça em números”, de 2024, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especificamente o tópico acerca do prazo de tramitação dos processos. Apenas a título de exemplo, um processo em fase de execução cível na justiça federal tem um tempo médio de tramitação de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses<sup>3</sup>. No referido relatório, são utilizados diversos critérios e marcos temporais para verificação do tempo de tramitação processual pelo órgão do judiciário (CNJ, 2024).

No entanto, algumas das causas da morosidade acima apontadas são, muitas vezes, contrariadas por parte da doutrina especializada e pelas próprias estatísticas. É comum ouvirmos falar em pesquisas que apontam que o nosso judiciário é caro e ineficiente (Gico Jr., 2014, p. 165). Nesse sentido, não estaríamos diante da falta de recursos financeiros e de investimento no sistema de justiça, na medida em que os recursos carreados para esse setor são, na maioria dos casos, superiores ao orçamento do judiciário em países desenvolvidos. Portanto, além de outras questões estruturais e processuais, a morosidade do judiciário estaria mais relacionada à deficiência da gestão administrativa e financeira, e não à falta de dinheiro.

A nossa própria Constituição Federal de 1988 reconheceu, por meio do poder constituinte derivado reformador, a demora na entrega do produto da prestação jurisdicional, quando da reforma do judiciário e da Emenda Constitucional 45/2004, que incluiu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da nossa lei maior. Tal dispositivo traz um comando que determina ao Estado o cumprimento dos processos judiciais e administrativos em duração razoável. Esse comando/princípio da duração razoável do processo, apesar de trazer um conceito jurídico indeterminado, expressa um fim a ser buscado: a garantia do direito fundamental de todos aqueles que buscam a prestação jurisdicional (Ávila, 2006, p. 80). Ao mesmo tempo, impõe um dever ao Estado, o de implementar medidas legislativas e estruturais que viabilizem a entrega da resolução do conflito em prazo razoável (Tavares, 2017, p. 609).

Ressalte-se ainda que, além da positivação da razoável duração do processo na Constituição Federal recente, o Brasil também assumiu internacionalmente a obrigação de solucionar de modo célere os litígios apresentados ao judiciário. Esse compromisso foi firmado na “Convenção

---

3 - Importante registrar que esse foi o maior tempo médio encontrado entre os 6 (seis) tribunais regionais federais existentes no país.

Americana de Direitos Humanos” ou “Pacto de San José da Costa Rica” e incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 678/1992. No documento, aborda-se o tema da morosidade jurisdicional – especificamente no art. 8º, alínea 1 – e se reitera o direito de toda pessoa a ser ouvida dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente.

Importante registrar que, antes da Carta Magna, o Estado brasileiro implementou políticas para melhorar a prestação dos serviços jurisdicionais. Isso pode ser visualizado pela edição do novo Código de Processo Civil, em 1973, e por uma série de leis extravagantes que criaram procedimentos especiais para trazer celeridade aos procedimentos. No entanto, mesmo com vários avanços, principalmente quanto ao acesso ao judiciário, a morosidade continua sendo o maior desafio para a entrega da justiça. O acesso à justiça sem a efetiva prestação jurisdicional, na qual não se resolvem os conflitos postos ao Estado, seja pela demora na resolução, seja por uma decisão de má qualidade, provocada pelo congestionamento do sistema, significa aumentar o desprestígio do judiciário e beneficiar o mau litigante, em detrimento do cidadão que busca fazer valer os seus direitos.

O professor Ivo T. Gico Jr., quando fala da tragédia dos comuns, compara o judiciário a um bem explorado sem limites. Nessa lógica, devido a uma demanda maior que a suportada, o judiciário é confrontado por duas realidades: ou não entrega o produto que é a sua missão, ou o entrega de forma insatisfatória. É o sistema em “estado de colapso”. Nas palavras do autor:

Se considerarmos o Judiciário como um recurso (*resource system*) e a prestação jurisdicional (serviço público adjudicatório) como um fruto desse recurso, pois uma sentença ou um acórdão advém do Judiciário, mas seu uso e gozo não diminuem o principal, veremos que o sistema judicial possui as características de um recurso comum de livre acesso. Um recurso é considerado comum quando é inclusivo (não excludente), mas rival, ou seja, é muito difícil excluir usuários não autorizados, o que pode levar ao livre acesso, e a utilização do recurso por um indivíduo diminui a utilidade para os outros usuários. O Judiciário brasileiro goza dessas duas características: ele é inclusivo (não excludente) (Gico Jr, 2014, p. 176).

Nesse ponto, o autor critica as constantes políticas fomentadoras de acesso ao judiciário. A crítica não é, em si, direcionada à promoção do acesso à justiça, mas sim ao seu uso como a mais robusta política pública para a melhoria da prestação jurisdicional. Segundo defende o professor, a ampliação do acesso à justiça por medidas legislativas e estruturais, sem a introdução de mecanismos processuais que permitam ao judiciário estabelecer filtros, seria o mesmo que apagar o fogo com produto inflamável. Isso porque, em um cenário de medidas que ampliam o acesso, sem instrumentos que proporcionem a redução do acervo processual existente, mantendo-se o alto nível de litigiosidade, e sem uma política legislativa e processual que traga segurança jurídica e desestimule as aventuras judiciais, estaremos fadados a uma tragédia do judiciário (Gico Jr, 2014, p. 192).

Logicamente, não se desconhece que a morosidade da prestação jurisdicional é um problema complexo que compreende diversas causas, como já referido acima. No entanto, além de outras medidas estruturais, administrativas e orçamentárias, um sistema de precedentes vinculantes que dê previsibilidade, distribua a justiça com igualdade e sirva de barreira às aventuras judiciais já rechaçadas anteriormente, é, sem sombra de dúvida, um importante aliado para a melhoria da prestação jurisdicional em nosso país.

Não adianta termos uma justiça acessível a todos, com procedimentos simplificados, com diversas gratuidades, com custos baixos, se tivermos um sistema judicial lotérico, inseguro, que interpreta e aplica o direito de forma desigual. Essa insegurança e instabilidade beneficia as aventuras judiciais e estimula a litigiosidade, pois, ao se apostar no aleatório, a sobreutilização do sistema é a consequência principal.

## 2. FAZENDA PÚBLICA, A MAIOR LITIGANTE DO PAÍS

O panorama das severas consequências advindas da morosidade e insegurança jurídica causadas pela sobreutilização do judiciário, apresentado no tópico anterior, é fortemente impulsionado pela presença da fazenda pública em um dos pólos do processo. A partir de uma simples leitura do último “Justiça em números” (2024), identifica-se prontamente que o maior litigante do país é o poder público, nas diversas esferas de atuação do nosso formato de Estado federal.

A hiperlitigância acontece tanto no polo ativo, quando a fazenda pública realiza a cobrança dos seus créditos não pagos voluntariamente, quanto no polo passivo, quando é acionada por uma conduta considerada ilegal, omissa, ou por descumprimento de mandamentos constitucionais. Como será exposto mais adiante, e é destacado pela professora e Procuradora Federal, Janaína Soares, o poder público não pode ser considerado uma vítima do sistema nem se esquivar de sua responsabilidade diante da sua hiperlitigância (Branco, 2020, p. 72).

O Estado erra muito na execução das normas emanadas do parlamento e, por vezes, pratica atos normativos que exorbitam o seu poder regulamentar. Isso é fato. Também não é menos verdade que qualquer ação ilegal deverá ser controlada pelo judiciário, quando acionado. Aqui não se está a negar esse importante trabalho do Poder Judiciário, cuja missão constitucional é controlar os outros poderes, nem os seus limites. No entanto, não se pode negar também que, mesmo diante de equívocos na aplicação do direito ou de ilegalidades, seja por erro na interpretação da norma ou até pelas antinomias do ordenamento jurídico, a fazenda pública não é a única responsável pela sobreutilização do sistema de justiça. A própria centralidade do judiciário – que, muitas vezes, atua como legislador positivo – e a aplicação lotérica do direito, sem um sistema de estabilização da jurisprudência, também podem ser apontados como elementos que contribuem para o congestionamento do judiciário.

Como sempre referido pela doutrina, a nossa atual Constituição apresenta um amplo rol de direitos, como não visto nas cartas anteriores, além de prever uma série de instrumentos que permitem a sua efetivação por meio do processo judicial (Lewandowski, 2009). Consequentemente, a previsão constitucional desses direitos traz para o Estado uma série de obrigações. Para não nos estendermos muito na citação de exemplos, podemos apontar o conteúdo do art. 3º e do art. 6º da nossa Carta Constitucional. O primeiro, trata dos objetivos da nossa república e traça as metas a serem implementadas e alcançadas pelo poder público; o segundo dispositivo referido traz um extenso rol de direitos sociais – que não são apenas um programa a ser buscado ou uma carta de intenções formada por promessas vazias – compreendidos hoje como direitos subjetivos e, portanto, o seu não oferecimento pelo Estado pode levar à judicialização da questão (Tavares, 2017, p. 720).

Esses direitos – frutos da chamada segunda dimensão ou geração dos direitos fundamentais – precisam ser verdadeiramente efetivados pelo Estado por meio das políticas públicas, da implementação de ações e da reserva de recursos orçamentários para a sua efetivação. Nessa

perspectiva, o Estado que, num primeiro momento, deveria ser mínimo, não intervencionista, garantidor das liberdades, agora torna-se intervencionista, e sua atuação não se resume a garantir os chamados direitos negativos. Terá que agir, assumir uma postura ativa e atuar positivamente para prestar uma série de serviços sociais aos administrados (Junior, 2013, p. 595).

Os direitos sociais previstos pela Constituição são bem definidos pelo professor José Afonso da Silva, nos seguintes termos:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade (Silva, 2015, p. 288-289).

Muitos desses direitos positivos, de prestação, tinham um caráter programático e, por isso, sempre tiveram um problema de efetividade. Com o correr dos anos, com os avanços e novos métodos da interpretação constitucional, essas garantias passaram a ter um caráter subjetivo. Assim, o Estado passou a ser devedor das “promessas”, portanto, sua omissão é passível de responsabilização judicial. Hoje, tem-se a concepção muito bem sedimentada de que o Estado, além de poder ser cobrado por suas ações ilegais, também poderá ser demandado pelas omissões quanto à prestação de serviços (Junior, 2013, p. 598).

Isso fica bem evidenciado pelas tão divulgadas demandas na saúde pública. Nossa Constituição, em seus artigos 6º e 196, ao trazer o direito à saúde como um direito de todos e dever do Estado, coloca o poder público como devedor de tal prestação. Logo, os administrados, quando não conseguem um tratamento adequado para a sua enfermidade ou não têm a medicação necessária para o seu tratamento pelo sistema único de saúde (SUS), podem exigir judicialmente a referida prestação.

A concretização dos direitos positivos, ou de prestação, exige uma vultosa alocação de dinheiro público, via orçamento, para a sua efetivação (Branco, 2020, p. 73). Nesse sentido, visualiza-se a dificuldade para o gestor público, pois, a nossa Carta foi bastante generosa quanto à concessão de direitos sociais, impondo deveres ao Estado nas mais diversas áreas. Mas, na prática, fica a impressão de que não se ponderou adequadamente os recursos que seriam necessários para fazer frente a tais custos, embora tenhamos uma alta carga tributária.

O resultado desse desenho constitucional é um Estado omissivo em diversas áreas, seja pela não prestação do serviço ou pela prestação deficiente. Em decorrência desse cenário de omissões ou de ações insuficientes, de má gestão ou de escassez de recursos, e considerando os avanços hermenêuticos quanto à efetividade das prestações previstas constitucionalmente, o judiciário é constantemente acionado para garantir a efetividade dos direitos ofertados pela nossa Constituição, estando a fazenda pública no polo passivo dessa demanda.

### **3. A ADVOCACIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DA LEGALIDADE E DO APERFEIÇOAMENTO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO**

O surgimento do Estado, pelo menos do Estado Moderno, junto ao movimento constitucionalista, demanda a elaboração de uma norma maior capaz de organizar a estrutura estatal, delimitar o poder dos administradores, a partir da separação de poderes/funções, e garantir os

direitos fundamentais à população. Em outros termos, na estrutura do Estado, a Constituição é a expressão jurídica do enlace entre o poder e a comunidade política ou entre os governantes e os governados (Miranda, 2019, p. 218).

A partir dessa lei fundamental, o Estado estrutura todo o seu ordenamento jurídico, regula suas condutas e dirimi os conflitos surgidos no seio social. Vê-se assim, que o elemento jurídico é inato à sua existência, visto que o Estado é um organismo essencialmente jurídico (Silva, 2002, p. 281), cuja função administrativa é pautada pelo estrito respeito às normas jurídicas, de tal forma que o próprio poder público deverá respeitar as leis por ele editadas (Carvalho Filho, 2016, p. 20).

Considerando a necessidade de respeito à legalidade, a Monarquia portuguesa, ainda no século XIV, buscou estruturar as organizações jurídicas que representariam o Estado e o assessorariam juridicamente em relação à elaboração das normas e à sua aplicação (Madureira, 2016, p. 214). Esse assessoramento jurídico ganhou força a partir do momento em que o Estado liberal avançou para o modelo de Estado de bem-estar social, no qual o poder público tem de prestar serviços e intervir na ordem econômica. O Estado, que antes deveria interferir o mínimo possível na vida do cidadão e, por isso, tinha uma estrutura administrativa mais simples, passa a interferir em mais áreas da vida social, conseqüentemente, sustentado por uma estrutura administrativa mais complexa (Silva Filho, 2015, p. 42).

Dentro desse mesmo propósito, a nossa Constituição de 1988 consolidou a advocacia pública, conforme disposto na seção II do capítulo IV, como um dos órgãos cujas funções são essenciais à justiça. É bem verdade que essa apresentação se deu de forma tímida, apenas indicando as instituições que deveriam representar a União e os Estados, com mínimos regramentos sobre as suas importantes missões institucionais, sendo inclusive omissa quanto à instituição que representaria as municipalidades.

Cabe às procuradorias jurídicas – em defesa da legalidade que deve nortear a administração pública – analisar, acompanhar e aprimorar os atos administrativos praticados pela máquina estatal, com o objetivo de prevenir a litigiosidade entre o poder público e a sociedade. Essa “função” preventiva, com atuação prevista na edição dos atos normativos, no desenho das políticas públicas e no controle dos atos administrativos, é essencial para a redução da litigiosidade, para o desafogamento do sistema de justiça e para a economia dos recursos públicos.

Vê-se, pois, que a advocacia pública desempenha, entre outras funções, uma função de controle interno da administração. Logicamente, esse controle é jurídico, e não político (Madureira, 2016, p. 211). No controle jurídico, busca-se analisar o parâmetro de caráter objetivo, ou seja, o ordenamento jurídico; no controle político, os parâmetros são os subjetivos, não normativos, que estão no plano das escolhas e são desempenhados essencialmente pelo Legislativo e pelo Executivo, por meio das suas instâncias decisórias (Mendes; Gomes, 2018). Ademais, no âmbito interno da administração pública, em que se deve prezar pela legalidade das manifestações do Estado, a advocacia pública tem uma outra sublime missão: o aperfeiçoamento normativo do poder público. É justamente nesse ponto que essa importante instituição contribui para o aprimoramento da democracia.

O aprimoramento do ato normativo, e não apenas o seu controle após a edição, é um dos desafios do século XXI para a advocacia pública, na medida em que o órgão passa de intérprete e

controlador da observância da legalidade para partícipe na elaboração das leis e dos demais atos normativos (Silva Filho, 2015, p. 47). Não se desconhece que as advocacias públicas já atuam nesse campo, mas tal atuação é pontual e, muitas vezes, desprezada/desrespeitada pelo poder político.

Estamos diante de um dos grandes blocos de atuação da advocacia pública, a atividade consultiva – ato preventivo, praticado desde a concepção da norma e do desenho da política pública até o desenrolar de sua execução. Em todas essas fases, os advogados públicos buscam orientar as suas ações no sentido de compatibilizar as decisões políticas com o ordenamento jurídico. Essa atuação na gênese normativa e no desenho da política pública é fundamental para promover uma melhor prestação de serviços públicos à sociedade e, ao mesmo tempo, prevenir litígios que possam interrompê-la ou onerar os cofres públicos (Silva Filho, 2015, p. 53).

Como já ressaltado acima, esse aprimoramento normativo, seja pela participação da advocacia pública na fase de criação das normas, seja nas orientações para a sua correta aplicação, reafirma o Estado de Direito e assegura a vontade popular, que, por meio dos seus representantes legitimamente eleitos, atua na construção do arcabouço normativo que rege a sociedade (Silva, 2002, p. 289). Em última análise, ao atuar na defesa da Constituição e dos atos normativos do Estado, compatibilizando as escolhas políticas com o ordenamento jurídico, a advocacia pública promove a democracia e defende a vontade dos verdadeiros detentores do poder, o povo.

No entanto, mesmo que essa ação preventiva tenha uma importância fundamental, vai acontecer de a fazenda pública ser alvo de diversas ações judiciais, por questões variadas, como: a qualidade dos atos normativos produzidos, o ativismo exacerbado e a insegurança jurídica causada pela “jurisprudência lotérica”. E aqui, no contencioso, quando a questão já está judicializada contra a fazenda pública, a advocacia pública é essencial, não apenas pela defesa do Estado propriamente dita, mas também para verificar a melhor estratégia a ser seguida.

Nesse campo, a representação judicial do ente público tem como missão inicial demonstrar ao judiciário que a postura da administração obedeceu ao arcabouço normativo. No entanto, caso os procuradores verifiquem em juízo que realmente houve erro da administração, deve-se buscar a saída menos onerosa para o Estado, além de fazer valer o disposto no ordenamento jurídico. Essa postura poderá se dar pela conciliação ou pela abstenção da apresentação de defesas ou recursos descabidos (Madureira, 2016, p. 108). Assim, a postura adotada pela advocacia pública, de conciliar ou de evitar a prática de atos judiciais desprovidos de fundamento, nos casos em que há a constatação de erro de aplicação ou de interpretação da norma por parte da administração, além de ser uma estratégia de minimização de prejuízos para o Estado, é também um dever de cooperação.

O dever de cooperação consta nas normas fundamentais do processo civil, conforme disposto no art. 6º do Código de Processo Civil (CPC). Ressalte-se que essa cooperação busca propiciar uma resolução de conflito em tempo razoável, com resultado justo e efetivo<sup>4</sup>.

Importante registrar que seria incoerente o Estado ter como princípio de atuação a legalidade e desrespeitar a lei na prática dos seus atos. Mais incoerente ainda, seria a advocacia pública, que tem como uma de suas missões a defesa da legalidade, patrocinar uma defesa do ente

4 - “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

público na qual se sustenta a ilegalidade praticada pela própria administração. Nesse caso, essa importante instituição do Estado contrariaria uma das suas principais razões de existir.

Somado ao dever de cooperação, ou até mesmo como um desdobramento desse princípio, o Estado tem o dever de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, conforme previsão expressa do art. 3º, § 2º do CPC<sup>5</sup>. Nas palavras da professora Janaína Soares, ao analisar as demandas levadas ao judiciário, o dever da solução consensual dos conflitos não é apenas do Estado-juiz, mas do Estado-administração quando integra o conflito, seja no pólo ativo ou no polo passivo. Logo, conclui-se que a atuação no sentido de buscar a resolução pacífica das contendas, é um dever do Estado, esteja dentro ou fora da relação processual (Branco, 2020, p. 83).

Importante registrar também que o dever de cooperação e de resolução consensual dos conflitos nada tem a ver com o enfraquecimento ou com a fragilização do direito de defesa do Estado. A legislação processual abre uma série de prerrogativas à fazenda pública, em juízo, exatamente por compreender as peculiaridades, o agigantamento e as consequências das demandas que envolvem o poder público. Essas prerrogativas constam do título VI do CPC, especificamente nos arts. 182 a 184, além de estarem previstas em diversas normas especiais.

A partir da consciência do dever de cooperação, da necessidade da resolução justa efetiva dos litígios, em tempo razoável, além da compreensão acerca do importante papel da própria administração pública para a melhoria e celeridade da prestação jurisdicional, diversas leis e atos normativos foram editados pelas casas legislativas e pelas procuradorias-gerais. Normativas que buscam estabelecer mecanismos de resolução pactuada de conflitos e dar maior autonomia aos membros da advocacia pública para que possam se abster de continuar discutindo matérias já pacificadas pelos tribunais superiores.

Dentro desse modelo de atuação estratégica da advocacia pública, e considerando a importância da sua atuação para a racionalização do nosso sistema de justiça, ganha relevância o sistema de precedentes vinculantes ou qualificados, instituídos pelo novo CPC.

#### **4. O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O nosso código processual, vigente desde março de 2016, reforçou e sistematizou o sistema de precedentes iniciado ainda no século passado. Tentou-se trazer uma certa organicidade ao sistema, a partir da estruturação de um microssistema de precedentes vinculantes.

##### **4.1. A ideia de precedentes, suas promessas e críticas**

Nas linhas acima, apontamos que uma das causas da morosidade do judiciário é a sobreutilização do sistema de justiça, intensificada pela falta de padrões decisórios que sirvam de filtro para a análise dos casos (Câmara, 2020, p. 431). A defesa da necessidade da instituição de padrões decisórios ganha força a partir do momento em que o judiciário passa a ser mais demandado e, por consequência, acaba dando respostas divergentes às demandas iguais que lhe são apresentadas.

Importante registrar, de início, que a preocupação com a criação de padrões decisórios não é algo que surge com o nosso novo Código de Processo Civil (CPC). Ainda na vigência do

5 - "Art. 3º, §2º [...] O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos".

antigo sistema processual, diversas reformas buscaram instituir um sistema que trouxesse mais previsibilidade para a aplicação do direito. Portanto, estamos diante de uma evolução de institutos que buscam trazer mais segurança à aplicação dos preceitos normativos. Entre as reformas constitucionais, destaca-se a Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como “Reforma do Judiciário”, que introduziu importantes mudanças em nosso sistema processual, por meio da criação da súmula vinculante, da exigência de repercussão geral nos recursos extraordinários, além de outras alterações na própria estrutura do Poder Judiciário.

No plano infralegal, já existia um procedimento de análise e julgamento de recursos repetitivos, precedentes autorizadores de decisões monocráticas pelo relator de recursos, o julgamento liminar pelo juiz de primeiro grau, entre outros instrumentos espalhados pelo antigo CPC e pela legislação extravagante (Filho, 2020, p. 26). Sem dúvida, o novo CPC deu um novo impulso às tentativas legislativas de instituir um sistema de precedentes. Com a nova legislação, tentou-se melhorar a sistematização do sistema de precedentes, trazendo institutos antes não pertencentes ao direito pátrio, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o incidente de assunção de competência (IAC).

Com a instituição do sistema de precedentes, a nossa legislação passa a tratar a decisão judicial, não apenas como um meio de resolução de controvérsia num caso concreto, mas também como um importante meio para a promoção da unidade do direito (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2020, p. 654). A busca por uma unidade do direito, na qual a resolução dos conflitos siga uma coerência e traga alguma estabilidade e previsibilidade para os jurisdicionados, contribui para a racionalização do sistema de justiça. Isso porque, a partir dela, criam-se padrões decisórios por meio dos quais as demandas são filtradas e, assim, a proliferação de decisões lotéricas são reduzidas, e as aventuras judiciais, inibidas.

Um sistema de precedentes visa muito mais do que dar unidade ao direito; seu objetivo é proporcionar segurança jurídica e, nesse aspecto, trazer previsibilidade às posturas exigidas pela lei; além de concretizar o princípio da igualdade, pois, decisões judiciais diferentes para demandas iguais equivalem a desigualar aqueles que solicitam o apoio da justiça. O professor Humberto Ávila acrescenta, ainda, que a interpretação incoerente e a aplicação contraditória do direito interferem na liberdade dos indivíduos. Isso porque, o desconhecimento do real sentido da norma e a ausência de segurança na postura adotada nas suas relações sociais fazem com que o indivíduo viva um ambiente de insegurança, de medo, que não permite a ele desenhar a sua própria vida nem livremente determinar o seu conteúdo (Ávila, 2019, p. 15).

Esse sistema abrange uma série de promessas cujo objeto é a melhoria e a previsibilidade da aplicação do direito, trazendo uma aproximação do nosso sistema jurídico, o *civil law*, com o sistema jurídico adotado pelos países anglo-saxões, o *common law*. Nas lições do professor Ronaldo Cramer, o primeiro consiste na tradição que coloca a lei (produto legislativo) como a principal fonte do direito. Nesse sistema, o Poder Legislativo tem papel de destaque, e o direito material tem predominância sobre o direito processual. Por sua vez, no *common law*, tem-se o precedente como a principal fonte do direito, em que a norma jurídica é extraída a partir do julgamento do caso concreto e, posteriormente, abstraída para ser aplicada a casos idênticos futuros. Nesse último sistema, o judiciário é o principal protagonista, e o direito processual se sobrepõe ao direito material (Cramer, 2016, p. 28).

Importante registrar que esses dois sistemas são mais complexos do que se apresentam, na medida em que não são sistemas “puros”. Os países que adotam o *common law* também têm um conjunto de leis e um legislativo atuante; por sua vez, os países que adotam o *civil law* também se valem dos precedentes, em maior ou menor medida. O que se tem observado nos últimos tempos é uma convergência entre os sistemas (Cramer, 2016, p. 28–29).

Com base na análise desses sistemas, e ao explicar o fenômeno experimentado no Brasil com o novo CPC, o professor Alexandre Freitas Câmara deixa claro que o Brasil, de tradição jurídica romano-germânica (*civil law*), não migrou ou está migrando para a tradição anglo-saxã (*common law*). Ele entende que estamos construindo um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes, adaptando-os com as características de um ordenamento de *civil law* (Câmara, 2020, p. 432). Na verdade, embora tenhamos ensaiado uma aproximação, estamos bem distantes da tradição anglo-saxã, pois, nesses países, os precedentes se impõem por uma concepção elaborada no exercício da jurisdição. No *common law* prevalece a ideia do *stare decisis*, que preconiza o respeito ao precedente, vinculando o judiciário para os casos futuros, sem existir uma imposição legal para tal aplicação. Em nosso sistema, os precedentes são vinculantes por força de lei, o que demonstra uma diferença significativa.

O professor Lenio Streck, ao tecer críticas ao modelo de aplicação de precedentes adotado pelo nosso CPC, diz que esse modelo foi pensado para a aplicação utilitarista do direito, tendo como compromisso maior resolver os problemas numérico-quantitativos do sistema de justiça (Streck, 2018, p. 16). Streck tem como base de crítica não a ideia do precedente em si ou a repulsa ao sistema *common law*. Ele pontua a forma como se tentou implantar um sistema de precedentes à brasileira, por via legislativa e de forma acrítica. Em sua obra, discute e critica a ideia da criação das cortes de vértice que recebem legitimação para dizerem o que é o direito e imporem o seu entendimento. Para o professor, tal sistema cria o juiz “boca de precedente”, o que seria apenas uma nova roupagem para o juiz “boca da lei” do início do século XIX (Streck, 2018, p. 88).

Mas, mesmo com as promessas de melhoria do sistema e mais segurança na aplicação do direito, ou com as críticas pertinentes aqui rapidamente indicadas, temos uma estrutura normativa a ser assimilada e aplicada. O seu uso e amadurecimento na aplicação nos dará, em alguns anos, um panorama sobre as suas virtudes e as suas incoerências.

#### 4.2. Estrutura normativa do sistema de precedentes

Em seu curso de “Direito Processual Civil”, o professor Fredie Didier define o precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (Didier Jr, Braga e Oliveira, 2016, p. 455). Nessa linha, entende-se ainda que o precedente seria composto por três elementos, a saber: as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; a tese ou princípio jurídico assentado na motivação, que é a *ratio decidendi*; e a argumentação jurídica em torno da questão. Arremata afirmando que o precedente, em análise estrita, é a própria razão de decidir (Didier Jr.; Braga; Oliveira, 2016).

Nessa lógica, as decisões judiciais são desmembradas em duas partes, ou duas normas jurídicas. Cria-se uma norma para a resolução do caso concreto, constante do dispositivo da sentença, e uma norma geral, fruto da interpretação que envolve os fatos da causa e sua conformação

com o ordenamento jurídico. É nessa segunda norma, de caráter geral, que temos a razão de decidir, e, portanto, o precedente que pode ou deve ser aplicado a um caso futuro (Didier Jr., Braga e Oliveira, 2016, p. 456). Esses precedentes podem ter caráter vinculante ou persuasivo, a depender da natureza dada pela norma processual. No primeiro, há uma obrigação na sua aplicação, e os juízes de piso ficam vinculados ao entendimento do tribunal de vértice; no segundo, não há uma vinculação, há apenas uma razão para a fundamentação, para a facilitação do convencimento. Funciona como um reforço argumentativo.

Apesar de todas as críticas feitas ao formato trazido pelo nosso novo código processual, é inegável que existe nesse instrumento a expressão de um desejo: a busca por uma aplicação mais racional e coerente do direito, especificamente expresso no texto do art. 927. Esse dispositivo prevê que os juízes e os tribunais deverão observar uma série de decisões dadas em determinadas circunstâncias. Elencam-se, em cinco incisos, o que deve ser observado pelos demais juízes e pelos tribunais ao decidirem suas causas.

Importante destacar aqui, para evitar qualquer tipo de confusão, que o artigo supracitado não lista as modalidades de precedentes vinculantes existentes no direito brasileiro. Até porque, o precedente, como já visto, estaria na *ratio decidendi* do julgado, e não nos institutos listados pelo artigo. No entanto, o dispositivo é importante, na medida em que deixa claro a necessidade de se compreender a administração da justiça dentro de uma ideia marcada por competências claras, indicando quem dá a última palavra a respeito do significado do direito em nosso país (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2015, p. 873).

Sobre o artigo em comento, diversas questões são levantadas. Seriam os juízes de primeiro grau e os tribunais de segundo grau obrigados a seguir o entendimento definido nas hipóteses do art. 927? Tais decisões seriam de observância obrigatória, vinculante? O professor Juraci Mourão, ao interpretar o verbo constante do final do dispositivo, entende que estamos diante de um dever de observar, de levar em consideração, mas isso não significa que existe no dispositivo um dever inarredável, portanto, não há uma vinculação obrigatória. Arremata dizendo que observar é uma oposição ao ignorar, mas não significa reproduzir ou seguir obrigatoriamente (Filho, 2020, p. 336).

Sobre o tema, o professor Alexandre Freitas Câmara entende que o art. 927 cria para os juízes e para os tribunais um dever jurídico – o dever de observar os pronunciamentos. Logo, não se estaria diante de qualquer eficácia vinculante. O professor afirma, ainda, que o que dá força vinculante não é o art. 927 e suas hipóteses, mas, sim, os mandamentos constitucionais e legais que instituem a vinculação. Assim, teriam eficácia vinculante os incisos I a III do referido dispositivo; já os incisos IV e V teriam natureza meramente argumentativa (Câmara, 2020, p. 440).

Em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado da constitucionalidade (art. 927, I), a força vinculante é um mandamento do próprio texto constitucional, conforme disposição do art. 102, § 2º. Acerca das súmulas vinculantes (art. 927, II), a eficácia vinculante decorre do comando previsto no art. 103-A da Constituição Federal. Já para os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, sua vinculatividade decorre das disposições constantes nos seguintes artigos do CPC: art. 947, §3º; art. 985; art. 987, §2º e arts. 1.039 e 1.040.

Vê-se, pois, que a vinculatividade decorre do texto constitucional ou de disposições espalhadas pelo nosso Código de Processo Civil. Não decorre, portanto, da simples listagem constante no art. 927 e da sua expressão que exige observância para aplicação do direito. Nesse sentido, a professora Teresa Arruda Alvim chega a afirmar que a redação do dispositivo foi infeliz, porque tratou de situações diferentes num mesmo artigo, causando confusão sobre a natureza dos institutos (Alvim, 2017).

Importante registrar que as discussões trazidas pelo professor Daniel Amorim Assumpção Neves sobre a constitucionalidade do art. 927 (incisos I e II) apontam para uma vinculatividade já prevista na Constituição Federal. No entanto, nos demais incisos, gera-se uma discussão quanto à constitucionalidade. Isso porque, ao decidir com eficácia vinculante, o judiciário estaria criando regras abstratas típicas de lei, nesse sentido, poderia se cogitar uma invasão nas atribuições do Poder Legislativo (Neves, 2016, p. 1303).

Apesar da discussão acima referida, deve-se salientar que não há, até o momento, nenhuma decisão que reconheça a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos. Acrescente-se, ainda, que muito dificilmente teremos uma decisão nesse sentido, pois, parece interessante para o próprio judiciário termos um sistema de precedentes que tenha como uma de suas missões estabelecer filtros para a contenção de demandas judiciais.

O sistema de precedentes, além de instituir um método de trabalho, a partir da criação de filtros para uso do sistema, cuja finalidade é combater a falta de previsibilidade da nossa justiça, traz um reforço argumentativo para a aplicação do direito. Tal fenômeno se apresenta, quando se constata que o nosso CPC instituiu exigências para que as decisões judiciais sejam fundamentadas. A exigência de fundamentação, constante no art. 93, IX da Constituição Federal, agora está também detalhada no art. 489, §1º do nosso código de processo.

Dentre as exigências para que uma decisão seja considerada fundamental, merecem destaque os incisos V e VI do referido dispositivo. Pela inteligência dos dispositivos legais, não serão tidas como fundamentadas as decisões que se limitarem a reproduzir os chamados precedentes qualificados. Desse comando, surge a necessidade de o julgador indicar fundamentadamente, considerando uma base fática, que o caso em análise é igual àquele que gerou o precedente qualificado. Ou deixar de aplicá-lo, quando entender que há distinção entre os casos, ou até mesmo que o cenário normativo foi alterado, por exemplo, e que será preciso realizar a superação do precedente. Esse dispositivo tem a importante missão de evitar a “ementização” dos julgados – fenômeno este que poderia ganhar força, caso o julgador escolha apenas reproduzir a ementa do precedente, sem analisar a sua razão de decidir e as circunstâncias fáticas que envolvem o caso.

Veja-se que o sistema de precedentes não acaba com a atividade interpretativa dos juízes e dos tribunais. A análise deverá ser profunda e cuidadosa, exatamente para verificar se o precedente qualificado se aplicaria ao caso concreto ou não. Os fatos sociais não são uniformes, e o direito não teria esse poder de uniformizá-los. Por isso, consideramos que o sistema de precedentes tem uma importante função de “filtro” para subsidiar as discussões sobre teses jurídicas. Mas, para a sua aplicação, é importante a análise do caso concreto, com um frequente trabalho interpretativo do magistrado.

Segundo Didier Jr., se uma das principais funções dos precedentes é dar previsibilidade e assegurar isonomia na aplicação do direito, uma decisão que venha a decidir de forma diferente a um precedente qualificado exigirá um maior esforço argumentativo (Didier Jr, Braga e Oliveira, 2016, p. 510). Nesse sentido, dentro das importantes funções já apontadas dos precedentes, sem dúvida nenhuma, do ponto de vista gerencial e da política de redução de litigiosidade, ganham relevo os institutos espalhados pelo código de processo, que funcionam como verdadeiros filtros para uso do sistema de justiça.

Apenas a título de exemplo desses filtros, podemos citar o instituto da improcedência liminar do pedido; a desnecessidade de remessa necessária quando a sentença estiver de acordo com os precedentes qualificados; além das diversas situações em que os recursos serão julgados monocraticamente pelo relator, ou não terão seguimento quando fundamentados em decisões que seguiram o caminhos dos precedentes. Essa função de filtro e de gestão de demandas – que ajuda a racionalizar o trabalho e o uso do Poder Judiciário – é reconhecida pela professora Teresa Arruda Alvim, conforme trecho abaixo:

Basta, apenas, recordar que a valorização da jurisprudência, no sentido lato, leva: a) à possibilidade de se criarem institutos que levam à *aceleração do procedimento*; b) a que haja mais *credibilidade* em relação ao Poder Judiciário; c) a uma progressiva *diminuição da carga de trabalho* do Judiciário, já que a desuniformidade da jurisprudência e a possibilidade, que existe sempre, de que haja uma “virada” *estimulam* não só o ato de recorrer, como também a própria propositura de novas ações (Alvim, 2017, p. 1-2, grifos da autora).

Como não poderia ser diferente, foram criados instrumentos processuais para o controle da não aplicação dos precedentes qualificados, a saber: o uso da reclamação (art. 988) e os meios recursais pelos quais se pode alegar a não observância dos referidos precedentes. Cabe aqui fazer uma crítica ao tímido uso que o código deu ao recurso da reclamação. Esse poderia ser um importante instrumento de controle da aplicação do sistema de precedentes, no entanto, atuando para evitar inúmeras possíveis reclamações, os tribunais superiores fizeram *lobby* para a edição da Lei nº 13.256/2016, que reduziu a amplitude do uso do referido instrumento.

Mesmo sendo alvo de severas críticas, mas também de muitos elogios, entende-se que o sistema de precedentes instituído pelo novo CPC tem grandes contribuições a dar ao nosso sistema de justiça. Atualmente, encontra-se ainda em fase inicial, logo, acredita-se que, com o passar dos anos, somado ao amadurecimento da doutrina e da própria jurisprudência, teremos um formato que minimize a insegurança jurídica que vivemos e um sistema menos congestionado e mais previsível. Na construção desse sistema de precedentes vinculantes ou qualificados, ganha papel de destaque a advocacia pública. Isso porque, sendo o representante judicial do maior litigante do país, a fazenda pública, as procuradorias têm importância não apenas na orientação para a aplicação dos precedentes, como também na sua formação.

## **5. O SISTEMA DE PRECEDENTES COMO INSTRUMENTO DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA TRAZER SEGURANÇA JURÍDICA E RACIONALIZAR O USO DO NOSSO SISTEMA DE JUSTIÇA**

Quando analisamos as missões da advocacia pública, demos destaque à sua atuação de assessoramento normogenético, no qual se atua na fase da gênese da política pública e dos atos normativos que a regimenta. Nessa missão, fica clara a grande contribuição dessa carreira de Estado para o aprimoramento normativo do Estado de Direito. No entanto, também analisamos

que, após a entrada em vigor da norma jurídica, a advocacia pública ganhou duas outras nobres missões. Num primeiro momento, passa a orientar a administração pública para a correta aplicação dos atos normativos, qualificando assim os atos administrativos que refletem a vontade da administração; e, num segundo momento, deve realizar a representação judicial do ente público quando judicializada a questão, viabilizando assim, o bom desenvolvimento das políticas públicas desenhadas pelo parlamento e executadas pelo Executivo (Adams, 2013).

Mas, com a entrada em vigor do novo CPC, junto à ideia da instituição de um sistema de precedentes, a advocacia pública ganhou outras importantes atribuições. Isso porque, considerando o precedente como uma fonte formal do direito, os procuradores devem participar não só da orientação para a sua aplicação pela administração pública, como também atuar para a sua definição e aperfeiçoamento junto ao judiciário. Dessa forma, no primeiro plano, temos um precedente já consolidado, e a advocacia pública atuante na orientação da conduta da administração, visando à adequada aplicação da lei e dos entendimentos já sedimentados em precedentes judiciais qualificados. Essa atuação dos procuradores ganha relevância para evitar a judicialização das políticas públicas e, o que é mais grave, a interrupção de um serviço ou de uma obra pública por força de decisão judicial, que venha a suspender um ato administrativo que contrarie um precedente qualificado.

Nessa perspectiva, surge a ideia de um controle de legalidade alargado, no qual as procuradorias passam a analisar não apenas o ato normativo isolado, mas, sim, a fazer um cotejo entre a norma, sua interpretação e aplicação definida pelos tribunais de vértice. Analisando por esse viés, emerge uma questão interessante que merece uma reflexão atenta e cuidadosa: a administração pública estaria obrigada a observar os precedentes qualificados? Essa questão, por si só, já seria suficiente para a produção de um outro trabalho, mas considerando a temática aqui trabalhada, nos deteremos a discussões mais práticas, pertinentes à legalidade administrativa e à legitimidade do poder judiciário.

Inicialmente, cabe verificar a possibilidade de aplicação dos precedentes judiciais pelos entes públicos, tendo em vista que a legalidade é o princípio constitucional que rege a administração pública. Como se sabe, o gestor público está subordinado à aplicação da lei, portanto, não pode agir fora das disposições legais. Assim, considerando a legalidade em seu sentido estrito, a administração não poderia fazer ou deixar de fazer alguma coisa em razão da exclusiva existência de um precedente vinculante. Nessa toada, surge uma segunda análise. Se entendermos que o precedente qualificado pode ou deve ser aplicado pela administração pública, não atribuiríamos uma função ao judiciário que ele não tem? Ou seja, não elevaríamos os tribunais de vértice ao *status* conferido ao Poder Legislativo, este sim, detentor da legitimidade popular? (Weber, 2019, p. 182).

O professor Weber Luiz de Oliveira, ao se debruçar sobre a discussão, afirma que a aplicação dos precedentes qualificados no âmbito da administração pública depende de autorização legislativa. Por meio dela, o problema da legalidade seria resolvido, além do problema da falta de legitimidade do judiciário, já que a autorização para aplicação dos comandos judiciais advém de um ato legislativo (Weber, 2019, p. 192). Nesse sentido, ao analisarmos o arcabouço normativo hoje existente, verificamos que os únicos precedentes passíveis de serem aplicados diretamente pela administração pública é a súmula vinculante e a decisão em controle concentrado de constitucionalidade, por força do mandamento dos dispositivos constitucionais, arts. 102, § 2º e 103-A.

No entanto, uma outra discussão merece destaque. Será que o ente público deverá aplicar um entendimento que vem, diariamente, sendo rechaçado pelo judiciário, nos casos em que

houver, inclusive, precedente qualificado contrário ao entendimento da administração pública? Será que essa postura não estimulará a litigância e poderá causar a sobreutilização do sistema de justiça? E ainda: será que essa postura não poderá levar a grandes derrotas da fazenda pública, em juízo, onerando os cofres públicos com as condenações em honorários de sucumbência, correções monetárias, juros moratórios e até indenizações?

É dentro desse cenário que ganha relevância a atuação da advocacia pública. Sendo a instituição responsável por realizar o controle de legalidade, entendemos que essa análise deverá abranger o panorama normativo e o impacto dos precedentes qualificados na postura do gestor público. Nesse ponto, inicia-se a exploração de um segundo cenário, no qual a discussão entre a fazenda pública e o administrado já foi judicializada. Nesse caso, já há uma demanda judicial em que as procuradorias exercem sua missão de representação do ente público.

Na fase de atuação, a advocacia pública precisa ser proativa, agir de forma estratégica e analisar, como dissemos acima, o arcabouço normativo e os precedentes qualificados já definidos pelos tribunais superiores. Atuar de forma estratégica é realizar um estudo de cenário, no qual se pode verificar as possibilidades de vitória e as consequências das derrotas. Aqui é importante que os advogados públicos analisem o processo, valendo-se dos ensinamentos da análise econômica do direito, para produzir uma análise interna e externa das demandas, capaz de subsidiar a sua atuação e fundamentar a tomada de decisões de forma estratégica (Rodrigues Neto, 2015, p. 200).

Em análise interna, verificam-se os custos financeiros do processo, suas consequências sociais e até mesmo as oscilações dos entendimentos judiciais, ponderando-se também os estímulos ou desestímulos que as decisões poderão acarretar para o uso do sistema de justiça. Já na análise externa, os advogados públicos, de posse dos dados da análise interna, poderão verificar as oportunidades que o sistema de justiça oferece ao caso, para, por exemplo, transacionar no processo ou até mesmo se abster de contestar ou recorrer de uma decisão.

Na lógica da atuação estratégica, é fundamental a existência de um arcabouço normativo, seja no plano legal ou infralegal, que respalde e estimule os membros das advocacias públicas a atuarem de forma proativa, analisando os cenários e agindo de forma mais eficiente. Essa atuação tem um grande potencial de gerar economia para os cofres públicos, trazer mais segurança jurídica para a interpretação e aplicação do direito, além de contribuir para um uso mais racional do nosso sistema de justiça.

Como exemplo desse novo modo de atuar da advocacia pública, podemos destacar, no plano legislativo, a edição da Lei nº 9.469/1997, que autoriza membros da Advocacia-Geral da União (AGU) a realizarem acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios. Tal norma também prevê hipóteses de autorização para o não ajuizamento de ações, não interposição ou desistência de recursos, entre outras medidas.

Com base na referida lei, a AGU editou uma série de normativas que descrevem os procedimentos a serem adotados por seus órgãos e membros. Esses procedimentos abrangem casos de dispensa da propositura e desistência de ações; reconhecimento da procedência do pedido; abstenção de contestação; impugnação ao cumprimento de sentença; e apresentação de embargos à execução, além da desistência de recursos já interpostos.



No âmbito da Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão da AGU que representa judicial e extrajudicialmente as autarquias e fundações públicas federais, temos a Portaria AGU 488/2016, que dispõe sobre as condutas acima referidas e orienta os procuradores federais a atuarem de forma estratégica, evitando a discussão de matérias já pacificadas na jurisprudência (União, 2016). A postura da advocacia pública, mais estratégica e atenta ao cumprimento da legitimidade pela administração pública, facilita até mesmo reconhecer a ilegalidade praticada pelos agentes do Estado, transigir e pôr fim a processos judiciais, o que contribui para a redução da litigiosidade e para a consequente racionalização da sobreutilização do nosso sistema de justiça.

Nesse cenário, de uma advocacia pública estratégica, a atuação dos advogados públicos é fundamental para a aplicação, formação e para o aperfeiçoamento do sistema de precedentes vinculantes, formatado pelo CPC de 2015. Ademais, a importância dos precedentes vinculantes ou qualificados para a atuação da advocacia pública se observa pela simples leitura da Portaria AGU 488/2016, acima referida. É que a maioria das autorizações para a dispensa da propositura e desistência de ações; reconhecimento da procedência do pedido; abstenção de contestação, de impugnação ao cumprimento de sentença, de apresentação de embargos à execução e de recurso; desistência de recurso já interposto tratam de matérias já disciplinadas por orientação interna da própria AGU ou por jurisprudência pacificada, um precedente qualificado que vincula a atuação dos demais membros e órgãos do judiciário.

Essa atuação estratégica, em sintonia com o sistema de precedentes vinculantes, fica clara com a leitura do art. 2º do referido ato normativo<sup>6</sup>. Importante registrar ainda que, além de uma atuação estratégica para a aplicação do sistema de precedentes em prol dos resultados já referidos neste trabalho, a atuação da advocacia pública é igualmente fundamental para a definição e aperfeiçoamento do próprio precedente. Considerando que os precedentes vinculantes podem determinar a forma de atuação da administração pública, a partir da alteração ou até mesmo da

---

6 - “Art. 2º Os Procuradores Federais ficam autorizados a abster-se de ajuizar ações, de contestar, de impugnar o cumprimento de sentença, de embargar a execução e de recorrer, a reconhecer a procedência do pedido e a desistir das ações ajuizadas e dos recursos já interpostos, quando o tema, a pretensão deduzida ou a decisão judicial estiver de acordo com:

I - súmula da Advocacia-Geral da União ou parecer aprovado nos termos dos artigos 40 ou 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993;

II - súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;

III - acórdão transitado em julgado, proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

IV - acórdão transitado em julgado, proferido em sede de recurso extraordinário representativo de controvérsia, processado nos termos do artigo 1.036 do CPC;

V - acórdão transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário em incidente de resolução de demandas repetitivas, processado nos termos do artigo 987 do CPC;

VI - acórdão transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de incidente de assunção de competência, processado nos termos do artigo 947 do CPC;

VII - acórdão transitado em julgado, proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou súmula do Supremo Tribunal Federal;

VIII - parecer aprovado pelo Advogado-Geral da União e não submetido ao Presidente da República nos termos do art. 40 ou 41 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

IX - parecer aprovado pelo Procurador-Geral Federal” (Brasil, 2024).

anulação dos seus atos, a advocacia pública não pode se limitar a acompanhar e aplicar os comandos judiciais. A sua atuação estratégica exige muito mais.

Exige que se identifique as demandas passíveis de grandes repercussões e as transforme em precedentes qualificados. A identificação deverá ser acompanhada de uma atuação prioritária e atenta dos procuradores. Isso porque, temos que ter em mente que o precedente qualificado ou vinculante é, hoje, uma fonte formal do direito, e a sua definição pode impactar profundamente o destino do Estado e dos seus administrados. Além da defesa dos próprios interesses dos entes públicos, e por consequência dos próprios administrados, essa atuação da advocacia pública tem a missão de qualificar o direito objetivo, zelando pela segurança jurídica, pela igualdade na aplicação do direito, pelo uso racional do sistema de justiça, pelo respeito ao Estado Democrático de Direito, entre outras repercussões importantes.

## CONCLUSÃO

Neste breve estudo, tentamos demonstrar a importância do sistema de precedentes para o aprimoramento da aplicação do direito e para um uso mais racional do nosso sistema de justiça, em um contexto em que a sobreutilização do sistema de justiça traz drásticas consequências para os jurisdicionados, para a imagem do poder judiciário e para o próprio desenvolvimento econômico do país.

Como foi visto, grande parte do problema da morosidade e até a descrença no nosso sistema de justiça é causado, entre outros fatores, pela falta de padrões decisórios. Essa ausência de padrão nos mergulha em um ambiente de incertezas e desigualdades, gera insegurança jurídica e, consequentemente, compromete a confiança dos investidores no Brasil. Para minimizar esses males, o legislador nacional, desde o Código de Processo Civil anterior, tem demonstrado seguir no sentido de uma aproximação com o sistema de precedentes judiciais. Como dito nos tópicos anteriores, não se trata de uma “migração” completa para o sistema de precedentes típico do *common law*, mas da adoção paulatina de algumas técnicas desse sistema para trazer mais previsibilidade e segurança jurídica à aplicação do direito.

No contexto do sistema típico brasileiro, o *civil law*, somado à adoção de técnicas do *common law*, ganha relevo a atuação da advocacia pública. Isso ocorre porque, como responsável pelo controle e aprimoramento normativo do Estado de Direito, tal instituição recebe a missão não apenas de analisar a aplicação do direito “consolidado”, mas também de formar e aprimorar os precedentes qualificados.

Nesse cenário de controle interno da legalidade e da legitimidade, as procuradorias estão se reinventando, assim como toda a administração pública. Aquela postura de litigância cega, marcada pela resistência inflexível a todas as demandas, começa a dar lugar a uma atuação estratégica. Passa-se a fazer uma análise econômica das demandas, estudando as viabilidades e as chances de derrota. Logo, busca-se uma advocacia pública eficiente, que consiga fazer uma leitura mais ampla do cenário jurídico e suas repercussões para a administração do Estado.

Essa atuação estratégica que se adequa aos precedentes qualificados e busca qualificá-los, sem dúvida alguma, contribuirá enormemente para o aprimoramento da estrutura normativa do



Estado de Direito, ao mesmo tempo que permite e estimula o uso mais racional do nosso sistema de justiça. Portanto, conclui-se no sentido de reforçar os ganhos que o nosso sistema jurídico pode conquistar com a consolidação e com o aprimoramento dos precedentes qualificados. Nessa empreitada, a advocacia pública é imprescindível, pois, estamos falando dos representantes judiciais e dos controladores de legitimidade dos maiores litigantes do país.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMS, Luís Inácio Lucena. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. **Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, v. 152, p. 41–45, 2013.

ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões a respeito do tema “precedentes” no Brasil do século 21. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 78, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. **Advocacia pública e solução consensual dos conflitos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], v. 90, n. 786, p. 108–128, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CUNHA Jr. da, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JR, FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2

FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GICO JR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163–198, 2014.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Justiça em números 2024**. Brasília: [s. n.], 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em: 26 out. 2024.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, v. 251, p. 77, 2009.

MADUREIRA, Claudio. **Advocacia pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MENDES, Larissa Zanela; GOMES, Angela Quintanilha. Desvendando as Políticas Públicas: Noções Introdutórias Sobre o Campo de Análise. **Revista FSA**, [s. l.], v. 15, n. 6, p. 78–94, 2018. Disponível em: <http://www4.fsanet.com.br/revista/index.php/fsa/article/view/1666/491491674>. Acesso em: 26 out. 2024.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

RODRIGUES NETO, João Máximo. a Relevância Dos Precedentes Na Análise Econômica Da Litigância - Um Estudo De Law and Finance. **Revista Direito em Debate**, Porto Alegre, v. 36, n. 48, p. 193–215, 2015.

SILVA, José Afonso Da. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 281–289, 2002.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito. **R. Bras. de Adv. Pública – RBAP**, Belo Horizonte, v. 1, p. 45–72, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. Salvador: JusPodivm, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



UNIÃO, Advocacia-Geral da. Portaria AGU 488/2016. Estabelece procedimentos a serem adotados em caso de reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação e de recurso e desistência de recurso e dá outras providências no âmbito da Procuradoria-Geral Federal. **D.O.U de 28/07/2016**: Brasil, n. 488/2016, p. 10–11, jul. 2016. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Prt\\_488\\_2016\\_AGU.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Prt_488_2016_AGU.pdf). Acesso em: 26 out. 2024.

WEBER, Luiz de Oliveira. **Precedentes judiciais na administração pública**: limites e possibilidades de aplicação. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.



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



.....

# DEMOCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DE MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

.....

*DEMOCRACY AND JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS FROM  
THE PERSPECTIVE OF MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO*

Cristóvão Corrêa Borba Soares<sup>1</sup>

Elival da Silva Ramos<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A Democracia na obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. 2. Ativismo judicial como fenômeno: breve conceituação. 3. Democracia e ativismo judicial: uma análise sob o prisma da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Conclusão. Referências

---

1 - Advogado e Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP. E-mail: cristovaoborba@hotmail.com.br . ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-1733-7406>

2 - Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP (Área de Direito Constitucional). Livre-Docente (2001), Doutor (1992), Mestre (1986) e Bacharel em Direito (1977) pela FDUSP. Procurador Chefe da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Procurador do Estado de São Paulo aposentado, tendo exercido o cargo de Procurador Geral do Estado. E-mail: eramos@usp.br . ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2761-7548>.

**RESUMO:** O presente artigo busca examinar a relação entre democracia e ativismo judicial, no Brasil, a partir da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDUSP. Inicialmente, aborda-se o conceito de democracia na obra de Ferreira Filho, apresentando seu conceito de “democracia possível” – a impossibilidade de atingir a democracia plena devido à tensão inerente entre liberdade e igualdade e à presença inevitável de uma elite governante. Logo após, busca-se explorar o ativismo judicial, definido como o comportamento de juízes que extrapolam suas funções ao interpretar a legislação de maneira expansiva, invadindo competências dos poderes Legislativo e Executivo. A análise da obra de Ferreira Filho sugere que o ativismo judicial, no Brasil, resulta da desconfiança pública nos poderes políticos (Legislativo e Judiciário), um fenômeno intensificado pela Constituição de 1988, que aumentou o protagonismo do Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia. Elites democráticas. Ativismo judicial. Constituição de 1988. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

**ABSTRACT:** *This article seeks to examine the relationship between democracy and judicial activism in Brazil based on the work of Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Professor Emeritus at FDUSP. Initially, the concept of democracy in Ferreira Filho's work is addressed, presenting his concept of “possible democracy” – the impossibility of achieving full democracy due to the inherent tension between freedom and equality and the inevitable presence of a ruling elite. Next, we explore judicial activism, defined as the behavior of judges who extrapolate their functions by interpreting legislation in an expansive manner, invading the powers of the legislative and executive branches. The analysis of Ferreira Filho's work suggests that judicial activism in Brazil is the result of public distrust in the political powers (Legislative and Judiciary), a phenomenon intensified by the 1988 Constitution, which increased the role of the Judiciary.*

**KEYWORDS:** *Democracy. Democratic elites. Judicial activism. 1988 Constitution. Manoel Gonçalves Ferreira Filho.*



## INTRODUÇÃO

No dia 21 de junho de 2024, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Decano do Direito Constitucional Brasileiro, comemorou noventa anos. A celebração de nove décadas de um dos maiores constitucionalistas vivos, formador de gerações do pensamento jurídico nacional, enseja uma reflexão sobre sua obra, que busque conectar suas considerações e previsões ao cenário do constitucionalismo atual.

A dificuldade de se iniciar uma reflexão como essa advém, principalmente, da profícua bibliografia do Mestre das Arcadas, o que torna difícil escolher um único tema como foco de investigação. Ferreira Filho escreveu sobre quase tudo no direito constitucional: da separação dos poderes aos direitos fundamentais<sup>3</sup>, do Estado de Sítio<sup>4</sup> ao processo legislativo<sup>5</sup>, do regime semipresidencialista<sup>6</sup> aos partidos políticos<sup>7</sup>, todos esses temas estiveram sob o olhar atento do Decano.

No entanto, um tema parece ser transversal a todos os outros: a preocupação de Ferreira Filho com a Democracia. Seu interesse, no entanto, não é com a democracia idealizada, que se tornou quase um objeto de culto nas rodas acadêmicas e políticas nacionais. Manoel Gonçalves Ferreira Filho se preocupa com uma democracia realizável, possível, que considera as contingências da realidade. Pragmático, buscou compreender quais seriam as condicionantes e as potencialidades do regime democrático – e sob quais vícios poderia padecer<sup>8</sup>.

Considerando o cenário atual, a análise do Mestre das Arcadas sobre o regime democrático pode contribuir, e muito, para um debate sério sobre o ativismo judicial – previsto por Ferreira Filho de forma quase profética pouco tempo após a promulgação da Carta Cidadã de 1988. Tema controverso do debate público na última década, o aumento exponencial da interferência do Poder Judiciário na vida político-institucional brasileira pode ser melhor investigado se analisado a partir de suas raízes históricas – algo que a análise do professor Ferreira Filho parece, inegavelmente, fazer.

---

3 - Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

4 - Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O estado de sítio**. São Paulo: Saraiva, 1964.

5 - Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

6 - Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A alternativa semipresidencialista**. São Paulo: Instituto Pimenta Bueno, 2022.

7 - Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Os partidos políticos nas constituições democráticas**. Belo Horizonte: RBEP, 1966. Essa obra, fruto de sua tese de doutorado na Universidade de Paris, constitui trabalho seminal sobre o funcionamento e a relevância dos partidos políticos, sendo responsável por trazer para o Brasil a doutrina recente de Maurice Duverger.

8 - Ao se falar da preocupação do Ferreira Filho com a Democracia não se está a ignorar, por suposto, a sua participação como quadro técnico e político do regime civil-militar. Membro do gabinete ministerial de Alfredo Buzaid no Ministério da Justiça, Diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco durante os anos de chumbo e Vice-Governador de São Paulo, na chapa biônica encabeçada por Paulo Egydio Martins, Manoel Gonçalves Ferreira Filho compõe o rol de figuras complexas da história política nacional, e requer a sobriedade para reconhecer seus méritos de forma crítica. Sua complexidade como Homem não afasta, no entanto, seu compromisso com o ideal democrático – a ideia de que o melhor regime político envolve o governo do povo, guiado por valores de igualdade e liberdade (v. item II do presente artigo). Muitos grandes nomes apoiaram o Golpe de 1964, e muitos participaram do regime, acreditando servir ao país. A ditadura brasileira governou o Brasil por vinte e um anos. Quaisquer homens – ou mulheres – que tivessem o espírito público e desejassem trabalhar no âmbito do Poder Executivo seriam obrigados, por força das circunstâncias, a integrar um regime imposto aos brasileiros pela força das baionetas. Compreendendo essas condicionantes históricas, o que se percebe ao ler Ferreira Filho é uma preocupação e capacidade de análise ímpares no cenário do constitucionalismo brasileiro, como buscamos abordar no presente artigo.

Para realizar essa breve investigação, o presente estudo divide-se em três partes e uma conclusão. Em um primeiro momento, busca-se compreender a visão do Professor Ferreira Filho a respeito do próprio conceito de Democracia, a partir das obras seminais *A Democracia possível* e *A reconstrução da democracia*. Em um segundo momento, conceitua-se brevemente o fenômeno do ativismo judicial e suas manifestações. Por fim, apresenta-se uma análise do ativismo judicial a partir dos conceitos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, verdadeiro Decano do Direito Constitucional Brasileiro que previu, com acurado grau de precisão, a politização da justiça e a judicIALIZAÇÃO da política sob a égide da Constituição de 1988.

## 1. A DEMOCRACIA NA OBRA DE MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

Antes de analisar a relação entre Democracia e ativismo judicial na obra do Professor Ferreira Filho, é necessário em primeiro lugar compreender sua visão a respeito do próprio conceito de Democracia, tópico abordado de forma frequente em seus trabalhos.

Para o Mestre das Arcadas, ao se falar de Democracia, está a se falar de um sistema de valores no qual se ressalta a liberdade e a igualdade, bem como – e principalmente – de uma forma de governo que procura “fixar alguns princípios que ensejam o governo pelo povo, assegurando, ao máximo e para todos, a liberdade e a igualdade” (Ferreira Filho, 1979a, p. 4).

Ocorre que, para Ferreira Filho, tanto a Democracia como sistema de valores – o que compreenderia uma espécie de *Weltanschauung* (visão de mundo) – quanto a Democracia como forma de governo sofrem fundamentalmente de uma impossibilidade na sua realização. Em primeiro lugar, porque os valores de liberdade e igualdade se atraem e se repelem: “a liberdade não dispensa um mínimo de igualdade – a igualdade na liberdade – [...] e a plena liberdade afasta a igualdade entre os homens devido à diversidade das qualidades ou das oportunidades; enquanto a igualdade completa sufocaria, na mediocridade, a liberdade” (Ferreira Filho, 1979b, p. 30). Isso implica dizer que há um impasse, na medida em que demasiada liberdade cria um cenário de desigualdade de condições – o que, reflexamente, traz um esvaziamento da liberdade para a maioria – e um excesso de igualdade promove um “empobrecimento da liberdade, na submissão de todos, cada vez mais, a padrões rígidos e estritos” (Ferreira Filho, 1979a, p. 3).

Por outro lado, a Democracia como forma de governo também seria irrealizável. A partir da teoria das elites de Vilfredo Pareto e Gaetano Mosca, Ferreira Filho chega a um diagnóstico brutal: é impossível que a maioria (a massa) governe os rumos da Nação, o que torna impossível a realização da Democracia entendida como governo pelo povo (1979a, p. 22 e ss.). Para o autor, o governo sempre será exercido por uma minoria governante, composta por uma elite formada por indivíduos cujo poder advém das qualidades ou atributos pessoais que os levam a ocupar espaços na política, bem como por aqueles que herdaram capital econômico e/ou político – e lá se mantém pela força da inércia (1979a, p. 21 e ss.).

Frente à impossibilidade de realização plena da Democracia, Manoel Gonçalves Ferreira Filho vai propor a Democracia possível, i.e., que, nos termos do autor, seria “o governo [formado] por uma minoria democrática, ou seja, por uma elite formada conforme a tendência democrática, renovada de acordo com o princípio democrático, imbuída do espírito democrático, voltada para o interesse popular; o bem comum” (1979a, p. 27). Nessa Democracia possível, portanto, o governo seria exercido por uma elite democrática verdadeiramente imbuída do espírito democrático, selecionada em um cenário de plena mobilidade social – , o acesso a essa elite ocorreria de forma preponderante não pelo nascimento, mas pelo mérito individual.

Ademais, uma Democracia possível exigiria, também, que “todos [os indivíduos] têm de estar conscientes de seu dever para com o todo [...] se sentir responsável para com todos” (Ferreira Filho, 1979a, p. 28)<sup>9</sup>. Essa exigência Ferreira Filho irá retomar em outros trabalhos, considerando-a um pressuposto social da existência de uma democracia madura, na medida em que não pode haver democracia se o povo não possuir um determinado nível cultural que lhe permita participar, livre e conscientemente, da tomada de decisões públicas<sup>10</sup>.

Por fim, vale destacar que Ferreira Filho encara a Democracia de forma pragmática, não idealizada. Para ele, os homens não defendem a forma democrática de governo aprioristicamente como um valor per se. Defende-se a Democracia, em primeiro lugar, a partir da “ideia de que essa forma de governo é a mais capaz de realizar os objetivos fundamentais do Estado contemporâneo” (Ferreira Filho, 1979b, p. 29)<sup>11</sup> – qual seja, atingir os valores de liberdade e igualdade. Em segundo lugar, aduz Ferreira Filho, o apego à Democracia advém de uma intuição profunda de que ela corresponde a um passo evolutivo da humanidade (da espécie humana) – o desejo de auto-organização da Espécie sobre si mesma (Ferreira Filho, 1979b, p. 30). É sobre essa visão, de uma Democracia com funções práticas, que se deve trabalhar o conceito de Democracia na obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

## 2. ATIVISMO JUDICIAL COMO FENÔMENO: BREVE CONCEITUAÇÃO

Não sendo o objeto principal desta investigação, cabe conceituar brevemente o ativismo judicial como um fenômeno político-jurídico, na medida em que se manifesta politicamente pelas vias da interpretação e ação judicial.

De início, vale destacar que o hermenauta-aplicador (magistrado) tem certo nível de discricionariedade para interpretar a norma jurídica, visto que a redação legislativa não é capaz de prever todas as situações da realidade concreta. No direito constitucional, em especial, há ainda uma maior amplitude de interpretação, derivada do elevado uso de normas-princípio<sup>12</sup>, de caráter aberto, na redação dos textos constitucionais – o que diminui a precisão e densidade significativa do texto (Ramos, 2010, p. 88).

9 - Vale destacar a continuação deste trecho: “[...] A vida social reclama de todos contribuição na medida da capacidade de cada um. Cada qual, portanto, é responsável para com a comunidade, pelo que está ao alcance de sua capacidade. Isso realça especialmente a responsabilidade das elites. Por serem exatamente elites têm a responsabilidade mais alta para com a comunidade” (Ibid.). Um leitor provocador poderá se questionar se o Professor Manoel Gonçalves, ao fazer tal afirmação, levou em consideração o princípio comunista popularizado por Karl Marx em sua famosa *Crítica ao Programa de Gotha*: “de cada qual, segundo sua capacidade; a cada qual, segundo suas necessidades” (Cf. MARX, Karl. **Crítica do Programa de Gotha**. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 28).

10 - Sobre o pressuposto social para a existência de uma democracia, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. cap. 11.

11 - Ferreira Filho parece se aproximar do primeiro ministro britânico Winston Churchill (1874-1965), que popularizou o aforismo “*democracy is the worst form of government – except for all the others that have been tried*” (Cf. CHURCHILL, Winston, LANGWORTH, Richard (ed.). **Churchill by himself**: The definitive collection of quotations. Nova Iorque, NY, USA: Public Affairs, 2008. p. 574.).

12 - A definição do que seriam normas-princípio (e qual seria sua importância na organização do Direito, especialmente constitucional) é tema de grande relevância no debate jurídico. Lecionou o mestre Antônio de Sampaio Dória, em tese seminal sobre o tema: “genericamente, princípios se entendem por normas geraes e fundamentais que inferem leis. E, em direito constitucional, princípios são bases orgânicas do Estado, aquellas generalidades do direito público, que como naus da civilização, devem sobrenadar às tempestades políticas, e às paixões dos homens” (In: **Princípios Constitucionaes**. [s.l.: s.n.]. p. 17-8). Aos princípios, generalizantes e fundamentais, que constituem “deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas”, contrapõem-se às regras, que “são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas” (Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7ª ed; São Paulo: Malheiros, 2007. p. 58).

Dito isso, embora tenha certo nível de discricionariedade, ao intérprete da norma jurídica cabe a função de “dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém não – negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece” (Maximiliano, 1979, p. 79-80)<sup>13</sup>. Isso significa dizer que o exegeta, dentro dos limites impostos pelo programa normativo<sup>14</sup> da legislação que interpreta, possui um “espaço de interpretação”. Por espaço de interpretação, como leciona Gomes Canotilho, entende-se o “âmbito de liberdade de interpretação do aplicador-concretizador das normas constitucionais” (Canotilho, s.a., p. 1220).

Portanto, o conceito de espaço de interpretação nos possibilita entender uma primeira faceta do ativismo judicial: se “só os programas normativos que se consideram compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma” (Canotilho, 1979, p. 1220), a exegese que ultrapassa essas balizas pode ser considerada ativista, quando advinda de magistrados. Essa primeira face do ativismo judicial é, portanto, fundamentada em uma hermenêutica equivocada – seja esse equívoco proposital ou apenas um incidente interpretativo.

A outra face do ativismo judicial, irmã siamesa da interpretação, para além do programa normativo, é a hipótese de atuação dos juízes fora da competência dos tribunais, ferindo a separação dos poderes. Égide sobre a qual se assenta o Estado de Direito moderno, a separação dos poderes implica a necessidade de “separação absoluta entre quem diz o Direito e quem o edita ou executa [...] ou, pelo menos, se o ideal é inatingível, a maior separação ou especialização possível entre jurisdição, legislação e administração” (Ferreira Filho, 2007, p. 35).

Ao se falar de ativismo judicial como forma de violação à separação dos poderes, está a se falar, portanto, “[d]o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)” (Ramos, 2010, p. 129). No caso, ao ultrapassar esses limites, o magistrado estaria agindo na esfera de competência dos outros Poderes (em regra, do Legislativo), sendo essa a segunda forma de manifestação do ativismo judicial – é nessa segunda faceta que se concentrará a obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

### 3. DEMOCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA OBRA DE MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

O Poder Judiciário, como nos ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, foi concebido para atuar apenas para “dizer o direito”, i.e., não devendo “interferir no mérito do ato de outro

13 - Nesse mesmo sentido, continua Maximiliano(Ibid.): “A jurisprudência desenvolve e aperfeiçoa o Direito, porém como que inconscientemente, com o intuito de o compreender e bem aplicar. Não cria, reconhece o que existe; não formula, descobre e revela o preceito em vigor e adaptável à espécie [...] tudo procurar achar e resolver com a lei, jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, praeter ou contra legem”.

14 - “O programa normativo é estabelecido pelo texto da lei, representado pelo conjunto de elementos linguísticos que delimitam o espectro necessário para a formação da norma, pois a norma jurídica a ser construída deve seguir o fixado no programa da norma, o qual estabelece o projeto da norma. O programa normativo define os baldrames e os limites da construção da norma jurídica, marcos essenciais para a concretização do direito, já que, na atividade jurídica desenvolvida em um Estado Democrático de Direito, é essencial o respeito às balizas introduzidas pelo texto da lei. Friedrich Müller, como muita precisão, destaca que o texto da norma “dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro” (Muller, 2010, p. 57) (grifos nossos)” In: RIBEIRO, Paulo Sérgio. **O programa normativo e a limitação à criação de regra processual**: a ilegalidade da suspensão dos processos em tramitação nas instâncias ordinárias que versem sobre matéria apreciada em recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.64, fev. 2015.

Poder [não lhe cabendo] examinar do ângulo da conveniência ou da oportunidade os atos comissivos ou omissivos” (Ferreira Filho, 1994, p. 3) dos demais poderes. No entanto, o Judiciário – em especial, as Cortes Constitucionais – vem, com o advento das Constituições fortemente influenciadas pelo neoconstitucionalismo predominante no pós-Segunda Guerra, ocupando relevante espaço na política contemporânea. Tal fenômeno não é apenas brasileiro, visto que pode ser observado em escala “mundial, agravado entre nós pela Carta de 1988” (Ferreira Filho, 1994, p. 1).

Esse diagnóstico, que parece ter saído de uma coluna recente de jornal, foi dado por Ferreira Filho em artigo seminal sobre o processo de judicialização da política e politização da justiça, publicado em 1994 – ano da revisão constitucional prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB/1988 e, portanto, seis anos após a promulgação da Carta Cidadã. Na referida obra – que, a bem da verdade, compreende um artigo de dezessete páginas de densidade teórica irretocável – Manoel Gonçalves Ferreira Filho apresenta um diagnóstico preciso: o juiz, a quem antes cabia ser a *bouche de la loi*<sup>15</sup>, passou a ter consciência da necessidade de se inquietar sobre a razoabilidade da norma jurídica, sobre a proporcionalidade dos atos, etc. (Ferreira Filho, 1994, p. 9). Essa consciência, no caso brasileiro, foi fortalecida e institucionalizada na Carta Constitucional de 1988, que consagrou o Judiciário como controlador dos atos da administração, não apenas “em vista dos interesses individuais mas também em prol do interesse geral” (Ferreira Filho, 1994, p. 12). Para Ferreira Filho, essa nova postura acaba por promover a justicialização da Administração e, por conseguinte, a politização da justiça.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a raiz desse arcabouço constitucional é, curiosamente, uma descrença da população – e dos próprios constituintes – nos Poderes “políticos”, i.e., os poderes Legislativo e Executivo. Afirma o Mestre das Arcadas:

A presunção de que os atos destes dois Poderes [Legislativo e Executivo] sejam legítimos e visem ao interesse geral mantêm-se no plano jurídico-formal. Do ângulo da opinião pública, não. São eles compostos de “políticos” e estes são objeto de escárnio, pois, todos duvidam, trabalham para o interesse geral. [...] Este descrédito não colhe o juiz. No fundo, é este uma personalidade mais próxima dos bem pensantes que fazem a opinião pública. É mais aceitável para essa burguesia “esclarecida”. É formado em nível superior, selecionado por meio de concurso, adstrito à independência e à imparcialidade, por isso - entende essa faixa da sociedade - é melhor que a ele seja dada a decisão em matérias importantes - como as grandes decisões políticas - do que aos “políticos” - vistos como ignorantes, corruptos, interesseiros, demagógicos [...] (Ferreira Filho, 1994, pp. 15-16).

Não negando a possibilidade de controle judicial de atos de governo – pelo contrário, considerando-o fundamental para a efetivação do Estado de Direito –, Ferreira Filho diagnosticou o risco inerente de captura do Estado pelos magistrados, que detém o poder de dizer o direito. Para ele, o controle exercido de forma irregular pode ensejar o “governo dos juízes”, uma vez que, num Estado de Direito, é “a lei é que preside à atualização administrativa e que determina o que pode e o que não pode fazer o indivíduo [e, portanto] quem decide qual lei vale, qual não vale, deteria, de facto, o poder de última instância” (Ferreira Filho, 2001, p. 137).

15 - Conforme apregoadado por Montesquieu, em seu *Espírito das Leis*: “Les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur” (In: MONTESQUIEU. *De l'Esprit des lois*. Paris: Garnier, 1869, p. 149).

Frente a tamanho poder, e diante do inexorável avanço da judicialização da política – e, de maneira reflexa, da politização da justiça –, Manoel Gonçalves Ferreira Filho deixa um alerta: a politização da justiça é desejada por muitos, em especial aqueles que buscam implantar um “controle externo” do Judiciário sob o manto da necessidade de punir os eventuais abusos de magistrados. Calçados no avanço das cortes na vida política, esses atores terão a “desculpa” perfeita para “reclamar, e impor, aos juízes e tribunais um padrão [...] correto de decisão” (Ferreira Filho, 1994, p. 16), invocando a democracia como justificativa nobre para fins escusos. Escrito trinta anos atrás, o alerta permanece flagrantemente atual.

## CONCLUSÃO

A sabedoria – quase profética – do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho lhe permitiu prever e explicar, trinta anos atrás, um fenômeno que só haveria de se consolidar em meados da década de 2010: a interferência constante e acentuada do Poder Judiciário na vida político-institucional brasileira, agindo como verdadeiro *veto player* do sistema democrático – interferência derivada diretamente de uma descrença aguda da opinião pública nos poderes Legislativo e Executivo.

A partir da obra de Manoel Gonçalves, é possível compreender o ativismo judicial muito mais como um fenômeno político do que propriamente jurídico: é a descrença na Democracia – em especial, nos representantes eleitos – que faz com que o Judiciário tome frente em relação aos demais Poderes. Essa falta de confiança no modelo democrático, no âmbito da Assembleia Geral Constituinte de 1987, permitiu o surgimento de um arcabouço institucional que empoderou constitucionalmente o Poder Judiciário e seus órgãos auxiliares – como o Ministério Público – que fundamenta as bases jurídicas que “autorizam” (ou, pelo menos, facilitam) uma maior atuação dos juízes na tomada de decisões eminentemente políticas.

Em um momento em que magistrados ativistas são elogiados e louvados como vestais da ética e defensores da Democracia, os escritos de Ferreira Filho nos servem como alerta e antídoto: o empoderamento do Judiciário e de seus membros – não eleitos, ressalte-se – não é a resposta para os muitos desafios do sistema democrático. A Democracia possível não pode ser realizada por uma elite judiciária que se enxerga detentora da verdade, porque ela não possui, de fato, o *ethos* democrático. Só a ascensão de novas lideranças comprometidas com a promoção dos valores da liberdade e igualdade e a melhoria de políticas públicas de garantia de mobilidade social podem salvar a Democracia. Que essas lideranças leiam e reproduzam a monumental obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho – fará bem ao Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7<sup>a</sup> ed., 14 reimp. Coimbra, Portugal: Almedina, [s.a.].

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1979a.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A reconstrução da democracia**: ensaio sobre a institucionalização da democracia no mundo contemporâneo e em especial no Brasil. São Paulo: Saraiva, 1979b.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988**: judicialização da política e politização da justiça. Revista De Direito Administrativo, v. 198, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Paulo Sérgio. O programa normativo e a limitação à criação de regra processual: a ilegalidade da suspensão dos processos em tramitação nas instâncias ordinárias que versem sobre matéria apreciada em recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.64, 2015.



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





.....

# COMPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS: A CARTELA DE ACORDOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

.....

*ADMINISTRATIVE CONFLICT COMPOSITION: THE  
AGREEMENT FRAMEWORK OF THE ATTORNEY  
GENERAL'S OFFICE*

Flávia Corrêa Azeredo de Freitas<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Acordos administrativos para a composição de conflitos. 2. Acordos administrativos celebrados em ambiente de (maior) paridade. 3. Acordos administrativos celebrados em ambiente de (maior) imperatividade. 3.1. Acordo de leniência. 3.2. Acordo de não persecução civil (ANPC). 3.3. Termo de ajustamento de conduta (TAC). 3.4. Acordo regulatório. 3.5. Termo de compromisso. 3.6. Transação tributária. Conclusão. Referências bibliográficas.

---

1 - Procuradora Federal. Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Política Social pela Universidade Federal Fluminense - UFF. E-mail: fcfa1309@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0007-4215-9430>.

**RESUMO:** O ordenamento jurídico brasileiro consagra, em diversos dispositivos, a composição de conflitos pela administração pública. A profusão de normas legais indica a necessidade de se compilar a cartela de acordos à disposição da administração pública, na busca de uma visão sistêmica desses instrumentos consensuais. A tarefa não é simples nem fácil. A magnitude da administração pública e o dinamismo da produção normativa sobre o tema impõem um corte metodológico na análise. Nesse sentido, este artigo apresenta um panorama dos acordos celebrados pela Advocacia-Geral da União, distinguindo-os em dois grandes grupos, a depender do grau de negociabilidade da administração pública federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acordos administrativos. Advocacia-Geral da União. Negociação. Paridade. Imperatividade. Poder de polícia.

***ABSTRACT:** The Brazilian legal system enshrines, in various provisions, the resolution of conflicts by the Public Administration. The profusion of legal norms indicates the need to compile the range of agreements available to the Public Administration, seeking a systemic view of these consensual instruments. The task is neither simple nor easy. The magnitude of the Public Administration and the dynamism of regulatory production on the subject impose a methodological framework in the analysis. The article provides an overview of the agreements made by the Attorney General's Office, distinguishing them into two broad categories, depending on the negotiability level of the federal Public Administration.*

***KEYWORDS:** administrative agreement; Attorney General's Office; negotiation; parity; imperativeness; police power.*



## INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro consagra, em diversos dispositivos, a composição de conflitos pela administração pública. A evolução normativa até o estágio atual contou com alguns marcos legais, a exemplo da Lei n. 9.469/97, da Resolução CNJ n. 125/2010, do Código de Processo Civil de 2015, da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) e do Decreto Federal n. 12.091/2024, que instituiu a Rede Federal de Mediação e Negociação – Resolve.

A profusão de normas legais, ora autorizando a autocomposição administrativa<sup>2</sup>, ora criando instrumentos consensuais<sup>3</sup>, indica a necessidade de se compilar a cartela de acordos à disposição da administração pública, na busca de uma visão sistêmica desses instrumentos consensuais. A tarefa não é simples nem fácil. Primeiro, pela magnitude da administração pública no país, refletida em três esferas de governo, cada qual com normas e especificidades próprias. Segundo, pela ebulição do tema da consensualidade administrativa, que faz surgir novas normas em curto espaço de tempo, seja aprimorando as regras existentes<sup>4</sup>, seja inovando em matérias ou esferas de competências que antes não previam soluções consensuais.

A opção em concentrar a análise na esfera federal, portanto, nos parece a mais acertada, dado o papel orientador e – geralmente – nacional da legislação federal em relação às legislações estaduais e municipais. Além disso, é inegável o amadurecimento normativo do tema no âmbito da Advocacia-Geral da União, frente aos outros órgãos jurídicos estatais. Dito isso, o presente artigo visa contribuir para a compreensão panorâmica dos acordos celebrados pela AGU na composição de conflitos de interesses, com o objetivo de auxiliar no enquadramento adequado do instrumento consensual às particularidades do contexto fático.

Pontuamos não haver pretensão de definitividade na classificação ora proposta ou de esgotamento do tema. A inserção da consensualidade no Direito Público vem ocorrendo de forma gradual e contínua, razão pela qual qualquer tentativa naquele sentido se revelaria inútil.

### 1. ACORDOS ADMINISTRATIVOS PARA A COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

Compor é criar, participar, preparar, consertar, dispor e conciliar (Villar, 2012). Compor um conflito abrange o encontro de solução consensual para o conflito já instaurado, a prevenção dialogada de conflitos e litígios<sup>5</sup> e a mitigação, ou seja, a redução da dimensão conflituosa da disputa por meio de técnicas não impositivas. Todos são objetivos eficientes em uma perspectiva racional de avaliação de custos e benefícios.

O ordenamento jurídico contém diversas normas que prestigiam a solução e prevenção de conflitos<sup>6</sup>, contudo, há poucas disposições sobre acordos parciais. Etapa indispensável para

---

2 - Por exemplo, o art. 1º da Lei 9.469/97 e o art. 32 da Lei 13.848/19.

3 - Por exemplo, o art. 26 da LINDB, o art. 17-B da Lei 8.429/92 e o art. 16 da Lei 12.846/13.

4 - O Decreto federal n. 12.091/24, que instituiu a Rede Federal de Mediação e Negociação – Resolve, é um exemplo de norma que aprimora o sistema de composição administrativa de conflitos.

5 - Litígio é o conflito judicializado.

6 - Como exemplo, citamos o art. 1º da Lei 9.469/97 e o art. 151 da Lei 14.133/21.

o sucesso de qualquer negociação, a identificação da melhor alternativa à proposta de acordo negociado (MAPAN) pressupõe analisar cenários em caso de não acordo e precisar o espaço de negociação situado entre as margens da melhor ou da pior alternativa<sup>7</sup>.

Nesse estudo, é possível que o acordo parcial, mesmo que não contemple todo o espectro conflituoso, traga mais vantagens às partes do que a melhor alternativa ao acordo. Ademais, e não raro, essa via pode abrir caminhos para futuros ajustes, além de fomentar a confiança entre as partes e estreitar as relações outrora estremecidas e distanciadas pelo conflito.

É válido considerar que os conflitos, em geral, têm várias camadas e nuances. A extensão da máquina pública e suas múltiplas funções fazem com que os conflitos da administração pública sejam não apenas diversificados e volumosos como, muitas vezes, complexos e ramificados. Cenários como esses recomendam a busca do acordo possível, que nem sempre é aquele idealizado pelas partes. Mitigar um conflito por meio da celebração de ajustes parciais, portanto, significa selar a solução para o que foi possível ser acordado, prevenir o escalonamento da contenda e abrir oportunidade para diálogos futuros.

A normatização de acordos administrativos para composição de conflitos no país decorreu, em linhas gerais, do aperfeiçoamento das relações público-privadas ao longo das últimas décadas, em especial, após o advento da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) – marco zero do recomeço da história da política brasileira, desde sua independência. Um momento de reconexão do Estado com sua sociedade, após dois séculos de ilegitimidade do poder, da falta de efetividade das múltiplas Constituições passadas e de desrespeito à legalidade constitucional (Barroso; Barcellos, 2003, p. 25-26).

Ao assegurar direitos e garantias fundamentais, nos âmbitos individual e social (artigos 5º e 6º ao 11º respectivamente), a CRFB/88 atuou decisivamente para o gradual empoderamento do cidadão enquanto ator ativo do sistema político e membro da comunidade. Com semelhante força, o enaltecimento da solução pacífica de disputas na ordem interna e internacional, destacada em seu preâmbulo<sup>8</sup>, direciona as relações do Estado e da sociedade rumo ao norte da convergência.

Ainda nessa linha, ao prescrever a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), a Constituição Federal injeta um elemento indispensável na valoração do interesse público e na interpretação dos limites da autoridade estatal. Abre-se caminho para compreensão de um Estado que equilibre o agir impositivo e autocompositivo; que mescle autoridade e paridade; que seja catalisador das demandas sociais, regulador da ordem e negociador de interesses (Medauar, 2017, p. 92).

Regular, incentivar, cooperar, negociar e mediar são faces de uma versão de Estado que absorveu as profundas mudanças vivenciadas pela humanidade nos últimos séculos e compreen-

7 - O conceito de MASA (melhor alternativa sem acordo) ou MAPAN (melhor alternativa a uma proposta de acordo negociado) advém da sigla em inglês BATNA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*), criada por William Ury e Roger Fischer em seu clássico livro *Getting to Yes* (Como Chegar ao Sim).

8 - “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (Brasil, 1988).

deu que compartilhar a autoridade é governar de forma mais eficiente. Afinal, a estabilidade das instituições públicas e sociais depende do fortalecimento do Estado de Direito e da sociedade civil, em um ambiente de fomento à pluralidade em suas múltiplas dimensões (Oliveira; Schwanka, 2009, p. 308).

Dogmas que impunham leituras restritivas à disposição de direitos e deveres pela administração pública, ancorados em um passado histórico de autoridade e autotutela administrativas (Binenbojm, 2006, p. 12), limitaram por muito tempo o avanço das práticas consensuais no direito público, sob o argumento da supremacia do interesse público (Ávila, 2007, p. 21). Nesse cenário, a nova ordem constitucional teve um papel fundamental na construção da segurança jurídica em torno da consensualidade administrativa, pavimentando o caminho para o surgimento de leis e atos infralegais sobre a matéria.

O enfoque constitucional ao cidadão como titular de direitos frente ao Estado e a deferência ao papel republicano de solucionador de litígios<sup>9</sup> atribuído ao Poder Judiciário, contudo, trouxeram efeitos não almejados pelo constituinte: a litigiosidade no país cresceu a patamares alarmantes (Watanabe, 2019, p. 31-32). Diante do descompasso entre a realidade escrita na Constituição e a vivida em sociedade, o descontentamento social enxergou na ação judicial o percurso mais efetivo para a concretização dos direitos e garantias assegurados, mas não implementados. Aliado a isso, o empoderamento de instituições (ex. Ministério Público e Defensoria Pública) e a conferência de legitimidade processual a novos atores (ex. sindicatos e associações de classe) organizou e ampliou as demandas por uma administração pública ética e eficiente.

Segundo o relatório *Justiça em Números*, do CNJ, publicado em 2023 (ano de referência 2022), tramitaram no país 81,4 milhões de processos. Foram ajuizadas 21,3 milhões de novas ações, 7,4% a mais que no ano anterior. A relevância da administração pública no atual cenário litigioso é indiscutível: (a) os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 34% do total de casos pendentes e 64% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 88%; (b) 10 (dez) dos 20 (vinte) maiores litigantes, tanto no polo passivo quanto ativo, integram a administração pública em alguma das três esferas federativas.<sup>10</sup>

O desenvolvimento da consensualidade administrativa na área de composição de conflitos, portanto, decorre de um conjunto de fatores, que incluem a ambiência de nova ordem constitucional pró acordos, a releitura do interesse público à luz dos direitos fundamentais e a explosão da litigiosidade com consequente esgotamento institucional do Poder Judiciário como única porta para a solução das disputas.

Observamos iniciativas nos três Poderes da República que foram determinantes para o avanço dos métodos consensuais de composição de conflitos. Pelo Poder Executivo, a criação da Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Federal, em 2007<sup>11</sup>; pelo Poder Judiciário, a

9 - O agigantamento do Poder Judiciário não deflui apenas do seu enquadramento constitucional; as influências do autoritarismo absolutista moldaram a administração pública brasileira, tornando-a pouco afeita ao diálogo. Por muito tempo, ela enxergou aquele Poder como a única porta para solução de seus conflitos.

10 - Consideramos como administração pública apenas as entidades integrantes do Poder Executivo. Painel CNJ Grandes Litigantes (atualizado até maio de 2023). Disponível em <<https://grandes-litigantes.stg.cloud.enj.jus.br/>>. Acesso em: 28 ago. 2023.

11 - Quando de sua criação, pelo Ato Regimental n. 5, a CCAF foi denominada de Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal.

edição da Resolução CNJ 125/2010; pelo Poder Legislativo, a promulgação da Lei n. 9.469/97, do Código de Processo Civil (Lei n.13.105) e da Lei de Mediação (Lei n.13.140), ambas em 2015. A partir desses marcos normativos, a possibilidade de celebração de acordos pela administração pública ganhou contornos mais precisos em diferentes normas legais e infralegais, abrangendo arenas outrora dominadas pela imperatividade administrativa, como no direito sancionador e no direito tributário.

Atualmente, verifica-se uma pluralidade de espécies de acordos para a composição de conflitos administrativos, ora afeitos a ambientes mais paritários entre administração e administrado – aqui denominados de acordos administrativos *stricto sensu* –, ora afeitos a ambientes próprios do exercício do poder de polícia – acordos substitutivos de sanção e transação tributária. Nesse âmbito, a análise panorâmica da composição administrativa de conflitos nos permite compreender que o desenvolvimento dos acordos administrativos *stricto sensu* impulsionou a consensualidade no exercício do poder de polícia.

É certo que a desapropriação amigável do Decreto-lei n. 3.365/41 e do termo de compromisso ambiental do Decreto n. 94.764/87 são dois exemplos normalmente citados do estágio inicial de abertura à consensualidade administrativa. Contudo, se formos avaliar em uma perspectiva sistêmica, a consensualidade no ambiente de relações horizontais entre a administração e o administrado se desenvolveu com mais robustez antes daquela aferida no ambiente de relações verticalizadas.

Veremos a seguir as principais espécies de acordos administrativos celebrados pela AGU, com ênfase nos atos normativos que tratam de suas particularidades. Começaremos pela base legal reguladora dos acordos administrativos firmados em ambiente de (maior) paridade para, em seguida, avançar sobre os acordos administrativos firmados em ambiente de (maior) imperatividade.

## 2. ACORDOS ADMINISTRATIVOS CELEBRADOS EM AMBIENTE DE (MAIOR) PARIDADE

Quando a administração pública celebra um acordo, ela não deixa de ser administração pública. Isso significa que ela continua fiel aos seus deveres constitucionais, inclusive e especialmente, de atender o interesse público. Assim, em qualquer ajuste por ela firmado, a satisfação do interesse público é imperativo. O que irá variar será a interpretação do que seja interesse público no caso concreto (Rodrigues, 2023, p. 415); qual interesse público deverá prevalecer (Mello, 2021, p. 58) ou em que graus os interesses públicos e privados em debate serão sacrificados e prestigiados, sempre após análise contextualizada e ponderada (Sarmiento, 2008, p. 126-128).

Dito isso, a administração pública nunca estará em plano de exata paridade negocial com o particular. Ela tem deveres e prerrogativas que o particular não tem. Ainda assim, há contextos conflituosos nos quais a relação negocial entre a administração e o administrado será mais horizontalizada, por não envolverem, em regra, ilegalidade ou irregularidade cometida pelo particular que atraia o exercício do poder de polícia, seja este na forma de regulação, fiscalização, sanção ou tributação.

Os acordos celebrados pela administração pública em ambiente de maior paridade negocial com o administrado são por nós denominados de acordos administrativos *stricto sensu*. Isso porque, acordo administrativo é um gênero que abarca diversas espécies de ajustes e, também, a

espécie que dá nome – por não haver denominação mais apropriada – ao instrumento consensual que componha um conflito de interesses no qual a relação jurídica entre administração e administrado revele maior equilíbrio de direitos e deveres.

Acordos administrativos *stricto sensu* são de amplo cabimento e podem conter, por vezes, cláusulas relacionadas ao poder de polícia administrativa. A depender do contexto, esses acordos poderão ser regidos por uma combinação de regimes de negociabilidade mais restrita e mais ampla. Isso porque, os acordos administrativos podem ser fungíveis (Binenbojm, 2020, p. 22), desde que atestada a gestão eficiente dos interesses sociais, e não descumprida nenhuma norma de incidência obrigatória. O que é importante considerar quanto a eles é que o ambiente de negociação é predominantemente pautado por uma dialética mais paritária entre as partes envolvidas.

Dissemos no tópico anterior que a evolução normativa dos acordos administrativos *stricto sensu* impulsionou a ampliação dos métodos consensuais em searas próprias da atuação do poder de polícia administrativa. Vejamos de forma breve como essa evolução ocorreu.

A Lei n. 9.469/97, conhecida como a norma básica sobre transações e acordos na esfera federal, foi editada para regulamentar o inciso VI do art. 4º da lei orgânica da AGU (Lei Complementar n. 73/93)<sup>12</sup>. Seus dispositivos podem ser classificados pelos seguintes critérios: (a) quanto à competência para autorizar a realização de acordos ou transações (art. 1º e §4º; art. 2º); (b) quanto à autorização e requisitos para firmar o Termo de Ajustamento de Conduta (art. 4º-A); (c) quanto a acordos em matéria de cobrança e recuperação de créditos (art. 1º-A e art. 2º§§2º ao 4º); e (d) quanto à uniformidade de atuação na prevenção e redução de litígios (art. 4º).

A redação aberta do art. 1º da Lei 9.469/97 permite o enquadramento de variados acordos federais dentro da espécie acordo administrativo *stricto sensu*. Salvo quando a hipótese é característica de exercício do poder de polícia, é possível construir um ajuste, juridicamente viável, que atenda aos interesses das partes e componha um conflito em um ambiente dialético mais paritário, valendo-se da regra geral do art. 1º da Lei 9.469/97. No entanto, a regulamentação interna dessa lei ocorreu de forma lenta e gradual. Somente a partir de 2009, surgiram as primeiras relevantes normas que trouxeram efetividade às suas disposições.

Durante esses doze anos, os acordos na AGU receberam dois grandes impulsos: em 2001, com a publicação da Lei n. 10.259 (Lei dos Juizados Especiais Federais) e em 2007, com a criação da CCAF. Os juizados especiais federais (JEFs) foram o primeiro grande ambiente de prática de acordos pela Administração pública federal na solução de conflitos judiciais fora do eixo da imperatividade. A Lei n. 10.259/2001 (art. 3º §1º) vedou expressamente a autocomposição nos temas de improbidade administrativa, matéria disciplinar de servidores e a anulação de atos Administrativos (salvo os de natureza previdenciária e de lançamento fiscal).<sup>13</sup>

12 - “Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

[...]”

VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente; [...]” (Brasil, 1993).

13 - A Portaria AGU n. 109/2007, que regulamentava os acordos celebrados nos JEFs, proibia quaisquer ajustes, sob pena de sanção aplicada a servidor, qualquer que fosse ela (art. 3º, §3º, I). A norma foi revogada pela Portaria AGU n. 05/2021. Atualmente, os acordos no JEFs são regulados pela Portaria PGF n. 498/2020 (Autarquias e fundações públicas federais) ou pela Portaria PGU n. 11/2020 (União Federal).

Seis anos depois, foi criada a CCAF (atual Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Federal) como local adequado para promoção de acordos entre entidades e órgãos públicos da administração federal<sup>14</sup>. Ao longo de seu aperfeiçoamento, essa câmara administrativa se revelou um ambiente de ampla e paritária discussão, com foco na construção de consenso em torno de políticas públicas de alto impacto.

O primeiro grande passo na regulamentação da Lei n. 9.469 foi a publicação da Portaria AGU 990/2009 que delegou a demais autoridades da AGU as competências para a autorização de acordos. A norma evoluiu para a atual Portaria AGU 173/2020. A delegação de competência viabilizou as primeiras normas sobre acordos relacionados a créditos e débitos da União e suas autarquias e fundações. A partir daí, a política de negociação deixou de ser uma previsão legal dependente da autorização do Advogado-Geral da União, para ganhar formalização e procedimento destinados à aplicação por todas as quatro carreiras integrantes da AGU.<sup>15</sup>

Ainda em 2009, foi regulada a celebração de acordos judiciais relacionados a débitos das autarquias e fundações públicas federais (Portaria PGF n. 915)<sup>16</sup> e débitos e créditos da União (Ordem de Serviço PGU n.º 13).<sup>17</sup> Ambas as normas evoluíram para as regras atuais constantes, respectivamente, na Portaria PGF n. 498/2020 e Portaria PGU n. 11/2020. Essa última trata de acordos judiciais e extrajudiciais em que a União seja devedora, incluídas as obrigações de fazer, e as hipóteses em que atue como compromissária do termo de ajustamento de conduta (art. 1.º, §3º).

A Portaria PGU n. 11/2020 estabelece a observância no procedimento de negociação dos seguintes princípios: legalidade, voluntariedade, autonomia, oralidade, boa-fé, desburocratização, eficiência e economicidade. A norma contém, ainda, importantes definições sobre negociação pública, razão pela qual entendemos que ela possa ser considerada em um contexto sistêmico, mesmo para as hipóteses em que a União seja credora, salvo regulamentação específica.

Já a Portaria PGF n. 498/2020 cuida dos acordos judiciais, independentemente do polo processual ocupado pelo ente público por ela representado. Diante da falta de norma específica que regule os acordos extrajudiciais na Procuradoria-Geral Federal, foi elaborado o manual de acordos extrajudiciais da PGF que orienta a aplicação, no que couber, da Portaria PGF n. 498/2020. Dado seu amplo escopo, essa portaria serve de paradigma normativo para todos os acordos celebrados no âmbito da Procuradoria-Geral Federal (PGF). Há um rol de cláusulas míni-

14 - A regulamentação atual da CCAF é feita pelo Decreto n. 11.328/2023 que admite (art. 41, III, alínea 'd') sua atuação em conflito entre particular e órgão ou entidade da administração pública federal.

15 - Neste tópico, nos concentramos nas normas relativas à atuação dos Advogados da União e dos Procuradores Federais, porque são eles quem, na maioria das vezes, atuam como representantes do Poder Executivo federal em ambientes negociais mais paritários. Apenas a título de registro, os principais atos que, atualmente, regulam a prática de acordos nas outras duas carreiras da AGU são: Portaria PGBC n. 113.298/2022 (celebração de acordos e transações judiciais no âmbito da Procuradoria-Geral do Banco Central); e Portaria PGFN n. 6.757/2022 (regulamenta a transação na cobrança de créditos da União e do FGTS).

16 - A delegação de competência de que trata o art. 1.º da lei n. 9.469/97 foi regulamentada pela Portaria AGU 990/2009. Por ela, o Procurador-Geral Federal recebeu a atribuição do AGU para autorizar a celebração de acordos e transações, em juízo, para terminar litígios e, então, editou a Portaria PGF 915/2009. A Portaria PGF 915/2009 foi revogada pela Portaria PGF 419/2013, a qual evoluiu para a atual Portaria PGF 498/2020.

17 - A Ordem de Serviço PGU n.º 13/2009 foi a normativa possível para o estágio de consensualidade naquela primeira década do século XXI. As possibilidades de acordo eram limitadas: (i) alçada de 60 salários mínimos para formalização de acordo, sem necessidade de autorização; (ii) vedação à celebração de acordos em matéria de alienação de patrimônio da União, aplicação de penalidade a agentes públicos e reparação por dano moral. Sua evolução culminou na atual Portaria PGU n. 11/2020.

mas que devem constar em todos os acordos administrativos *stricto sensu* celebrados pela (ou com autorização da) AGU. São elas: I - qualificação das partes e de seus respectivos representantes; II - objeto do acordo e, quando for o caso, da demanda judicial; III - fundamentação jurídica; IV - especificação das obrigações assumidas e, quando for o caso, dos valores respectivos; V - prazo e forma de cumprimento e VI - disciplina em caso de descumprimento (art. 3º da Portaria PGF 498/20 c/c art. 15 da Portaria PGU 11/20).

No caso de acordo firmado no âmbito judicial ou na pendência de ação judicial (com o propósito de solução do litígio), a depender do objeto da ação e do contexto fático do conflito, são necessárias, ainda, as seguintes cláusulas: I - a renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial, exceto quando o autor da ação tutelar direito indisponível; II - desistência de eventuais recursos e ações individuais ou coletivas com mesmo objeto da demanda, inclusive pedidos e procedimentos administrativos; III - autorização de reposição ao erário caso a parte tenha recebido ou venha a receber os valores referentes ao objeto do acordo em duplicidade ou além do devido; IV - forma de pagamento de honorários advocatícios e custas processuais; V - a extinção, com resolução do mérito, da ação judicial em que o acordo será homologado; VI - o não reconhecimento dos pedidos da ação na hipótese de não formalização do acordo ou transação judicial; VII - a previsão de que a obrigação de pagar pelo ente público será adimplida por expedição de requisição de pequeno valor ou precatório.

Os requisitos a serem observados para celebração de acordo administrativo *stricto sensu* são similares em ambas as normas: I - exame de probabilidade de êxito das teses defendidas pelas partes; II - análise de viabilidade jurídica, técnica e operacional do acordo; III - exame de vantajosidade (economicidade) do acordo para o ente público; IV - autorização superior, quando necessário e V - homologação judicial, quando necessária (art. 5º da Portaria PGU 11/2020 e art. 2º da Portaria PGF 498/2020).

Não é propósito deste artigo analisar de forma detida cada um desses requisitos ou daquelas cláusulas. O que é importante destacar dos acordos administrativos *stricto sensu* é que eles constituem instrumento da consensualidade administrativa e têm regras próprias frente aos demais acordos previstos no ordenamento jurídico, em especial, em comparação aos acordos substitutivos de sanção e às transações tributárias.

A atuação da administração pública na contemporaneidade é tão diversificada e ramificada que os acordos por ela firmados acompanham a variedade de temas e contextos fáticos, ora mais paritários, ora mais imperativos.

### 3. ACORDOS ADMINISTRATIVOS CELEBRADOS NO AMBIENTE DE (MAIOR) IMPERATIVIDADE

A imperatividade administrativa revela-se, por excelência, no exercício do seu poder de polícia, que consiste no conjunto de competências concedidas à administração pública para disciplinar, limitar e condicionar direitos e liberdades individuais, com a finalidade de atender o interesse público adequado ao contexto fático. Essas competências geralmente relacionam-se com as atividades de fiscalização, legislação, tributação e punição (Moreira Neto, 2014, p. 437).

Para o regular exercício do poder de polícia administrativa é indispensável uma autorização legal explícita ou implícita, sendo que o limite do seu exercício é demarcado pelo interesse

social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados pela Constituição Federal. O poder de polícia caracteriza-se, ainda, pelos seus atributos de discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade (Meirelles, 2002, p. 132). Os acordos celebrados nesse âmbito têm características próprias e produzem consenso em uma arena tradicionalmente marcada pela verticalização, unilateralidade e autoridade na relação Administração-administrado (Marrara, 2015, p. 511).

Há alguns fatores que estimularam, em específico, a consensualidade nessa arena. Em primeiro lugar, as ações estatais restritivas de direitos fundamentais enfrentam maior grau de insurgência dos destinatários, fazendo com que sejam marcadas por elevado grau de conflituosidade e, conseqüentemente, por maior uso e de recursos administrativos e intensa judicialização (Marrara, 2024, p. 135). Em segundo lugar, a administração pública não é plenamente capaz de combater determinadas condutas infrativas, seja pela escassez de recursos orçamentários e humanos, seja pelas características de determinados ilícitos (ex. os praticados no direito concorrencial). As infrações ficaram mais sofisticadas, dificultando a repressão pelas vias usuais e estimulando, de outro lado, a busca de colaboração com os autores da infração (Canetti, 2018, p. 08). Em terceiro lugar, os custos operacionais do Estado aumentaram, tanto pela complexidade das infrações em si quanto pelas essenciais garantias processuais asseguradas ao cidadão ao longo das décadas, fato que elevou a improbabilidade de sucesso nos processos administrativos acusatórios (Marrara, 2015, p. 511)<sup>18</sup>. Finalmente, observou-se um movimento para o reenquadramento da sanção como instrumento do Estado Democrático de Direito, a serviço de valores e objetivos caros à sociedade, e não um fim em si mesma (Vofonoff; Lima, 2024, p. 159-161).

Há, pois, uma lógica que alia a análise de custo-benefício com a reconfiguração da finalidade da sanção, subjacente ao aperfeiçoamento da consensualidade no âmbito do exercício do poder de polícia administrativa. Neste artigo, relacionamos o poder de polícia às atividades da administração pública de três naturezas (Medauar, 2017, p. 278-279): (i) sancionatória (acordo de leniência, acordo de não persecução cível, termo de ajustamento de conduta e termo de compromisso); (ii) regulatória-sancionadora (acordos regulatórios) e (iii) tributária (acordos relacionados à cobrança e recuperação de crédito - transações tributárias).

Nas atividades sancionatória e regulatória sobressaem os acordos substitutivos de sanção (ASS), caracterizados pelo efeito terminativo do processo administrativo no qual é celebrado, porque substitui a decisão unilateral e imperativa da administração pública, findando o processo instaurado (Palma, 2010, p. 191).<sup>19</sup> Veremos a seguir os principais acordos substitutivos de sanção celebrados pela AGU e, após, trataremos noções básicas e principais normativas que regulam a transação tributária federal.

### 3.1. Acordo de leniência

Leniência indica brandura, suavidade. O acordo de leniência foi assim nomeado pois tem a finalidade de isentar ou mitigar as penalidades aplicáveis ao colaborador (quem firma o acordo com a

18 - O TCU já havia, pelo Acórdão n. 482/2012, alertado que a simples imposição de multa por infrações administrativas cometidas é uma medida sancionadora insuficiente para coibir e reprimir práticas lesivas ao interesse público.

19 - Acordos substitutivos de sanção também são admitidos no curso de processo judicial (ex.: art. 5º, § 6º da lei n. 7.347/85 e art. 4º-A da Lei n. 9.469/97).

administração pública) em troca da sua colaboração probatória num processo sancionador. Trata-se, em essência, de uma forma de obtenção de informações sobre ilícitos realizados em conluio e cuja persecução autônoma pelo Estado se mostre altamente custosa ou mesmo impossível (Canetti, 2018, p. 8).

A natureza associativa é uma das características mais marcantes dos ilícitos-alvo dos programas de leniência. Há um interesse natural e comum dos agentes infratores em buscar o sigilo na realização de suas condutas delitivas. A pluralidade dos agentes envolvidos, inclusive, é crucial para configurar a situação do dilema do prisioneiro (Canetti, 2018, p. 46-47 e 86-87).<sup>20</sup> Outra característica comum a esses ilícitos é o cunho eminentemente econômico. Uma vez que a conduta tende a ser pautada pela análise de custo-benefício, voltada para a maximização dos lucros, espera-se desses agentes uma maior probabilidade de responder aos estímulos do direito sancionador, mediante a colaboração (Canetti, 2018, p. 38).

Sob a ótica da instrumentalidade da sanção, em uma perspectiva de atuação pública contemporânea e pragmática, a mitigação ou isenção de penalidades constituem medidas premiaiais (Binenbojm, 2016, p. 107) para incentivar a prática de comportamentos desejados pela administração pública.<sup>21</sup>

O acordo de leniência foi inaugurado na legislação de defesa da concorrência (Lei n. 8.884/94, substituída pela Lei n. 12.529/11 – art. 86) e, atualmente, sua aplicabilidade se estende às searas da anticorrupção (art. 16 da Lei n.12.846/13), do sistema financeiro nacional (art. 30 da Lei n. 13.506/17), da lei de licitação e contratos administrativos (art. 158§4º, II da Lei n. 14.133/21) e da lei de improbidade administrativa (art. 3º§2º da Lei n. 8.429/92, com as alterações da Lei n. 14.230/21 c/c art. 2ª da Portaria Conjunta CGU/AGU n. 4/2019) (Canetti, 2018, p. 140; Marrara, 2015, p. 520).

No âmbito da administração pública federal, a regulamentação do acordo de leniência varia de acordo com a natureza das normas legais ou regulamentares infringidas. Nesse sentido, as infrações previstas nas Leis de n. 12.846/13 (lei anticorrupção), n. 8.429/92 (improbidade administrativa) e n. 14.133/21 (licitações e contratos) atraem a incidência da portaria conjunta n. CGU/AGU n. 4, de 23 de setembro de 2019. A portaria estabelece ser de atribuição da Controladoria-Geral da União, com a participação da Advocacia-Geral da União, firmar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática daqueles ilícitos (art. 16§10º da Lei n. 12.846/13). Foi justamente na lei anticorrupção que a CGU e a AGU buscaram as balizas legais para a redação da norma, uma vez que o capítulo V desta lei (artigos 16 e 17) estabelece as premissas mínimas para o firmamento do acordo de leniência, tais como requisitos, garantias, benefícios, e determina a sua aplicabilidade aos ilícitos da lei de licitações e contratos.

A colaboração deve resultar na (i) identificação dos demais envolvidos nos atos ilícitos, quando couber; e (ii) obtenção célere de informações e documentos que comprovem os ilícitos sob

20 - O dilema do prisioneiro é uma ilustração teórica decorrente da chamada teoria dos jogos, vertente econômica que estuda o processo de tomada de decisão por agentes racionais em situações estratégicas.

21 - “Sanções premiaiais são [...] posições de vantagem que o particular poderá galgar, desde que voluntariamente adapte a sua conduta às condições previstas na disciplina ordenadora. Enquanto as normas ordenadoras de comando e controle são estruturadas a partir do binômio prescrição-sanção, as normas de indução de comportamentos baseiam-se na atribuição de uma situação ampliativa de direito a quem se dispuser a adotar previamente os comportamentos exigidos. [...] Em alguns casos, o incentivo consiste em não se expor ao risco da sanção, com todo o estigma que ela carrega, além de seus efeitos patrimoniais mais imediatos; em outros casos, o incentivo advém do estímulo pela vantagem a que a conformação da conduta habilita o particular a desfrutar.”

apuração (art. 2º da Portaria CGU/AGU n. 4/2019 e art. 16, I e II da Lei n. 12.846/13). O colaborador deve admitir sua participação no ilícito e comprometer-se com a cessação das práticas e reparação integral do dano, além de submeter-se às sanções pecuniárias e (ou) não pecuniárias estabelecidas (art. 16, §1º, II e III e §3º da Lei n. 12.846/13). A admissão da responsabilidade pela pessoa jurídica colaboradora é objetiva, dispensando a aferição do elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa) e afastando, assim, eventuais obstáculos à celebração do acordo e dificuldades outras ao sancionamento estatal (art. 37, III do Decreto n. 11.129/22). Nesses termos, a colaboração deve ser efetiva e útil para a administração pública (art. 37, IV e V do Decreto n. 11.129/22), ou seja, ela deve trazer elementos os quais, geralmente, a atuação autônoma estatal não conseguiria obter.

Os benefícios do acordo de leniência firmado com a CGU/AGU poderão ser de quatro ordens: (i) isenção da pessoa jurídica das sanções de publicação extraordinária da decisão administrativa condenatória (art. 16§2º c/c art. 6º, II da Lei n. 12.846/13); (ii) isenção da sanção de proibição de recebimento de incentivos, subsídios, doações e similares (art. 16§2º c/c art. 19, IV da Lei n. 12.846/13; (iii) redução em até 2/3 do valor da multa aplicável (art. 16§2º c/c art. 6º, I da Lei n. 12.846/13) e (iv) isenção ou atenuação das sanções administrativas ou cíveis aplicáveis ao caso (art. 12 da Portaria Conjunta CGU/AGU n. 4/2019 c/c art. 16 §2º da Lei n. 12.846/13 e art. 50, IV do Decreto n. 11.129/22).<sup>22</sup>

Nem a lei anticorrupção nem a portaria conjunta CGU/AGU dispõem expressamente que, uma vez cumprido o acordo de leniência pelo colaborador, o processo administrativo sancionador relacionado a ele será arquivado ou extinto. O caráter substitutivo do acordo de leniência pode ser aferido pelo art. 2º do Decreto regulamentador n. 11.129/22, quando diz que a apuração da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica será efetuada por meio de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR ou de acordo de leniência.

A natureza substitutiva<sup>23</sup> do acordo de leniência decorre, ainda, da interpretação combinada das normas legais e regulamentares sobre (i) as sanções administrativas (art. 6º da Lei n. 12.846/13 c/c art. 19 do Decreto n. 11.129/22); (ii) a dosimetria das penas (art. 7º da Lei 12.846/13 c/c art. 23 e art. 47 do Decreto n. 11.129/22); (iii) a responsabilização judicial (art. 19 da Lei 12.826/13 c/c art. 30 do Decreto n. 11.129/22); (iv) as cláusulas e requisitos do acordo de leniência (art. 37 c/c art. 45 c/c art. 50§1º do Decreto n. 11.129/22 c/c art. 10 da Portaria CGU/AGU n. 4/2019); e (v) os efeitos do cumprimento do acordo (art. 52 do Decreto n. 11.129/22 c/c art. 14 da Portaria CGU/AGU n. 4/2019).

Segundo as normas referidas, o acordo de leniência tem a aptidão de abarcar todas as sanções administrativas e civis que poderiam ser exigidas do colaborador, em processo administrativo ou judicial, caso não fosse firmado o acordo. Nesse prisma, observamos a redação aberta do art. 7º, V, da Portaria CGU/AGU n. 4/2019, que autoriza a comissão responsável pela negocia-

22 - Demais sanções de natureza civil e administrativa aplicáveis ao caso, que poderiam ser exigíveis em juízo pela administração pública federal (art. 19 da Lei n. 12.846/13), podem ser objeto de disposição no acordo, desde que justificada a vantajosidade da atenuação ou isenção, atendidos os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Veja-se, a propósito, que a pena civil de perdimento de bens (art. 19, I da Lei n. 12.846/13), a qual – a princípio – dependeria de ação judicial para ser cumprida, já constitui cláusula do acordo de leniência (art. 37, VII do Decreto n. 11.129/22).

23 - A análise da proposta de acordo de leniência será instruída em processo administrativo específico, que conterà o registro dos atos praticados na negociação (art. 38 §5º do Decreto n. 11.129/22). Ou seja, a ideia de substituição é com relação ao processo administrativo sancionador em face do colaborador ou à decisão final que seria tomada nesse processo.

ção do acordo de leniência a propor cláusulas e obrigações para o acordo de leniência que, diante das circunstâncias do caso concreto, reputarem-se necessárias para assegurar: a) a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo; b) o comprometimento da pessoa jurídica em promover alterações em sua governança que mitiguem o risco de ocorrência de novos atos ilícitos; c) a obrigação da pessoa jurídica de adotar, aplicar ou aperfeiçoar um programa de integridade; d) o monitoramento eficaz dos compromissos firmados no acordo de leniência; e) e a reparação do dano identificado ou a subsistência dessa obrigação.

Reconhecemos, outrossim, que o acordo de leniência funciona como um acordo integrativo – que se acopla ao processo administrativo com a finalidade de facilitar sua instrução (Marrara, 2015, p. 513) – em relação aos infratores não colaboradores, ou seja, aqueles que não celebraram o acordo de leniência. Podemos, inclusive, admitir que esse acordo tem um efeito integrativo imediato, pois sua celebração oferece elementos probatórios à administração que serão utilizados no processo administrativo contra os não colaboradores; e outro, substitutivo, com efeito mediato, porque o acordo substitui a decisão administrativa final que seria proferida em face do colaborador.

O acordo de leniência com fundamento nos ilícitos tipificados na lei de defesa da concorrência (Lei n. 12.529/2011) encontra-se sob o âmbito de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que tem regras próprias<sup>24</sup>. O art. 197 do Regimento interno do CADE explica o que é o programa de leniência referido na lei (capítulo VII).<sup>25</sup>

As similitudes com o acordo de leniência da lei anticorrupção que merecem por ora serem destacadas e que normalmente são características dessa espécie de acordo são: (i) o propósito de identificação dos envolvidos nos atos ilícitos e de obtenção célere de provas da infração noticiada ou sob investigação (art. 86, I e II da Lei n. 12.259/11 c/c art. 198, V e VI do Regimento interno do CADE); (ii) a admissão, pelo colaborador, da participação no ilícito (art. 86, §1º, IV da Lei n. 12.259/11 c/c art. 198, IV do Regimento interno); (iii) o comprometimento do colaborador na cessação das práticas ilícitas noticiadas ou sob investigação (art. 86, §1º, II da Lei n. 12.259/11 c/c art. 198, II do Regimento interno); (iv) a submissão às sanções pecuniárias (ou não) estabelecidas e a colaboração efetiva e útil (art. 86, §3º da Lei n. 12.259/11 c/c art. 207, §1º, VIII do Regimento Interno); (v) a redução de 1/3 a 2/3 das multas aplicáveis na seara administrativa (art. 86, §4º, II da Lei n. 12.259/11 c/c art. 209, II do Regimento interno).

As principais especificidades do acordo de leniência no âmbito do CADE, em comparação com aquele celebrado pela CGU/AGU, previstas na Lei n. 12.259/11, são: (i) pode ser celebrado com pessoa física (art. 86); (ii) decretação da extinção da ação punitiva da administração em favor do infrator se a proposta do acordo tiver sido apresentada antes que o CADE tivesse

24 - O CADE é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça e regulada pela Lei n. 12.529/2011. Tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado e poderes para investigar e decidir sobre matéria concorrencial. Como autarquia federal, integra a administração federal indireta e, nessa condição, é representada judicial e extrajudicialmente pela Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União competente, também, para prestar consultoria e assessoramento jurídico. Os acordos de leniência celebrados pelo CADE, portanto, também contam com a participação ativa da AGU, na pessoa da Procuradoria Federal Especializada no CADE, cujas competências estão reguladas pelo art. 15 da Lei n. 12.529/11.

25 - O programa de leniência consiste em um conjunto de iniciativas com vistas a: I - detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; II - informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 86 e 87 da Lei n.º 12.529, de 2011; e III - incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de acordo de leniência.

conhecimento prévio da infração noticiada (art. 86, §4º, I)<sup>26</sup>; (iii) cumprido o acordo pelo agente, previsão expressa de extinção de punibilidade dos crimes contra a ordem econômica e prática de cartel (art. 87, p.ú); e (iv) ausência de exigência de reparação integral do dano (a reparação encontra-se subentendida com o cumprimento do acordo). Veja-se que o cumprimento do acordo de leniência tem o condão de substituir não apenas a decisão administrativa no processo sancionador como, inclusive, a sentença judicial em ação penal. Esse efeito é reconhecido como um dos grandes atrativos do acordo de leniência do CADE.<sup>27</sup>

A celebração do acordo de leniência em razão da prática de ilícitos previstos na lei do sistema financeiro nacional (Lei n. 13.506/2017) é de atribuição do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Imobiliários (CVM)<sup>28</sup>. Na lei do sistema financeiro nacional, esse instrumento é chamado de acordo administrativo em processo de supervisão (APS) e é regulado pelos artigos 30 a 32 e 34 da Lei n. 13.506/2017. Nesse âmbito, tal como nos anteriores tipos de acordo de leniência apresentados, é exigido do colaborador a confissão da prática dos ilícitos (art. 30, IV da Lei 13.506/17); o fornecimento de provas que comprovem a infração noticiada ou sob investigação (art. 30, II); a identificação dos demais infratores (art. 30, I); a apresentação de provas das quais o Banco Central (ou a CVM) não tenha prévio conhecimento (art. 30, III c/c art. 34 da Lei 13.507/17 e art. 99 §5º da Resolução BCB n. 131, de 20/08/2021); e o compromisso de cessação das práticas infrativas (art. 30, II). É essencial, portanto, para a viabilidade do acordo, a cooperação plena e efetiva para a apuração das infrações (art. 32, III).

O acordo de leniência do sistema financeiro, tal como do regime concorrencial, pode ser celebrado com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática da infração, com extinção da ação punitiva ou redução de um a dois terços da penalidade aplicável (art. 30 c/c art. 102 da Resolução BCB n. 131, de 20/08/2021). Sua proposição pode ocorrer antes ou durante a tramitação do processo administrativo sancionador e, nesse último caso, desde que antes da prolação da decisão de primeira instância (art. 95 e p.ú. da Resolução BCB n. 131, de 20/08/2021). Acerca dessa matéria, vale destacar ainda que a assinatura do acordo não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano porventura causado (art. 101, §4º da Resolução BCB n. 131, de 20/08/2021).

### 3.2. Acordo de não persecução civil (ANPC)

O acordo de não persecução civil (ANPC) é firmado com pessoa física (servidor público ou não) ou pessoa jurídica em razão da prática de ato de improbidade administrativa de que trata a Lei n. 8.429/92. Sua previsão legal pode ser conferida no art. 17-B da Lei 8.429/92, introduzido pela Lei n. 14.320/21<sup>29</sup>. A redação original desse dispositivo havia retirado da administração

26 - Conhecido como “leniência plus”, em que a cooperação quanto a ilícito diverso gera benefícios para aquele ilícito e se estende, ainda, para abarcar a infração anterior. A leniência plus permite ao infrator informar às autoridades competentes a existência de uma infração ainda desconhecida pelo órgão, obtendo com isso a isenção quanto às penalidades referentes a esse ilícito e atenuações com relação ao ilícito pelo qual estava sendo inicialmente investigado.

27 - Os tipos penais abarcados pelo acordo de leniência com o CADE estão previstos no art. 87 da Lei n. 12.529/11 e reproduzidos no art. 209, p.ú. do Regimento interno do CADE.

28 - O Banco Central do Brasil é uma autarquia federal autônoma, integrante do Sistema Financeiro Nacional. Seu assessoramento jurídico e representação judicial e extrajudicial são de competência da Procuradoria-Geral do Banco Central, órgão da Advocacia-Geral da União. A Comissão de Valores Imobiliários (CVM) é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda. Seu assessoramento jurídico e representação judicial e extrajudicial são de competência da Procuradoria-Geral Federal, órgão também vinculado à Advocacia-Geral da União.

29 - O acordo de não persecução civil foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei n. 13.964/19, que acrescentou o §1º ao art. 17 da Lei n. 8.429/92, atualmente revogado pela Lei n. 14.230/21.

pública, por seus órgãos jurídicos, a atribuição para celebrar esse tipo de acordo, mantendo-o apenas na esfera de competência do Ministério Público. Contudo, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 7042 e n. 7.043, propostas respectivamente pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPA e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE, o Supremo Tribunal Federal (STF) devolveu a atribuição de firmar acordo de não persecução civil aos órgãos jurídicos da administração pública.<sup>30</sup>

Portanto, encontram-se atualmente legitimados para propor ação de improbidade e para firmar o ANPC tanto o Ministério Público quanto pessoa jurídica interessada, ou seja, a administração pública, direta e indireta, das três esferas federativas. Embora concorrentes, a legitimidade do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada tem naturezas distintas. É extraordinária a legitimidade do Ministério Público para propositura da ação de improbidade administrativa e, por conseguinte, *mutatis mutandis*, para o firmamento do acordo de não persecução civil, enquanto a legitimidade da administração pública interessada é ordinária, pois atua na defesa do seu próprio patrimônio, que inclui a reserva moral e ética da administração pública brasileira.<sup>31</sup>

A alteração promovida na Lei n. 8.429/92 (art. 17-D) tornou expressa a natureza sancionatória da ação de improbidade administrativa, atraindo os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (art. 1º §4º). Embora o dispositivo tenha negado a natureza civil à ação de improbidade, é indiscutível que se cuida de ação não penal.

A natureza não penal da ação de improbidade deflui do art. 37, §4º da CRFB, que exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados para os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, esses últimos dependentes de lei específica (Lei n. 8.429/92) e caracterizados por qualificada conduta ilegal ou imoral do agente público e de todo aquele que o auxilie, voltada contra a integridade do patrimônio público e social e a integridade na organização estatal.

O ato de improbidade pode ser praticado por pessoa física ou jurídica (arts. 2º e 3º da Lei n. 8.429/92), logo, a administração pública pode celebrar ANPC com pessoa física ou jurídica. O art. 3º §2ª faz uma ressalva quanto aos atos de improbidade praticados pela pessoa jurídica que também possam ser sancionados como ato de corrupção lesivo à administração pública (tipificados na Lei 12.846/13), determinando que, nesse caso, as sanções aplicáveis são da lei anticorrupção. Nessa perspectiva, vimos que a Portaria Conjunta CGU/AGU n. 04/19 prevê que seja celebrado acordo de leniência entre a administração pública federal e pessoa jurídica responsável pela prática de ato de improbidade, esteja ele enquadrado apenas na Lei 8.429/92 ou, além dela, também na Lei n. 12.846/13.

30 - O acórdão transitou em julgado no dia 07/03/2023. A lei 14.230/2021 foi objeto, também, da ADI n. 7236, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, pendente de decisão final. Na parte que interessa ao presente trabalho, foi deferida medida cautelar para suspender a eficácia do art. 17-B §3º da Lei n. 8.429/92.

31 - A legitimidade do Ministério Público ancora-se no art. 129, III, da CF, enquanto a legitimidade da pessoa jurídica interessada (ou seja, quem sofreu os efeitos gravosos do ato de improbidade) decorre dos arts. 5º, XXXV e 23, I, da CF.

Com a edição da Portaria AGU n. 18, de 16 de julho de 2021<sup>32</sup>, que regula especificamente o acordo de não persecução civil no âmbito federal, a definição do instrumento consensual adequado para ser celebrado com a pessoa jurídica responsável pela prática de ato de improbidade dependerá – segundo art. 4º – da avaliação conjunta entre os órgãos superiores responsáveis pelo ANPC e pelo acordo de leniência, no âmbito da AGU e da CGU.

Em linha com as principais características já apontadas para os acordos de leniência, selecionamos as seguintes para o ANPC celebrado com a administração pública federal, em observância à legislação em vigor: (i) admissão de participação nos atos ilícitos ou, quando for o caso, de que deles se beneficiou, direta ou indiretamente (art. 5º, I da Portaria AGU n. 18/2021); (ii) cessação da prática da conduta no caso de ilícito em andamento (art. 5º, II da Portaria AGU n. 18/2021); (iii) reparação do dano ao erário, quando for o caso (art. 5º, III da Portaria AGU n. 18/2021 c/c art. 17-B, I, da Lei n. 8.429/92); (iv) restituição integral do produto de enriquecimento ilícito ou dos bens, direitos ou valores que representem a vantagem ou o proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, quando for o caso (art. 5º, IV da Portaria AGU n. 18/2021 c/c art. 17-B, II, da Lei n. 8.429/92); (v) colaboração ampla, quando for o caso, com as investigações, promovendo a identificação de outros agentes, localização de bens e valores e produção de provas, inclusive no exterior (art. 5º, V da Portaria AGU n. 18/2021); e (vi) submissão a pelo menos uma das sanções previstas no art. 12 da lei n. 8.429/92 (art. 5º, VI da Portaria AGU n. 18/2021 c/c art. 12 da Lei. 8.429/92).<sup>33</sup>

A regulação legal do ANPC pelo artigo 17-B da Lei n. 8.429/92 sofreu impacto de três ações diretas de inconstitucionalidade. As mencionadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 7042 e 7043 e a ADI n. 7236, proposta por associação do Ministério Público. Essa última teve medida cautelar para suspender a eficácia do §3º do art. 17-B.<sup>34</sup> Por essa razão, entendemos que a anterior exigência de oitiva do Tribunal de Contas competente para apuração do valor do dano a ser ressarcido também deixou de ser aplicada aos acordos de não persecução civil celebrados pela administração pública.

Outra alteração introduzida na Lei n. 8.429/92 consiste na exigência de homologação judicial do ANPC, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa (art. 17-B, III). Sendo acordo celebrado administrativamente, antes do ajuizamento da ação, deverá ser observado o rito de jurisdição voluntária para sua homo-

32 - A Portaria AGU n. 18/2021 foi editada antes da publicação da Lei n. 14.230/21, que alterou a lei de improbidade. Após o julgamento das ADIs n. 7043 e 7042, a portaria – cuja aplicabilidade ficou sobrestada – voltou a servir de base normativa para a celebração do ANPC no âmbito da AGU, contudo, até o momento, não foi ajustada às novas regras legais mantidas após o julgamento das ADIs. A Orientação Judicial n. 00008/2023 PNFCJUD/SUBCOB/PGF/AGU, da Subprocuradoria-Geral Federal de Cobrança e Recuperação de Créditos da PGF, estabelece orientações aos Procuradores Federais para a negociação e celebração de Acordo de Não Persecução Civil- ANPC, de que trata o art. 17-B da Lei nº 8.429/92, e determina a observância da Portaria Normativa AGU nº 18/2021, no que for compatível com a nova redação do texto legal.

33 - A respeito de eventual cláusula de exoneração ou renúncia do cargo ou função pública, deve ser observada a suspensão cautelar da eficácia do artigo 12, §1º, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, por decisão do STF na ADI n. 7236. A respeito de eventual cláusula de compromisso de não assumir função pública, deve ser observada a suspensão cautelar da eficácia do artigo 12, §10º, da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, por decisão do STF na ADI n. 7236.

34 - “Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: [...]”

§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias” (Brasil, 2021).

logação judicial (art. 725, VIII c/c art. 515, III do CPC). O dispositivo não foi objeto de nenhuma ADI, ainda sim, entendemos que é visível o retrocesso social<sup>35</sup> na exigência de homologação judicial do acordo celebrado no âmbito administrativo antes do ajuizamento da ação de improbidade, além de constituir violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88).

Acordos celebrados no âmbito administrativo, ainda que detenham qualidade de título executivo extrajudicial (art. 784, IV do CPC), podem ser impugnados judicialmente (é nula qualquer cláusula que impeça o acesso ao Poder Judiciário) por procedimento ordinário (ex. ação anulatória). E, mesmo na execução do título extrajudicial, é oportunizado ao exequente sua ampla defesa (ex. artigos 803, 805, p.ú e 917 do CPC). Ou seja, o sistema legal já oferta garantias ao particular em eventual execução judicial de acordos celebrados com a administração pública pela via administrativa.

A homologação judicial de acordo celebrado pela administração pública, no âmbito de sua competência constitucional e legal e antes da instauração do litígio, como condição de validade e produção de efeitos, aumenta a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, cria um requisito que foge do padrão normativo do tema e viola a independência do Poder Executivo no exercício de suas atribuições.

### 3.3. Termo de ajustamento de conduta (TAC)

O termo de ajustamento de conduta (TAC) é um instrumento compositivo destinado a colher, do causador dano, o título executivo da obrigação de fazer (podendo ser incluída obrigação de não fazer e, excepcionalmente, obrigação de dar)<sup>36</sup>, mediante o qual o compromissário assume o dever de adequar sua conduta às exigências da lei, do regulamento ou do contrato, sob pena de sanções fixadas no próprio termo.

O art. 3º da Lei n. 7.347/85 (LACP) diz que a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, dando abertura para que o TAC também possa dispor sobre a obrigação de dar. Se a administração pública for a compromissária em um TAC firmado judicialmente, o pagamento deverá observar o rito do precatório. Se ela for a compromitente do TAC, o pagamento em dinheiro deve, a princípio, ser destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), regulamentado pelo Decreto n. 1.306/94.

O TAC orienta-se a especificar e inculcar exequibilidade imediata a compromissos pactuais decorrentes de disposições legais, regulamentares ou contratuais, as quais, de modo genérico ou implícito, já componham o regime obrigacional a que se vinculam as partes que o celebram. Por essa razão, no âmbito da AGU, há o entendimento consolidado de que o termo ou o compromisso de ajustamento de conduta, fundado no poder de polícia administrativa, circunscreve-se a

35 - A vedação ao retrocesso é um princípio previsto no art. 29 do Pacto de São José de Costa Rica, adotado pelo Brasil em 1992. Há retrocesso, pois, a legislação anterior que previa o ANPC (art. 17§1º da Lei n. 8.429/92, com a alteração da Lei n. 13.964/19) não previa qualquer exigência de homologação judicial em acordos prévios ao ajuizamento de ação judicial.

36 - O TAC deve conter as obrigações de fazer ou não fazer. Obrigações pecuniárias podem estar incluídas, mas não devem constituir o objeto principal e, sim, terem caráter de sanção em caso de descumprimento da obrigação do comportamento assumida. Afinal, trata-se de um termo de ajustamento de conduta, portanto, o foco é a modificação da conduta ou do comportamento para ajustá-lo às exigências legais, regulamentares ou contratuais. Juliana de Palma e Sérgio Guerra (Guerra A; Palma, 2018, p. 161) entendem ser possível, por exemplo, a previsão de custeio destinado à satisfação do plano do acordo, como a compra de cabeamento náutico para conter derramamento de petróleo em alto-mar. Em todo caso, deve-se evitar o risco de burla ao dever de licitar.

interesses de natureza extrapatrimonial e a objeto limitado a “condições de tempo, lugar e modo” ínsitas à obrigação legal impositiva ao compromissado, excetuada transigência quanto a núcleo jurídico indisponível associado ao interesse público ou a subjacente direito material de terceiros.<sup>37</sup>

A princípio, não há exigência, diferentemente do que ocorre no acordo de leniência e no acordo de não persecução civil, de que o compromissário do TAC assumira a prática do ilícito.<sup>38</sup> Isso se deve ao grau de reprovabilidade das infrações suscetíveis ao acordo de leniência e ao acordo de não persecução civil em comparação àquelas autorizadas para a celebração do TAC. Neste, o legislador compreendeu não ser de plano exigível a assunção da responsabilidade pela prática infracional, porque o termo envolve infrações de variadas naturezas (vide o rol do art. 1º da Lei n. 7.347/85 e a redação aberta do art. 4º-A da Lei n. 9.469/97), independentemente de serem praticadas com dolo ou culpa. É também possível celebrar o TAC para a adequação de conduta de um agente em um cenário de incerteza jurídica, o que reforça o acerto do legislador em não condicionar o firmamento do acordo à confissão da prática do ato.

Como qualquer acordo para a composição de conflito, esse tipo de termo pode ser firmado em âmbito judicial (ex.: art. 5º, § 6º da lei da ação civil pública – LACP) ou administrativo (ex. art. 4º-A da Lei n. 9.469/97, na prevenção de litígios)<sup>39</sup>. Conforme a Lei n. 7.347, de 24/07/85, o TAC é legalmente franqueado a qualquer ente ou órgão público legitimado a ajuizar ação civil pública. O art. 4º-A da Lei n. 9.469/97 visou ampliar para a administração pública federal as hipóteses para além daquelas trazidas pela LACP, prevendo, em caráter geral, a utilização do termo para a prevenção ou solução de litígios (*rectius* conflitos) de interesse das entidades federais<sup>40</sup>. Dessa forma, a administração pública federal pode figurar como compromitente, compromissária ou assumir posições de compromitente e compromissária em um mesmo termo de ajuste de conduta.<sup>41</sup>

Em qualquer situação, há exigência de autorização, direta ou por delegação<sup>42</sup>, do Advogado-Geral da União para celebração do TAC.<sup>43</sup> A autorização prévia funciona como requisito legal de validade do termo de ajustamento de conduta. A indispensabilidade de autorização do Advogado-

37 - Cf. Parecer n. 56/2018/DECOR-CGU/AGU, Nota n.007/2019/DECOR-CGU/AGU e Despacho do Consultor-Geral da União n. 419/2019/GAB/CGU/AGU, todos aprovados pelo Advogado-Geral da União.

38 - A ANP exige o reconhecimento do descumprimento da obrigação de conteúdo local prevista no processo sancionador para firmamento do TAC (art. 3º §1º da Resolução n. 848/2021).

39 - Segundo o Parecer nº 030/2011/Decor-CGU/AGU não há diferença substancial entre o TAC tratado no bojo do art. 4º-A da Lei n. 9.469/97 e o TAC da Lei n. 7.347/85 (art. 5º, § 6º).

40 - A Lei n. 9.469/97 fala em interesse público da União, suas autarquias e fundações. É preciso fazer uma leitura adequada dessa redação: a lei se refere ao interesse público tutelado por esses órgãos e entidades. Do mesmo modo, quando a lei fala em litígio (conflito judicializado), deve-se compreender os conflitos de um modo geral. Do art. 4º-A se pode, ainda, extrair o atributo de autoexecutoriedade do TAC firmado pela AGU na representação da União, suas autarquias e fundações, pela previsão de sanção administrativa em caso de descumprimento de seus termos (inciso V).

41 - Compromitente é o tomador do TAC, e compromissário é quem assume as obrigações previstas no instrumento.

42 - Pela Portaria n. 12/2020, o Advogado-Geral da União delegou a competência de que trata o art. 4º-A da Lei nº 9.469/97 ao Consultor-Geral da União e ao Procurador-Geral Federal para, no âmbito de suas atribuições, autorizar a celebração do termo de ajustamento de conduta, permitida a subdelegação.

43 - A interpretação do alcance da decisão final autorizativa do Advogado-Geral da União para celebração de termos de ajustamento de conduta, consoante parágrafo único do art. 4º-A da Lei n. 9.469/1997, foi objeto de elucidação pelo PARECER n.56/2018/DECOR-CGU/AGU. Antes, havia controvérsia jurídica sobre se a exigência de autorização do AGU englobava apenas as hipóteses em que a administração pública federal figurava como compromissária ou se abarcava qualquer situação, independentemente da posição ocupada pelo ente público.

-Geral da União, diretamente ou por delegação, para celebração de TAC, além de decorrer expressamente do parágrafo único do art. 4<sup>a</sup>-A da Lei 9.469/97, encontra-se alinhado ao art. 4<sup>o</sup>, VI da Lei Complementar n. 73/93. É medida, pois, que visa a segurança jurídica dos ajustes celebrados pela administração pública federal e a coesão do sistema da consensualização administrativa.

Se o TAC for preventivo de litígio, a análise e autorização inserem-se no âmbito da atividade consultiva e de assessoramento jurídico da autoridade administrativa, no controle interno da legalidade do ato a ser praticado. Tendo por objetivo mitigar ou terminar um litígio já instaurado, o termo será examinado e aprovado pelos órgãos da AGU com atribuição contenciosa, sem prejuízo de atuação em conjunto do órgão de assessoramento jurídico da entidade interessada. Nesse ínterim, vale salientar: autorizar não significa subscrever. O agente público titular da entidade pública compromissária ou comprometente é quem exerce a sua representação legal e/ou política e, portanto, como autoridade máxima, tem atribuição para, diretamente ou por delegação, subscrever o TAC firmado no âmbito de suas competências legais (ex. art. 32 da Lei n. 13.848/19).<sup>44</sup>

A subscrição do TAC pela AGU, de forma isolada ou em conjunto com o representante legal da administração pública, ocorrerá nas hipóteses em que tenha exercido a representação judicial ou extrajudicial da entidade pública interessada<sup>45</sup>. Portanto, será importante aferir, previamente, a natureza da atuação do membro da AGU. Se for exclusivamente como órgão de consultoria e assessoramento jurídico, em termo de ajustamento de conduta celebrado administrativamente, não há necessidade de subscrição com a autoridade administrativa interessada. Todavia, se atuar como representante judicial ou extrajudicial, mesmo que em paralelo prestando consultoria jurídica, além de autorizar a celebração do termo, deverá subscrever o acordo junto à autoridade interessada, sempre na qualidade de representante.<sup>46</sup> Além dessas hipóteses, quando o membro da AGU atuar como agente de conciliação (p. ex. nas Câmaras Administrativas de auto-composição), a AGU também deverá subscrever o TAC, na condição de mediador ou conciliador, para legitimar o ambiente de origem do instrumento.

A Portaria AGU n. 690/2009 dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelos órgãos da Advocacia-Geral da União na elaboração e celebração de termos de compromisso de ajustamento de conduta. Em linhas gerais, a portaria exige a comunicação aos respectivos órgãos de direção superior de quaisquer tratativas que visem à formalização de TAC, esteja a entidade pública na condição de comprometente ou de compromissária.

44 - "Art. 32. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4<sup>o</sup>-A da Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997" (Brasil, 2019).

45 - A representação extrajudicial pela AGU ocorre quando há relevância do conflito ou da controvérsia jurídica objeto de instância extrajudicial. Uma forma usual de representação extrajudicial é a perante tribunais administrativos (ex. TCU). A representação extrajudicial é de atribuição do órgão responsável pela consultoria e assessoramento jurídico da entidade. A Portaria CGU n.º 42/2018 é um exemplo de norma que regula a representação extrajudicial praticada pela AGU. Ela disciplina os procedimentos relativos à representação extrajudicial da União, relativamente aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo federais, este restrito à administração direta, e às demais funções essenciais à justiça, e de seus agentes públicos pela Consultoria-Geral da União e seus órgãos de execução.

46 - O Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União emitiu o Parecer n. 00076/2021/DECOR/CGU/AGU e elucidou a controvérsia jurídica que pairava entre os órgãos da AGU a respeito do tema. O parecer distingue as situações de TACs preventivos administrativos (firmados administrativamente na ausência de lides judiciais); TACs terminativos administrativos (firmados administrativamente e subsequentemente noticiados em lides judiciais preexistentes); e TACs terminativos judiciais (firmados diretamente em lides judiciais). Nas duas primeiras situações, o parecer previu três possíveis atuações da AGU (que podem ocorrer de forma isolada ou cumulativa): (i) como representante judicial; (ii) como agente de conciliação e (iii) como órgão de assessoria jurídica.

No âmbito da administração federal indireta, vigora a Portaria PGF n. 201/2013 que subdelega aos Procuradores Chefes das Procuradorias Federais junto às autarquias e fundações públicas a autorização para celebração de TAC (judicial ou extrajudicial), nas hipóteses em que essas entidades figurem como tomadoras do compromisso (compromitentes).<sup>47</sup> Se figurarem como compromissárias, a autorização será dada pelos órgãos de direção da PGF – Subprocuradoria-Geral Federal de Consultoria Jurídica ou Subprocuradoria-Geral Federal de Contencioso –, sendo o TAC extrajudicial ou judicial, respectivamente. A Portaria exige a homologação judicial apenas dos termos de ajustamento de condutas que se refiram a processo judicial em andamento (TAC judicial).

No âmbito da administração federal direta, a Portaria Normativa CGU/AGU n. 3/2021 regula a atuação dos Advogados da União no firmamento administrativo de TAC preventivo de litígio, ou seja, quando a questão jurídica não foi judicializada.<sup>48</sup> A norma exige a descrição, no termo, das obrigações a serem assumidas voltadas à regularização das condutas, à reparação de eventual dano causado e à prevenção de condutas futuras de mesma natureza (art. 3º, I). Além disso, estabelece serem imprescindíveis cláusulas que fixem o prazo, modo, meios e condições para o cumprimento das obrigações pactuadas (art. 3º, II), bem como as sanções aplicáveis em caso de descumprimento (inciso V) e a forma de fiscalização (VII).

Outro uso frequente do termo de ajustamento de conduta é para finalidade disciplinar, como instrumento voltado à resolução consensual de conflitos em casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo. No Poder Executivo Federal, a norma geral que trata da utilização do termo com essa finalidade é a Portaria Normativa CGU n. 27, de 11 de outubro de 2022<sup>49</sup>. Nesses casos, por meio do TAC, o agente público interessado (que pode ou não ocupar cargo público efetivo ou, ainda, ser empregado público) se compromete a ajustar sua conduta e observar os deveres e proibições previstos na legislação vigente. Ele poderá, ainda, assumir voluntariamente eventuais outros compromissos propostos pelo órgão ou entidade, observadas a proporcionalidade e adequação à conduta praticada.

O termo firmado com finalidade disciplinar pode exigir, diferentemente do que se observa nos termos de ajustamento com finalidade sancionadora-regulatória, a retratação do compromissário (art. 68§1º, II da Portaria CGU n. 27/2022). Em outras palavras, a assunção da responsabilidade pelo ilícito administrativo. Vale destacar o cuidado na redação da norma ao prever a retratação como uma possibilidade, e não uma condição. As circunstâncias que a farão ser exigida

47 - Essa subdelegação às Procuradorias Federais Especializadas junto às entidades federais atendeu a uma preocupação externada por essas próprias entidades, em especial as agências reguladoras, no sentido de otimizar o procedimento de celebração dos TACs. Havia a preocupação de que a autorização pelo próprio Advogado-Geral da União pudesse retardar a tramitação dos processos de celebração administrativa dos TACs, inviabilizando acordos importantes, além de reduzir a efetividade das decisões administrativas e aumentar os litígios judiciais.

48 - É possível ser firmado TAC em ambiente administrativo com a preexistência de ação judicial. Nesse caso, a ação judicial é, normalmente, suspensa, para as partes negociarem fora dos autos judiciais. Após, o TAC é levado à homologação judicial.

49 - A Portaria Normativa CGU n. 27/2022 regula o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal e, no art. 61, estabelece que o TAC será firmado em casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, ou seja, aquelas infrações puníveis com advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias (art. 145, II da Lei 8.112/90). A portaria determina preferência na celebração do TAC, visando a eficiência, efetividade e racionalização dos recursos públicos, desde que cumpridos seus requisitos (art. 61, p.ú.). O regramento do termo encontra-se nos artigos 61 ao 71. Há entidades que possuem regramentos próprios, como a ANAC e ANA, a saber: Instrução Normativa n. 126/2018 e Portaria n. 418/2022, respectivamente.

ou não dependerão do contexto fático<sup>50</sup>. Em qualquer caso, há a exigência que as obrigações estabelecidas pela administração devam ser proporcionais e adequadas à conduta praticada, visando mitigar a ocorrência de nova infração e compensar eventual dano (art. 68, *caput*). A natureza substitutiva de sanção do TAC disciplinar no âmbito da administração pública federal está expressa no art. 70§ 1º da Portaria CGU n. 27/2022.

### 3.4. Acordo regulatório

Acordo regulatório é aquele firmado no âmbito do poder regulatório-sancionador da administração pública (agências reguladoras). Sua finalidade é substituir a sanção administrativa que seria aplicada ao final do processo administrativo. O acordo regulatório pode terminar o processo administrativo sancionador, suspendê-lo até a comprovação do cumprimento dos termos do acordo, como pode, ainda, interditar a sua instauração. Exemplos de acordos regulatórios que **terminam** o processo administrativo sancionador estão previstos nos regulamentos da ANTAQ (art. 10 §1º da Resolução n. 92/2022); ANCINE (art. 10 §3º, I da IN n. 118/2015) e ANTT (art. 14 da Portaria n. 24/2021). Os exemplos de **suspensão**, por sua vez, estão previstos nos regulamentos da ANP (art. 8º da Resolução n. 848/2021); ANCINE (art. 10 §3º, II da IN n. 118/2015) e ANS (art. 29 §1º da Lei n. 9.656/98).

O acordo regulatório é o nome específico dado para o termo de ajustamento de conduta (TAC) ou termo de compromisso (TC) tomado por agência reguladora, que tenha por objeto matéria de natureza regulatória de sua competência, e encontra previsão em norma geral (art. 32 da Lei n. 13.848/2019 - lei das agências reguladoras)<sup>51</sup> e em legislações específicas<sup>52</sup>. Pela análise dessas regras legais e regulamentares, observa-se que esse tipo de acordo tem o objetivo de (i) ajustar a conduta do regulado às exigências legais, regulamentares ou contratuais; (ii) sanar e cessar os efeitos da infração imputada e (iii) aprimorar a adequada execução da atividade regulada.

O acordo regulatório é normalmente firmado no âmbito administrativo, com o propósito de prevenir litígios, mitigar ou solucionar conflitos.<sup>53</sup> Nesse caso, o representante legal da agência reguladora deverá subscrever o TAC (art. 32 da lei n. 13.848/19). A assinatura conjunta por membro da AGU será exigida quando esse órgão jurídico atuar como representante extrajudicial

50 - “Art. 68. As obrigações estabelecidas pela Administração devem ser proporcionais e adequadas à conduta praticada, visando mitigar a ocorrência de nova infração e compensar eventual dano.

§ 1º As obrigações estabelecidas no TAC poderão compreender, dentre outras: [...]

II- a retratação do interessado” (Brasil, 2022).<sup>51</sup> - Compromitente é o tomador do TAC, e compromissário é quem assume as obrigações previstas no instrumento.

51 - “Art. 32. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, as agências reguladoras são autorizadas a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de ajustamento de conduta com pessoas físicas ou jurídicas sujeitas a sua competência regulatória, aplicando-se os requisitos do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997” (Brasil, 2019).

52 - Agência Nacional de Águas (ANS) - Lei nº 9.961/2000 (art. 4º, XXXIX); Lei n. 9.656/98 (art. 29§§1º e 5º); Resolução Normativa ANS n. 372/2015. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) – Resolução n. 589/2012 (art. 5º) e Resolução n. 629/2013 (art. 1º§1º e art. 3º). Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) – Resolução n. 92/2022 (art. 1º e art. 2º§1º). Agência Nacional de Cinema (ANCINE) – Instrução Normativa n. 118/2015 (art. 1º, art. 9º e art. 19). Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC) – Resolução n. 472/2018 (art. 61 e art. 79). Agência Nacional do Petróleo (ANP) – Resolução n. 848/2021 (art. 1º e art. 8º).

53 - Mesmo o TAC utilizado como instrumento regulatório alternativo à aplicação da sanção administrativa configura solução preventiva de litígio, evitando ação judicial impositiva de obrigação de fazer ou de abster-se, decorrente da sanção a ser aplicada, ou cobrança do valor a ela correspondente. Não por outra razão, ele tem natureza de título executivo extrajudicial. Nesse sentido, conferir: Parecer n. 055/2020/DECOR-CGU/AGU, p. 26.

ou judicial da agência reguladora interessada. Caso o acordo regulatório for celebrado no curso de uma ação civil pública, versando sobre matéria de competência regulatória da agência, ela deverá ser comunicada.<sup>54</sup> Aqui, a subscrição do TAC por membro da AGU não admite exceção, já que a instituição atua como representante judicial da entidade. De todo modo, tendo natureza de TAC, o acordo regulatório celebrado por agências reguladoras federais, no âmbito de suas competências legais, deve ser aprovado pelo Procurador-Geral Federal, diretamente ou mediante delegação, seja ele firmado na seara administrativa ou judicial<sup>55</sup>. A aprovação deste decorre da delegação dada pelo Advogado-Geral da União, na forma do art. 1º c/c art. 4º-A da lei 9.469/97.<sup>56</sup>

Mesmo nas hipóteses em que a AGU – por meio da Procuradoria-Geral Federal – aprova o acordo regulatório, sem a necessidade de subscrevê-lo, o papel do órgão jurídico não é acessório ou de mera formalidade legal. O acordo regulatório (como qualquer outro acordo administrativo) regula a relação de direito material, englobando – também – questões jurídicas. Assim, a participação da PGF se faz necessária desde, ao menos, a negociação da minuta do acordo – junto às áreas técnicas da entidade interessada – até a elaboração da sua redação final. A aprovação deve ser entendida como o ato final de uma cadeia procedimental complexa que envolve reuniões de negociação, reuniões internas, pareceres etc.<sup>57</sup>

### 3.5. Termo de compromisso

O termo de compromisso (TC) foi incorporado na Lei de Introdução às Normas do Direito Público (LINDB) com a reforma trazida pela Lei n. 13.655/2018. O artigo 26 da LINDB prevê o firmamento do termo de compromisso para três finalidades, todas – em maior ou menor grau – relacionadas à composição de conflitos: (i) para eliminar irregularidade; (ii) para eliminar incerteza jurídica; ou (iii) para eliminar situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença.

A LINDB é uma norma de sobredireito, ou seja, seu objetivo é disciplinar as próprias normas jurídicas, dispondo como o direito deve ser interpretado e aplicado. O art. 26 da LINDB, portanto, oferece a todos os níveis federativos um regime mínimo suficiente para celebração dos compromissos de maneira imediata, atuando como autorizativo nacional para o uso de compromissos pela administração pública (Marrara, 2024, p. 146). A previsão, em norma de tamanha importância e abrangência, de uma forma de solução negociada pela administração pública permitiu à parte da doutrina identificar o art. 26 da LINDB como permissivo genérico para a atuação

54 - “Art. 32§2º. A agência reguladora deverá ser comunicada quando da celebração do termo de ajustamento de conduta a que se refere o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, caso o termo tenha por objeto matéria de natureza regulatória de sua competência” (Brasil, 2019).

55 - No acordo regulatório, a entidade pública (agência reguladora) figura na qualidade de tomadora ou compromitente do TAC. Assim, se for celebrado no âmbito administrativo, para prevenir a instauração de um litígio, ou se firmado na pendência de uma ação judicial, o competente para autorização será o procurador-chefe da procuradoria federal junto à agência reguladora interessada (art. 1º-A da Portaria PGF 201/2013). Havendo ação judicial sobre o objeto a que se refere o acordo regulatório, deverão ser ouvidos os órgãos de execução da PGF competentes pela representação judicial.

56 - A delegação, pelo Advogado-Geral da União, da competência de que trata o art. 4º-A da lei n. 9.469/97 se formalizou pela Portaria AGU n. 12/2020. A Portaria PGF n. 201/2013 regulamenta o TAC no âmbito das autarquias e fundações públicas federais (administração federal indireta).

57 - Como exemplos de normas das agências reguladoras que preveem a participação da PGF na formulação dos acordos regulatórios, conferir: art. 29 §2º da lei n. 9.656/98 (ANS); art. 8º §4º da Resolução n. 92/2022 (ANTAQ); art. 10, III da IN n. 118/15 (ANCINE); art. 6º §3º da Resolução n. 5.823/2018 (ANTT).

administrativa consensual (Guerra; Palma, 2018, p. 135). Nesse sentido, é certo que esse artigo introduziu novos fundamentos para atuação negocial administrativa na composição de conflitos relativos às normas de direito público e conferiu, também, diretrizes gerais para uma prática consensual mais pública e paritária.

A redação geral e aberta do dispositivo, contudo, não deve conduzir a uma autorização ampla em qualquer situação de conflito em que se vê envolvida a administração pública (Eidt; Cristóvam, 2020, p. 62). Não só pelo uso das expressões “autoridade pública” e “interessado”, o artigo revela o propósito do termo de compromisso – alinhado aos demais acordos substitutivos de sanção – ao prescrever que o compromisso deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Como permissivo genérico, o artigo 26 da LINDB tem essa qualidade para acordos ou compromissos no âmbito do poder de polícia, especialmente nos campos disciplinar, regulador e autorizativo (Sundfeld, 2022, p. 82). Palma e Guerra (2018, p. 153) e Marrara (2024, p. 137) entendem que o compromisso é um acordo substitutivo quando tem finalidade de eliminar irregularidade ou situação contenciosa (contencioso administrativo, regulatório, tributário etc.); enquanto a natureza do acordo integrativo aparece quando o compromisso visa contornar cenários de incerteza jurídica na aplicação de normas do direito público.

Para nós, subsiste a natureza de acordo substitutivo mesmo na hipótese de incerteza jurídica ou de autorização de licença. Concordamos haver a finalidade integrativa e, também, a de substituição de sanção futura e eventual, pois, caso o termo de compromisso não fosse firmado, seria necessário a instauração de um processo administrativo sancionador para correção ou adequação da conduta, com a aplicação da sanção respectiva. O termo de compromisso, atua, assim, em substituição a um ato administrativo decisório, que, invariavelmente, adviria na permanência do cenário de incerteza, seja por provocação do interessado, seja por iniciativa própria da administração pública. Afinal, o termo de compromisso tende a apresentar as cláusulas sobre as obrigações pactuadas de acordo com o entendimento jurídico firmado a respeito da situação causadora da incerteza.

Do mesmo modo, o compromisso firmado para fins de expedição de licença tem natureza integrativa (imediate) e substitutiva (mediata), pois não deixa de haver, por meio do compromisso, a substituição de uma decisão administrativa (de conceder ou negar a licença) e, ainda, a substituição de uma possível sanção que seria aplicável, caso constatada atuação do particular em desacordo com as normas legais. Nesse ponto, vale lembrar que “termo de compromisso com a finalidade de substituição de sanção” é a mesma nomenclatura utilizada na legislação da ANS (Lei nº 9.961/2000, art. 4º, XXXIX) e na lei das infrações ambientais (Lei n. 9.605/98, art. 79-A). A lei de defesa da concorrência (Lei n. 12.529/11, art. 9º c/c art. 13, IX c/c art. 85) adotou a expressão “termo de compromisso de cessação de prática” também com a finalidade de substituir a sanção por infração à ordem econômica.

O termo de compromisso, tal como o termo de ajuste de conduta, é um instrumento destinado a regular o comportamento, a fim de ajustá-lo às prescrições legais, regulamentares ou contratuais, por meio da fixação de obrigações – de fazer e não fazer – com cominação de sanção (inclusive pecuniária) em caso de descumprimento. Em reforço a esse entendimento, o Decreto n. 9.830/2019, que regulamenta os artigos 20 ao 30 da LINDB, dispôs no art. 10§5º a possibilidade de o termo de compromisso depender de autorização do Advogado-Geral da União, fazendo refe-

rência ao art. 4º-A da lei 9.469/97. O regulamento claramente optou pelo alinhamento conceitual do termo de compromisso do art. 26 da LINDB com o termo (de compromisso) de ajustamento de conduta. Finalmente, a Consultoria-Geral da União definiu ser o termo de compromisso do art. 26 da LINDB uma espécie de termo de ajustamento de conduta, aclarando que a legislação aplicável a que se refere o art. 26, parte final, é o art. 4-A da lei 9.469/97.<sup>58</sup>

Uma última observação merece registro quanto à nomenclatura “termo de compromisso”. O ordenamento jurídico contém exemplos de termos de compromissos não consensuais, em que não há margem de discricionariedade para conformação dos ajustes e nos quais as obrigações a serem satisfeitas pela parte compromissária estão previstas em lei ou regulamento, sem espaço para criação bilateral pelos signatários do acordo<sup>59</sup>. Portanto, é imprescindível analisar o propósito e os contornos do “termo de compromisso” para aferir se se trata ou não de acordo administrativo.

### 3.6. Transação tributária

Transacionar implica a ideia de prevenir ou terminar um conflito mediante concessões recíprocas. Esse é o conceito trazido pelo art. 840 do CC. No entanto, por vezes, os vocábulos “acordo” e “transação” aparecem como sinônimos. A especificidade da transação, em termos jurídicos, é que ela envolve direitos patrimoniais (art. 841 do CC). A transação de direitos patrimoniais privados rege-se pelas normas de direito privado (em especial, o Código Civil); a transação de direitos patrimoniais públicos rege-se pelas normas de direito público (como não há um Código de Direito Administrativo, elas encontram-se espalhadas no ordenamento jurídico).

O direito patrimonial público mais relevante é aquele relacionado à cobrança e recuperação de créditos, de natureza tributária e não tributária da Fazenda Pública. Por isso, os acordos em matéria de cobrança e recuperação de créditos são denominados de transação, que pode ser tributária ou não tributária. A transação tributária já era uma possibilidade prevista pelo legislador desde 1966, no Código Tributário Nacional (art. 171). Quanto aos créditos (tributários e não tributários) devidos à Fazenda Pública federal, a Lei n. 9.469/97 permite a realização da transação e estabelece o Advogado-Geral da União como a autoridade competente para autorização (art. 1º).<sup>60</sup> Como lei geral autorizativa, ela deve ser interpretada junto a outras normas, essas sim mais específicas, que regulam as hipóteses cabíveis da transação do crédito público federal.<sup>61</sup>

58 - Parecer n. 055/2020/DECOR-CGU/AGU, p. 28. O entendimento é aplicável apenas para os termos de compromisso firmados por entidades públicas integrantes do Poder Executivo Federal. Para TCs celebrados pela administração federal indireta, conferir referências anteriores n. 46 e 54.

59 - Como exemplos, há o termo de compromisso de manutenção de sigilo previsto no Decreto n. 7.845/12 (art. 18). A assinatura do termo opera como requisito para a permissão de acesso à informação classificada em qualquer grau de sigilo à pessoa não credenciada ou não autorizada pela legislação. Além desse, há o termo de compromisso previsto no Decreto n. 2.256/97 (art. 4º) – que regulamenta o Registro Especial Brasileiro – que é um dos documentos exigidos do interessado para obtenção do pré-registro.

60 - Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

61 - As leis n. 10.522/02 (art. 10-C) e n. 13.988/20 são exemplos de normas legais que, com a Lei n. 9.469/97, compõem o regime legal de transação tributária e não tributária dos créditos públicos federais. Além delas, vale citar a Portaria PGFN n. 6.757/22, que regulamenta a transação na cobrança de créditos da União e do FGTS e a Portaria AGU n. 130/24, que regulamenta a transação por proposta individual dos créditos administrados pela Procuradoria-Geral Federal e pela Procuradoria-Geral do Banco Central e dos créditos cuja cobrança compete à Procuradoria-Geral da União.

Em geral, o devedor auferirá com a transação benefícios, como o parcelamento e/ou desconto do valor total da dívida.<sup>62</sup> O cabimento de um e/ou de outro dependerá da análise de questões fáticas e jurídicas a cargo do órgão jurídico responsável<sup>63</sup>, em juízo de conveniência e oportunidade, e observados o interesse público e os princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da livre concorrência, da preservação da atividade empresarial, da razoável duração dos processos e da eficiência (art. 10-C, III da lei n. 10.522/02 c/c art. 1º§2º da Lei n. 13.988/20). A transação pode ocorrer por adesão à proposta da Fazenda Pública ou dar-se sob a forma individualizada. Do mesmo modo, a transação individual pode ser proposta pelo contribuinte ou pela Fazenda Pública (art. 2º da lei n. 13.988/20).

A transação tributária federal se efetiva a partir de um consenso entre as partes e, por essa razão, é uma espécie de acordo administrativo. Mesmo a transação por adesão, em que não há uma negociação bilateral quanto às obrigações estipuladas, é fruto da autonomia de vontade das partes. Nesse sentido, destacamos o art. 2º da Portaria PGFN n. 6.757/2022 que estabelece, como princípio aplicável à transação na cobrança da dívida ativa da União e do FGTS, a autonomia de vontade das partes na celebração do acordo de transação (inciso VII). Verifica-se nesse ponto a expressa preocupação em equilibrar os interesses da União e dos contribuintes, bem como em preservar a empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, o que reforça o caráter dialógico da transação tributária (art. 3º Portaria PGFN n. 6.757/2022).

A concessão recíproca, típica da transação, se revela pelos benefícios concedidos pela Fazenda Pública de um lado e, de outro, pela assunção de compromissos pelo contribuinte devedor, tais como: (i) não utilizar a transação de forma abusiva; (ii) não ocultar ou dissimular a origem ou destinação dos bens; e (iii) desistir das impugnações ou dos recursos administrativos que tenham por objeto os créditos incluídos na transação (art. 3º da lei n. 13.988/2020).

A limitação negocial da transação tributária, como de outros acordos no âmbito do poder de polícia administrativa, não impede sua caracterização como instrumento consensual para prevenção ou solução de conflitos/litígios. Além da presença da autonomia da vontade, há uma indiscutível margem de negociação – sobretudo na transação individual – para o contribuinte e para a Fazenda Pública, dentro dos parâmetros legais e regulamentares.

Há margem negocial, por exemplo, quando a lei ou regulamento permite a aceitação de quaisquer modalidades de garantia previstas em lei (Lei n. 13.988/20, art. 11 § 6º); quando permite, excepcionalmente, a transação em valores superiores àqueles fixados em regulamento (Lei n. 13.988/20, art. 8º); quando não estabelece um prazo fixo de parcelamento ou limite fixo de deduções (Lei n. 10.522/02, art. 10-C) e quando concede ao agente público parâmetros de análise subjetiva (Portaria PGFN n. 6.757/22, art. 18-A).<sup>64</sup>

62 - A transação também poderá contemplar outros benefícios, tais como os dispostos no art. 11 da lei n. 13.988/20.

63 - A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional detém a atribuição de cobrança e a recuperação dos créditos tributários e classificáveis como dívida ativa da União (art. 12 da LC n. 73/93). Do mesmo modo, a Procuradoria-Geral da União detém a atribuição de cobrança e a recuperação dos créditos não tributários da União (art. 2º da Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980). A Procuradoria-Geral Federal, por sua Subprocuradoria de Cobrança, detém a atribuição quanto aos créditos (tributários e não tributários) das autarquias e fundações públicas federais.

64 - Portaria PGFN n. 6.757/22. Art. 18-A. Sempre que possível, na celebração das transações, serão observados e perseguidos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, devendo-se buscar efeitos positivos a partir das concessões recíprocas que decorrerem do negócio.

## CONCLUSÃO

Os instrumentos consensuais à disposição da administração pública são tão diversificados quanto os campos de aplicabilidade dos acordos para composição de conflitos. Observa-se no ordenamento jurídico brasileiro uma profusão de normas autorizativas e criadoras de novas espécies de acordos, o que recomenda uma tentativa de análise compilada e panorâmica da realidade. Assim, a separação das espécies de acordos administrativos, a depender do grau de negociabilidade da administração pública, facilita a compreensão global e comparada das principais características desses instrumentos.

A opção metodológica de análise dos acordos celebrados pela Advocacia-Geral da União justificou-se pelo avanço substancial alcançado por essa entidade na política conciliatória. Ao longo dos últimos vinte anos, notou-se o aprimoramento de suas normas, em convergência com a evolução legislativa sobre o tema. Longe de pretender qualquer definitividade na categorização dos acordos, a presente exposição buscou aprimorar o conhecimento em torno da consensualidade administrativa e fomentar a celebração de acordos pelos profissionais do direito, em especial os advogados públicos federais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 08 ago. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Resolução BCB n. 131**, de 20 de agosto de 2021. Consolida as normas sobre o rito do processo administrativo sancionador, a aplicação de penalidades, o termo de compromisso, as medidas acautelatórias, a multa cominatória e o acordo administrativo em processo de supervisão. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=131>. Acesso em: 04 ago. 2024

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, [S. l.], v. 3, n. 3, 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.043**. Lei federal 14.230/2021. Autor: Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais. Relator Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 31 de agosto de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315955>. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 482/2012**. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1224280/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1224280/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 08 ago. 2024

CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. 2018. 260 f. Dissertação (Mestrado em Direito – Cidadania, Estado e Globalização). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, 2018.

CYRINO, André; SALATHÉ, Felipe. A consensualidade abusiva no direito administrativo: notas iniciais de teorização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 10, n. 2, 2024.

CONSELHO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução n. 22**, de 19 de junho de 2019. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-05-2021.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2023.

EIDT, Elisa Berton; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A autorização legal para realização de acordos pela Administração Pública e a sua aplicação no âmbito das câmaras administrativas. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 11, pp. 55-81, 2020.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. 3ª edição. Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LNDB: Novo regime de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018), nov. 2018.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 2, n. 2, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195>. Acesso em: 2 ago. 2024.

MARRARA, Thiago. Compromissos como técnica de administração consensual: breves comentários ao art. 26 da LINDB. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 283, n. 1, 2024. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/90692>. Acesso em: 31 jul. 2024.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em evolução**. 3ª ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35ª ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 109, de 15.3.2021, e a Lei 14.133, 1.4.2021. São Paulo: Malheiros, 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. Administração Consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Universidade de São Paulo, São Paulo/SP 2010.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 3ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: JusPodivm, 2023.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

VILLAR, Mauro de Salles (coord.). **Dicionário Houaiss**: sinônimos e antônimos. Instituto Antônio Houaiss. 3ª edição. São Paulo: Publifolha, 2012.

VORONOFF, Alice. B.; LIMA, Cesar. H. F. Por uma visão instrumental da sanção administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 283, n. 1, p. 159–161, 2024. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/89184>. Acesso em: 31 jul. 2024.

WATANABE, Kazuo. Estratégias para a solução pacífica dos conflitos de interesses. In: CURY, Augusto (org.). **Soluções Pacíficas de Conflitos para um Brasil Moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



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







.....

# GESTÃO DE PROCESSOS MASSIFICADOS POR MEIO DE INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA PLURI-INDIVIDUAL

.....

*MANAGEMENT OF MASSIVE PROCESSES THROUGH  
MULTIPLE-INDIVIDUAL PROCEDURAL INSTRUMENTS*

Felipe Cidral Sestrem<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Gestão de processos massificados. 2. Instrumentos processuais de tutela pluri-individual e sua interação com precedentes qualificados. 3. Posições da advocacia pública. 4. Experiências locais. Considerações finais. Referências.

---

1 - Mestre e bacharel em Direito pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC). Especialista em Direito Tributário (Pós-Graduação *lato sensu*) pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET-SC) e, também, em Direito e Saúde (Pós-Graduação *lato sensu*) pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP), da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ-RJ). Advogado e Procurador do município de Joinville-SC. Atuou como professor de direito em universidades da região norte de Santa Catarina (2013-2014). Ocupa atualmente o cargo de Procurador-Executivo (PGM-Jle, 2021) junto ao Gabinete da Procuradoria-Geral (PGM.GAB). E-mail: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br. ORCID ID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-5244-2359>.



**RESUMO:** Este artigo, fruto de um estudo exploratório, empreendido por meio de abordagem hipotético-dedutiva, debate a gestão de processos massificados por meio de instrumentos processuais de tutela pluri-individual e os precedentes qualificados. Nesse âmbito, discute-se a capacidade e a suficiência das advocacias públicas, com enfoque para os âmbitos estadual e municipal, e sua posição como agente em um sistema de justiça nacional, de refletirem sobre o problema da massa de processos e os subproblemas relacionados à abusividade do exercício da ação e à litigância predatória, especialmente de forma isolada. A temática é apresentada ao longo do texto de forma gradual e crescente a partir de três casos práticos que descortinam problemas a serem admitidos e encarados por advocacias públicas como um caminho para o aperfeiçoamento. Desse modo, a discussão proposta neste artigo se propõe a fortalecer a criação de núcleos de gerenciamento de processos de massa e concertações interinstitucionais como formas possíveis de melhoria da gestão desses litígios.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela pluri-individual. Processos massificados. Precedentes qualificados. Advocacia pública; Núcleos de gerenciamento de massa. Concertações pluri-individuais.

**ABSTRACT:** *The exploratory study, using a hypothetical deductive approach, discusses the management of mass tort or mass action litigation lawsuits through procedural instruments of multi-individual protection and its interaction with qualified precedents. The work debates the sufficiency of State Attorney's Offices, focusing on the state and municipal level, and its position, as an actor in a national justice system, reflecting about the problem of mass-litigation lawsuits, the problem of abusive exercise of the action and, in the end, about predatory litigation. Debates are approached gradually and increasingly, to finally debate three practical cases that reflect on the way in which public lawyers should face this problem. The article proposes to strengthen the creation of mass action litigation management centers and interinstitutional coalitions offices as possible ways of improving the management of these disputes.*

**KEYWORDS:** *Multi-individual relief. Mass tort and mass action litigation. Qualified precedents. Public advocacy. Mass tort and mass action litigation management centers. Multi-individual agreements.*

## INTRODUÇÃO

O presente estudo – resultado de uma pesquisa exploratória realizada a partir da doutrina jurídica nacional, especificamente a de tipo processual civil – problematiza aspectos relacionados às demandas de massa, instrumentos de tutela pluri-individual e precedentes qualificados. Nesse campo, objetivou-se analisar como ocorre a utilização de instrumentos de tutela pluri-individual na gestão da massa processual pelas advocacias públicas, estadual e municipal. Para tanto, buscou-se responder às seguintes questões: Qual é o papel da advocacia pública na gestão de processos massificados? Como é possível por meio das procuradorias promover uma melhoria da solução de conflitos (especialmente no âmbito processual)? Em que as advocacias públicas, em todas as esferas, mas sobretudo no âmbito estadual e municipal, podem contribuir para a redução dos acervos processuais jurisdicionais?

Acerca da temática e problema expostos, debate-se os limites das advocacias públicas, esse importante órgão do sistema de justiça, na operacionalização dos instrumentos de tutela pluri-individual como ferramentas hábeis à solução de litígios de massa. Nesse sentido, comenta-se sobre experiências práticas identificadas no Brasil na advocacia pública e na gestão de processos de tutela pluri-individual para contextualizar o problema-objeto da pesquisa e avaliá-lo sob a lógica dos litígios estruturais.

Ao longo deste texto, primeiramente, aborda-se a gestão de processos massificados, seu conceito, classificações e sua conexão com a tutela pluri-individual. Em seguida, comenta-se justamente sobre essa tutela, os instrumentos, o microsistema previsto textualmente no atual Código de Processo Civil e sua relação com precedentes qualificados. Por fim, analisa-se o papel e as posições da advocacia pública perante o tema proposto, a partir de 3 (três) experiências locais inseridas na discussão empreendida neste trabalho.

De forma secundária, ao analisar se as advocacias públicas, especialmente a estadual e municipal, são capazes de resolver processos de massa por meio de instrumentos de tutela pluri-individual, buscou-se apresentar caminhos de reflexão sobre essa problemática, sem a pretensão de esgotar a discussão.

### 1. GESTÃO DE PROCESSOS MASSIFICADOS

A massificação da tutela é um reflexo da pluralização das relações sociais, de uma sociedade líquida, fluída, pautada no consumo (Barbosa Moreira, 1991, p. 187-188). Processos massificados tratam demandas de massa, isso é, litígios pluri-individuais; versam sobre causas clássicas, nas quais a questão é discutida interpartes (lide), uma vez que a relação atinge de forma semelhante ou idêntica vários litigantes. São causas que versam sobre uma idêntica ou semelhante questão de direito, a despeito dos paradigmas estrangeiros ampliarem a pluri-individualidade para essa semelhança ou identidade do ponto de vista fático.

As demandas de massa têm duas características importantes: a repetitividade e a recorrência. Demandas desse tipo não são pontuais e isoladas, na medida em que existe uma habitualidade na dedução dessas pretensões, ainda que por diferentes atores. Elas também são recorrentemente deduzidas nos tribunais, demonstrando uma falha estrutural que transcende os casos individuais. Por serem demandas cindidas individualmente, não é incomum que os litigantes e, por conseguinte, os seus representantes legais, não apreendam de forma integral toda a problemática e apresentem postulações tecnicamente inadequadas (do ponto de vista processual e documental) (CNJ, 2011, p. 6-7).

Outro aspecto relevante das demandas de massa é a presença de, em algumas delas, um estímulo artificial à litigância, gerado pelo ambiente, por vezes fabricado (*birther litigation*) a par-

tir da ruptura das soluções tipicamente coletivas, ou, ainda, um uso abusivo do Poder Judiciário. Essa é a chamada litigância predatória (Macêdo, 2024, p. 461).<sup>2</sup>

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, representou um primeiro passo na abertura do sistema de justiça à solução do problema da explosão da litigiosidade, fruto de uma autocompreensão dos direitos e de uma atuação cidadã na redemocratização do país. Nos últimos vinte anos, muitos foram os estudos sobre o comportamento da justiça e dos litígios. Nesse âmbito, as soluções reformistas processuais foram um tímido avanço para a solução das principais questões que congestionam o Poder Judiciário. O maior quantitativo de demandas judiciais está concentrado em discussões sobre serviços públicos, diretos e indiretos, causas consumeristas e litígios bancários (Figueiredo, 2023, p. 87-88).

As demandas de massa podem ou não traduzir um litígio mais amplo, estrutural. A ausência de capacitação dos profissionais que atuam nessas causas, de estrutura dos órgãos jurídicos competentes e a inadequação de alguns instrumentos de tutela levam à utilização de remédios não necessariamente previstos para a correta solução dessas causas:

[...] os julgamentos atomizados favorecem a manutenção de desigualdades entre litigantes habituais e eventuais em suas posições estratégicas perante o Judiciário, notadamente porque não facilitam a coesão entre os eventuais; examinam apenas fatores retrospectivos do problema, deixando passar a oportunidade de avaliar os vetores multipolares da execução do programa governamental, bem como de realizar juízos prospectivos; e, no mais, incentivam, no Brasil, a concorrência entre diferentes grupos sociais de litigantes eventuais na corrida por direitos sociais escassos providos pelo Estado, privilegiando aqueles com melhores condições de acesso à Justiça e agravando a desigualdade entre os próprios titulares do direito, em detrimento dos mais pobres (Figueiredo, 2023, p. 89).

Barbosa Moreira (1991, p. 188-189) foi assertivo ao vincular algumas demandas à acidentalidade<sup>3</sup> do caráter coletivo, porque não ostentavam essa imanente tipicidade ou, ainda, por-

2 - “Toda litigância predatória é repetitiva; todavia, nem toda demanda repetitiva é predatória. [...] Por isso, a litigância predatória é, consoante se tem visto recentemente, em larga medida, advocacia predatória” (Macêdo, 2024, p. 448).

3 - A respeito da característica da acidentalidade, cita-se o trecho de um texto de Barbosa Moreira, publicado na Revista de Processo, que aborda a referida questão: “Que são litígios acidentalmente coletivos? Estes não apresentam as mesmas características daqueles, sobretudo a característica da indivisibilidade do objeto. Vamos a outro exemplo, que creio eu, tornará clara essa distinção. Suponham que, por meio de uma fraude financeira, se cause prejuízo a número elevado de pessoas, que foram iludidas e caíram vítimas da manobra ilícita. Pois bem. É claro que nada impede que os conflitos de interesses relacionados com cada uma das pessoas prejudicadas possam ser objeto de apreciação isolada, individual, em princípio, nada obsta a isso; mas, por vezes, acontece que o fenômeno tem dimensões diferentes quando olhado pelo prisma individual e quando olhado por um prisma global. Curiosamente, aquela proposição aritmética relativa às parcelas e à soma falha. Aqui, na verdade, há casos em que a soma é algo mais do que simplesmente o conjunto das parcelas, exatamente porque o fenômeno assume, no contexto da vida social, um impacto de massa. Então, é possível, sim, repito, nós nos limitarmos à consideração individual, examinar, caso por caso, qual foi o prejuízo causado a cada uma das pessoas que se tornaram vítima do embuste. Por vezes, contudo, essa solução não é satisfatória, porque o vulto do prejuízo individual não se torna bastante para justificar a ida a Juízo de cada um dos prejudicados isoladamente. Há um caso famoso, na Jurisprudência norte-americana, em que um número imenso de pessoas se julgavam lesadas pela ação de determinada agência da Bolsa, que teria cobrado uma comissão ilegalmente elevada para o tipo de negócio de que se tratava. Se fôssemos olhar cada vítima individualmente considerada, o prejuízo poderia ser, pelo menos para algumas delas, ínfimo; e, curiosamente, aquele que tomou a iniciativa do processo tinha tido, na verdade, prejuízo muito pequeno. Talvez por isso, querendo, com certeza, assumir uma atitude não puramente egoística, isto é, não pretendendo exclusivamente a reparação do seu dano pessoal, mas querendo, por assim dizer, dar uma lição no autor da fraude, propôs ação em que pleiteava, não apenas o ressarcimento de seu próprio prejuízo, senão a condenação do réu ao pagamento das somas correspondentes a todas as conseqüências danosas que do seu procedimento haviam decorrido para aquele número enorme de vítimas. O processo teve uma série de incidentes e não chegou a ser julgado no mérito. A despeito disso, o exemplo pode ser sugestivo, na medida em que revela a possibilidade de que uma soma eventualmente seja maior, isto é, tenha uma significação jurídico-social maior, do que aquela que poderíamos atribuir-lhe se nos limitássemos a adicionar as várias parcelas umas às outras. O fenômeno transcende esses limites, supera-os para apresentar-se aos nossos olhos com aquela marca de impacto de massa. Que justifica, em casos tais, o emprego da técnica da ação coletiva? Há, por assim dizer, um campeão da causa coletiva, que toma a iniciativa de provocar o pronunciamento do Juiz a respeito não apenas do seu caso particular, senão de todo aquele fenômeno considerado globalmente. Nada impede, entretanto, que estabeleçamos a divisão: cada um tem direito a tanto, ou não tem direito; uns podem ter, outros podem não ter. A solução é perfeitamente cindível, nada tem de unitária, ao contrário do que se dá na outra espécie, em que não se conceberia que alguém pudesse ter interesse, por exemplo, numa fração da paisagem. Isso não faria absolutamente sentido; o interesse de cada um refere-se ao todo” (Barbosa Moreira, 1991, p. 188-189).

que poderiam ser resolvidas sob outras perspectivas que não a estritamente coletiva, o que abranjeria causas estruturais e coletivas clássicas, sem retirar-lhes o caráter comum: a transcendência do problema subjacente que eleva a causa à natureza qualificada.

O caráter massificado das demandas está inserido na problemática das definições dos litígios, especialmente a partir dos estudos comparados de processo estrutural. Causas que versam sobre litígios individuais homogêneos não são necessariamente sinônimas de demandas de massa. Essas abrem seu conceito aos litígios coletivos clássicos, assim como aos litígios estruturais.

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura causa, permite ou perpetua a violação, que é origem do litígio coletivo. Eles são essencialmente litígios coletivos irradiados e policêntricos, demandando que a solução de um problema seja pensada também para os demais (Lamy; Sestrem, 2022, p. 327-328).

A massificação de litígios individuais exige a apreensão do problema para além da solução jurisdicional: a massa torna o litígio um problema de conformidade. E nem todas as demandas de massa são tratadas por instrumentos de tutela pluri-individual previstos no Código de Processo Civil e na legislação processual civil esparsa, exigindo sofisticadas soluções por parte dos profissionais que fazem a gestão desse tipo de demanda.

A gestão de processos massificados pode se dar de múltiplas formas. A rigor, se admitirmos que processos massificados podem descortinar causas coletivas, do ponto de vista clássico (relacionadas a causas puramente individuais homogêneas), ou conter litígios irradiados (e, portanto, processos estruturais), admite-se também a utilização de técnicas de gestão igualmente aplicadas a essa última tipologia processual.

Gerir demandas de massa transcende a gestão processual de processos judiciais: os litígios massificados nascem muito antes de se tornarem litígios jurisdicionais estatais ou em arenas processuais administrativas. “Nem a ação (porque privilegia as partes) nem a jurisdição (porque privilegia o juiz) podem estar no centro metodológico” (Bochenek, 2021, p. 170). A gestão da massa exige antecipação. Deve-se pensar nos elementos que permitem o nascimento desse tipo de litígio, classificação do risco das demandas e estratégias para preveni-los, tratá-los e mitigá-los.

Cientificamente, a gestão de demandas massificadas deve focar na gestão da administração da justiça (senão do conflito), isso é, numa perspectiva macroprocessual (LAMÊGO, 2021, p. 492-493). Importa a esse tipo de gestão o relacionamento entre os litigantes, a estrutura administrativa dos demandados e a existência de soluções de conflitos (extrajudiciais e extraprocessuais).

Não há uma solução única ou fórmulas mágicas para melhorar a gestão dos litígios estruturais. Contudo, em face das novas funções de coordenação das atividades, alguns pontos são verificados nos processos estruturais quanto à participação efetiva, ativa e cooperativa do juiz gestor: líder na construção de soluções conjuntas, atuações e decisões estratégicas, supera o velho dogma da inércia; gestor público e gestor do processo; agente transformador de mudanças sociais significativas. A complexidade e a conflituosidade policêntrica exigem do juiz novas técnicas para articular e gerir o tempo do processo, em outros termos, antecipar ou postergar o exame de determinados pontos, a considerar estrategicamente o momento oportuno, além de contar com a comparticipação, em variadas dimensões, institucionais e privadas, de sujeitos externos. Este é um terreno fértil para novas pesquisas e experiências (Bochenek, 2021, p. 169).

Do ponto de vista estritamente jurisdicional (endoprocessual), a gestão de processos massificados, para além dos estruturais, pode empregar as seguintes técnicas: cooperação interinstitucional, negócio jurídico processual, identificação e ampliação dos legitimados processuais (*town meeting* e *amicus curiae*), plasticidade da produção probatória (CPC, art. 373, §§3º e 4º), saneamento cooperativo (CPC, art. 357, §3º), criação de gabinetes de gestão do litígio, utilizando-se de auxiliares internos e externos (CPC, art. 139, IV, art. 536, §10) (Ferreira Filho, 2023, p. 223-228), mapeamento da área de afetação da decisão judicial, atos concertados entre juízes<sup>4</sup>, dentre outros (Melo, 2023, p. 191-198).

## 2. INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA PLURI-INDIVIDUAL E SUA INTERAÇÃO COM PRECEDENTES QUALIFICADOS

A dicotomia tutela individual e tutela coletiva abriu espaço à tutela pluri-individual: um meio termo; incidente de coletivização (Salomão, 2018, p. 8; Didier Jr. & Cunha, 2016, p. 584). A ineficiência do Poder Judiciário e a modelagem das normas processuais civis, diretamente voltadas à solução de litígios individuais, fruto da influência do patrimonialismo no Direito, impôs a ressignificação dos instrumentos de tutela; influxo inverso experimentado atualmente (num movimento de normatização e codificação da tutela pragmática que evolui anormalmente nos últimos trinta anos).

Causas repetidas em larga escala, com identidade da causa de pedir e do pedido – chamadas demandas isomórficas (Mendes; Temer, 2015, p. 285-319) – direcionam-se a um fim muito específico: buscam evitar a multiplicação de processos, objetivo pautado numa lógica de política judiciária (Roque, 2013, p. 58-59). A tutela pluri-individual não lança seu foco na eficiência da tutela individualmente tomada ou, ainda, na justiça mais adequada ao caso concreto; o foco é alcançar uma justiça possível, a partir da ponderação de recursos judiciários, da redução de custas e da maximização de ativos dentro da estrutura da Justiça. A restrição nata à natureza pluri-individual dos litígios gera uma externalidade negativa na solução coletiva do conflito: casos individuais potencialmente plurais podem se mostrar menos benéficos de serem solucionados do ponto de vista pluri-individual, porque levarão em conta os custos colaterais da repetitividade.

Essa visão dos problemas, tomada numa perspectiva colateral, busca salvaguardar e atingir isonomia e segurança jurídica<sup>5</sup> (Salomão, 2018, p. 13-14), ao mesmo tempo que protege o sistema de justiça e as próprias instituições, do ponto de vista da eficiência administrativa e da efetividade da solução dos conflitos.

As demandas isomórficas convivem com as demandas coletivas em razão do custo da litigância. Ainda que repetitivas, as demandas individuais têm um custo para o ajuizamento, muitas dessas não qualificadas como demandas passíveis de serem veiculadas nos juizados especiais. Esse custo as afasta da solução plural. Por sua vez, demandas coletivas veiculadas por meio de legi-

4 - A proposta do presente trabalho sugere um pensar para além da jurisdição na gestão de processos. Por isso, não se deve descartar a ampliação desse tipo de técnica de gestão para além da arena judicial, admitindo-se atos concertados entre órgãos da advocacia pública, a despeito da ausência de regulamentação normativa relacionada.

5 - A respeito da (in)segurança jurídica, gerada a partir de decisões dissonantes proferidas por parte do Poder Judiciário em processos essencialmente semelhantes, com a mesma questão de direito posta, a solução da tutela pluri-individual, importada das experiências inglesa e alemã, apresentou-se como uma proposta relevante. Nada obstante, a conexão direta em números quantitativos com resultados a serem entregues pelo Poder Judiciário, especialmente numa lógica de meta e “esvaziamento dos escaninhos”, coloca em xeque o respeito ao princípio da segurança jurídica (Schmitz, 2013, p. 349).

timados adequados apresentam-se como solução, em grau de sobreposição, a essa externalidade negativa nata da tutela pluri-individual.

A problemática exposta leva a uma reflexão: a diversidade de litígios pluri-individuais induz a existência de diversos instrumentos de tutela pluri-individual. Além disso, os problemas de interação entre demandas plurais e demandas coletivas fazem com que os instrumentos típicos de tutela coletiva, integrantes do microssistema de tutela coletiva, sejam aplicados ao microssistema de tutela pluri-individual por arrastamento. Por outro lado, nem sempre autores coletivos terão incentivos (*nudges*) adequados para a dedução de pretensões coletivas; ou pior, certas perspectivas da tutela de direitos individuais homogêneos sequer podem ser apreendidas por parte de autores coletivos, qualificando a tutela pluri-individual como solução prevalente.

O fortalecimento desse microssistema é essencial para evitar defeitos decorrentes da atecnia do uso de vários instrumentos esparsos e para auxiliar na produção de regulamentação, seja no âmbito das advocacias públicas, seja no âmbito dos regimentos internos dos tribunais regionais ou estaduais ou, ainda, nos órgãos de controle (i.e. Ministério Público, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público). É a reação à anomia dos instrumentos de tutela pluri-individual, especialmente quanto ao procedimento que deve ser seguido, caso a caso.

De toda forma, um fato não pode ser negado. A intensificação dos estudos doutrinários e a criação dos núcleos de gerenciamento de precedentes no âmbito do Poder Judiciário, após a edição das Resoluções CNJ n. 235, de 13 de julho de 2016, e CNJ n. 339, de 8 de setembro de 2020, revelaram a existência de um microssistema de tutela processual civil pluri-individual ou de demandas repetitivas (Côrtes, 2021, p. 199-211).<sup>6</sup>

O efeito colateral da admissão desse microssistema, compreendido por parte da doutrina especializada, é a institucionalização de sistemas processuais fundamentados na tutela prospectiva (*pro futuro*), que objetiva a formulação de *standards decisórios* e incentiva o ativismo judicial<sup>7</sup> (Côrtes, 2016, p. 321-338; Continentino, 2012, p. 127-128). E ele, o ativismo, acaba por romper a ideia de jurisdição ordinária. Nesse outro cenário, é imposto um dever de resolver abstratamente as causas de pedir, sob um espectro estritamente jurídico. Incumbem-se atores processuais, comumente acostumados a resolver causas, a terem de resolver teses. Há uma atração do caráter nomofilático aos tri-

6 - Os recursos repetitivos inserem-se, no contexto da atual legislação, dentro de um microssistema de demandas repetitivas, que vinha se formando de modo gradual e foi consolidado no atual Código de Processo Civil. A consagração desse microssistema guarda íntima relação com a mudança de paradigma iniciada já antes da atual legislação – do subjetivo para o objetivo. Há muito se fala na mudança de paradigma – do subjetivo clássico para o objetivo. Os tribunais, notadamente os superiores, já sinalizam há um tempo que não pretendem continuar sendo “cortes de varejo”, mas, ao contrário, querem apreciar teses, *leading cases*, exercendo sua função nomofilática de forma talvez mais pura e eficaz. Prioriza-se a função de os tribunais firmarem teses e, assim, controlarem e preservarem a ordem jurídica, já que se viu que resolver todos os casos concretos com justiça é impossível. Aliás, no ponto sobre a função nomofilática dos tribunais, vale notar que o atual, no artigo 926, a estimula, na medida em que fala sobre o dever de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Ou seja, a novel legislação determina, por racionalidade e por segurança, que as normas devem ser aplicadas de forma coerente e íntegra. Pode-se analisar essa mudança de paradigma também sobre o enfoque da tutela pluri-individual. Visto que o mau funcionamento do modelo de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, somado à necessidade de dar mais racionalidade e agilidade à prestação jurisdicional, foi necessário se pensar em outro modelo, desenvolvendo-se técnicas de julgamento pluri-individual (Côrtes, 2021, p. 199-200).

7 - Ao romper com a ideia de que o ativismo judicial seria uma externalidade negativa da jurisdição, Barroso (2012, p. 25-26) aponta que o ativismo é o contraponto da autocontenção judicial, um fenômeno esperado em sociedades complexas marcadas pela grande interação das pessoas. No ativismo, há aplicação direta da Constituição Federal para situações não expressamente contempladas, utilização de critérios menos rígidos para caracterização de inconstitucionalidades e a imposição de condutas ou abstenções de ações por parte do poder público determinadas diretamente pelo Judiciário, com direta intervenção em políticas públicas.

tribunais de segundo grau de jurisdição, na medida em que devem manter a coerência, a estabilidade e a uniformidade da jurisprudência, inclusive local (CPC, art. 926), nessa nova atividade jurisdicional.

Nesse microsistema estão inseridos, sob a lógica do atual Código de Processo Civil, representativo de um novíssimo sistema recursal tendente a solver meritoriamente os conflitos, três instrumentos de tutela pluri-individual: a) o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 976 e seguintes); b) o incidente de assunção de competência (CPC, art. 947); e c) o julgamento dos recursos excepcionais em caráter repetitivo (CPC, art. 1.036 e seguintes).

A estrita vinculação a esses instrumentos (típicos) não afasta o manejo de outros instrumentos relacionados à gestão pluri-individual de demandas, especialmente, de massa, a exemplo da ampliação do contraditório processual, por meio do *amicus curiae*, dos procedimentos de uniformização jurisprudencial típicos dos regimentos internos dos tribunais, das uniformizações de jurisprudência do microsistema dos juizados especiais (LJEFP, art. 18; LJEJ, art. 14), assim como do uso atípico de instrumentos de tutela coletiva, a exemplo do mandado de segurança coletivo, da ação civil pública e da ação popular.

O instrumento de tutela pluri-individual, por excelência, é um incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR. Ele foi inspirado no procedimento-modelo alemão (*musterverfahren*), no qual a decisão de um caso paradigmático é utilizada como modelo (*muster*) para o julgamento de outros casos semelhantes (Xavier, 2017, p. 25-26).<sup>8</sup> O incidente pode ser proposto em demandas isomórficas ou heteromórficas, desde que a questão seja unicamente de direito, ainda que material ou processual (Abreu, 2021, p. 173).

O IRDR apresenta uma característica ímpar: a afetação de causas paradigmáticas que contenham uma questão essencialmente de direito apta ao debate ou é deflagrada de ofício por iniciativa do Poder Judiciário local ou regional, por estratégia judiciária, a fim de coibir a multiplicação de demandas ou por iniciativa supraindividual. Nesse sentido, o “paladino da justiça” vinculado aos litígios acidentalmente coletivos propõe resolver o caso coletivamente, a partir da experiência de seu processo, qualificando-se como representante adequado (ou assim concebendo a si mesmo). Em todos os casos, a experiência estará diretamente relacionada aos fatos, ao processo concreto e à jurisdição ordinária (i.e. de primeiro e segundo grau).

Essa proximidade com a jurisdição ordinária cria a possibilidade de ruptura do modelo de gestão de precedentes obrigatórios no âmbito nacional, concebendo-se o IRDR como uma das decisões assim qualificadas (CPC, art. 927, inciso III), verdadeiros pontos de partida para a discussão nos tribunais superiores (Lamy Salomon, 2018, p. 372-376). Por consequência, essa fragmentariedade reflete uma possível ruptura do federalismo brasileiro. Nesse cenário, a advocacia pública no manejo desse instrumento acaba instada a exercer o seu papel de maneira ainda mais densa e decisiva.

Qual seria esse papel, passível de ser imputado aos advogados públicos? Bem, o primeiro seria um papel desenvolvimentista, de fomento. Na atual conjuntura, a tutela pluri-individual é conceituada como formadora de precedentes qualificados do ponto de vista da vinculatividade (forte) das decisões

8 - “O *Musterverfahren*, ao contrário do previsto em nossa reforma processual, não faz distinções entre questões de *fato e de direito*, e as assume todas como competentes para suscitar o instituto. Mas como, no Estado Democrático de Direito, separar cirurgicamente a questão de fato das questões de direito e eleger somente as últimas como aptas para ingressar no IRDR? Trata-se, mais uma vez, e além de outro indício de reforma processual voltada para o Judiciário” (Xavier, 2017, p. 27).

judiciais: decisões firmadas por meio desses instrumentos de tutela plural são decisões que formam jurisprudência obrigatória (CPC, art. 489, §1º, inciso V e VI). E como tal contribuem decisivamente no aperfeiçoamento da democracia, dos valores da sociedade e do próprio sistema de justiça.

Mais do que isso. A advocacia pública tem um papel preventivo determinante na forma pela qual os padrões decisórios vinculantes são internalizados na administração pública. O caráter da vinculatividade (forte) das decisões formadas por meio de instrumentos de tutela pluri-individual (i.e. IRDRs, IACs, de teses em repercussão geral e em recursos especiais repetitivos) vincula formalmente apenas o Poder Judiciário. Portanto, faz-se necessária a prévia internalização dessa vinculatividade, no âmbito das administrações públicas, para que esse caráter cogente (*binding effect*) da *ratio decidendi* seja atingido. Ou seja, compete à advocacia pública tramitar procedimentalmente essa introdução da força vinculante das decisões repetitivas nos municípios, Estados e União (Oliveira, 2016, p. 176-183; 196-198).

Fora isso, considerando a envergadura da advocacia pública e sua essencialidade à justiça no cenário constitucional, ela tem o dever de impulsionar e de auxiliar na melhoria da jurisprudência, como pacificador social e como vetor de segurança jurídica da sociedade. A adequada compreensão desses instrumentos, de sua operação e da forma como se integram às estruturas dos órgãos administrativos do Poder Judiciário, do Poder Executivo e dos órgãos de controle externos (i.e. Ministérios Públicos; Defensorias; Controladorias; Tribunais de Contas) definirá a sociedade pós-contemporânea que urge por soluções pragmáticas dos novos conflitos diariamente gerados, de forma exponencial.

O segundo dos papéis possíveis da advocacia pública que exsurge da interação entre precedentes obrigatórios e instrumentos processuais de tutela pluri-individual está na força/presença dos advogados públicos como atores processuais. O Estado é o maior cliente do sistema judiciário brasileiro. Conquanto isso possa ser tomado de forma negativa, como uma espécie de indicador da incorreção de práticas administrativas e burocráticas estaduais, pode também ser compreendido como uma oportunidade. Do ponto de vista do espaço, quantitativo e qualitativo de exercício da função processual, as advocacias públicas têm maior audiência de outros atores e de entidades representativas de direitos e interesses coletivos.

É o quantitativo de demandas postas à atuação da advocacia pública, especialmente na esfera federal e estadual, que garante a ela um espaço de fala diferenciado perante outros atores processuais do sistema de representação jurídica brasileira, além de algum protagonismo na formação da jurisprudência obrigatória. Desse modo, a possibilidade privilegiada de participação na construção de sentido dos casos pluri-individuais que tenham contato com o Estado *lato sensu* é outro papel relevante das advocacias públicas.

### 3. POSIÇÕES DA ADVOCACIA PÚBLICA

Processos massificados são comuns no âmbito público. Não são raras as vezes que advogados públicos se deparam com processos de massa; ao contrário, fazem parte do cotidiano desses profissionais. A exceção, em verdade, é deparar-se com situações anômalas, não antes experimentadas ou debatidas.

A especialização das advocacias públicas para o tratamento e a compreensão de demandas de massa e o uso de instrumentos de tutela pluri-individual para sua gestão impõem, na estrutura dos órgãos públicos, a criação de unidades especializadas em demandas repetitivas. Em outros ter-

mos, defende-se um papel de identificação e monitoramento de possíveis demandas massificadas, que deve ser assumido por parte da advocacia pública, que, por sua vez, pode ser qualificada como conformadora de políticas públicas (*policy brokers*). Advogados públicos mediam, fazem contenção e canalizam interesses públicos no sentido de cumprir obrigações e objetivos constitucionais. Esse protagonismo advém não apenas do exercício da função de controle de juridicidade dos atos administrativos e estatais, mas do papel de participação extensiva na posição processual, ativa ou passiva, de demandas judiciais pluri-individuais, repetitivas e massificadas.

O monitoramento permite uma previsibilidade de comportamento. Permite, também, uma evitabilidade de processos judiciais. A verificação de causas e seu acompanhamento, em controle, desjudicializa os conflitos, porque podem e devem ser tratados em outras esferas de solução. Há, nessa perspectiva, uma facilidade de assim promover a atuação no âmbito da advocacia pública federal, que já conta com diversas estruturas normatizadas para essa finalidade, provendo um controle consensual. Há um extenso debate acerca do respeito, nesse âmbito, de precedentes administrativos (Vasconcellos, 2021, p. 251) e, a partir da internalização, de precedentes judiciais, por uma questão de coerência.

Essas estruturas ainda estão em formação no âmbito estadual e praticamente inexistem nas estruturas municipais, à exceção de poucas advocacias públicas locais que detêm maior estruturação (i.e. Porto Alegre, São Paulo). Nesse processo de construção, alguns autores defendem a criação de uma normativa geral para autocomposição por meio de câmaras administrativas que envolvam a administração pública (Eidt, 2023, p. 196-207). A proposição advinda dos ambientes de construção de soluções consensuais sugere uma forma de atuação coletiva e institucional dos órgãos de advocacia pública: o agir isolado é contrário à formação de soluções gerais e nacionais acerca de problemas que são repetitivos em várias cidades, Estados e regiões brasileiras.

Sob a perspectiva deste estudo, defende-se não apenas o agir individual de alguns advogados públicos na compreensão e tutela de interesses pluri-individuais: grande parte dessas demandas, por suas características, indicam a necessidade de integrar a atuação de outros profissionais que não do direito (i.e. economistas, estatísticos, contadores, engenheiros de software, programadores), tanto para o mapeamento de potenciais causas e litígios pluri-individuais já instalados quanto para a gestão dessas causas<sup>9</sup>. Esses espaços a serem ocupados não são tipicamente jurídicos ou processuais. As advocacias públicas devem contar com ambientes que proporcionem essa interação. Nesse sentido, sugere-se a criação de unidades especializadas, senão laboratórios de tutela pluri-individual<sup>10</sup>, que capacitem profissionais, monitorem atividades e empreendam ações para capturar, conter e tratar demandas desse tipo, inclusive no âmbito da litigância predatória.<sup>11</sup>

9 - Exemplo semelhante foi proposto pelo CNJ, em 2011 (p. 30-31), ao tratar de ações para a gestão da litigância e de demandas repetitivas, por meio da criação de varas especializadas no Poder Judiciário.

10 - “Laboratório” em razão da incipiência. No âmbito do Poder Judiciário, após as primeiras experiências em 2016 e a estruturação em 2017 no âmbito da Justiça Federal, o CNJ publicou a Resolução nº 349/2020, instituindo os Centros de Inteligência do Poder Judiciário (CIPJ). Por sua vez, Vitorelli (2020, p. 387-388) defende que a instituição de órgãos de controle e monitoramento podem fornecer um incentivo (*nudge*) aos legitimados coletivos adequados para a atuação em causas repetitivas ou estruturais.

11 - Nem toda demanda de massa é um litígio predatório. A massificação das ações busca tutelar causas individuais relacionadas à justiça do caso e à justiça social, tutelando o direito de pessoas e o direito de um grupo sem que, com isso, haja um desequilíbrio de políticas públicas ou a ruptura, o enfraquecimento ou a negação dos direitos dos demais indivíduos afetados. Litigância predatória é um tema meta processual: é uma forma abusiva do exercício do direito de ação, contrariando a boa-fé processual e objetiva (Osna, 2023, p. 56-57), podendo ocorrer de forma pulverizada ou concentrada. Fabrica-se (Birther litigation; Uzeda, 2023, p. 23-24) a necessidade individual, que seria um problema coletivo, sob a escusa motivação de obter ganhos financeiros colaterais do processo, retiradas do demandado habitual. Está diretamente relacionada com o engessamento e a inefetividade do processo coletivo (Souza, 2024, p. 235-237).

A criação dessas unidades pode contribuir para duas formas de tratamento da tutela pluri-individual de conflitos na administração pública: uma interna e outra externa. Internamente, a advocacia pública atua de forma preventiva. Contribui na condução de instrumentos de uniformização administrativa (p. ex. súmulas administrativas, pareceres normativos, pareceres referenciais, orientações técnicas, dispensas de atos processuais, incluídos recursos administrativos e judiciais), a fim de promover a internalização administrativa de precedentes obrigatórios, tornando-os vinculantes para a administração pública. Externamente, a advocacia pública pode atuar de forma pré-processual, fomentando canais de discussão nos quais os conflitos sejam identificados e tratados, com o objetivo de evitar que a jurisdição estatal seja instaurada.

Ambos os casos revelam que a aplicação de precedentes qualificados e o aperfeiçoamento de técnicas e instrumentos de tutela pluri-individual devem contar com uma ampliação do debate dialógico interinstitucional, também entre os órgãos de advocacia pública que se submetem ao mesmo regramento normativo e jurisprudencial definido nacionalmente. Nesse sentido, há uma grande oportunidade para as Comissões de Advocacia Pública, estabelecidas no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil, de arregimentar esse trabalho e criar um canal possível para a construção de soluções cooperativas e estratégicas em processos de massa.

#### 4. EXPERIÊNCIAS LOCAIS

Os papéis da advocacia pública acima abordados, assim como as possíveis posições que as procuradorias podem adotar serão refletidas a partir de três experiências da advocacia pública municipal, em Santa Catarina, com a gestão de processos massificados por meio de instrumentos de tutela pluri-individual.

O primeiro caso diz respeito à dedução de teses de desenvolvimento da jurisprudência, especificamente o *distinguishing*, em processos judiciais de execução fiscal, no qual se discutia a interação de normas de direito tributário material e normas de direito processual civil. O caso foi importado de um posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em processos de execução fiscal que envolviam a sucessão tributária *mortis causae* do art. 131, II e III, do CTN. Lá foi formado um IRDR, n. 9, admitido e julgado procedente, a fim de formar tese jurídica favorável ao poder público, promovendo a “salvabilidade” de créditos tributários.

Após exaustivo trabalho de conscientização dos desembargadores do Tribunal de Justiça local quanto à adoção da mesma *ratio decidendi*, foi deduzido IRDR<sup>12</sup> perante o Grupo de Câmaras de Direito Público, de acordo com a competência regimental definida no segundo grau de jurisdição. A solução foi no sentido de não conhecer do incidente de resolução de demandas repetitivas, em votação apertadíssima, solvida por um voto desfavorável (oito votos a sete), reconhecendo que a divergência entre duas das cinco câmaras de direito público não era suficiente para suprir os requisitos de admissibilidade do art. 976, inciso I, do CPC. Fora isso, a proposição do IRDR catarinense foi justificada, considerando que o incidente paranaense transitou em julgado sem recurso ao Superior Tribunal de Justiça, vinculando apenas o território do Paraná, sem força cogente para outro Estado da federação brasileira.

12 - O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi autuado sob o n. 5024225-58.2020.8.24.0000, perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sob a relatoria da Desembargadora Estadual Dra. Vera Lúcia Ferreira Copetti.

A despeito da inadmissão por questões puramente processuais, a repetitividade e latência do litígio altamente massificado, versado em mais de cinco mil demandas, cuja recalitrância judicial levou à extinção de apenas, e ainda, 28% (vinte e oito por cento) das demandas, compreendeu-se que a causa era elegível para ser submetida ao regime de afetação à sistemática dos recursos especiais repetitivos (CPC, art. 1.036), assim, firmou-se em julho/2024 o Grupo Representativo de Controvérsia n. 24<sup>13</sup>, e novos casos foram submetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

O caso sugeriu a incapacidade de incidentes de resolução de demandas repetitivas serem opostos a teses fixadas em recursos repetitivos por conta do risco à violação da jurisprudência nacional. Compreendeu-se que o *anticipatory distinguishing* seria um caminho mais adequado à solução da controvérsia que buscava reduzir o espectro de aplicabilidade do Tema 166/STJ e, por conseguinte, da Súmula 392/STJ. Ademais, a ação deflagrou um ponto pouco explorado e abordado na doutrina processual civil nacional que é o pseudo conflito entre precedentes qualificados de mesma hierarquia, a saber, entre os próprios instrumentos de tutela pluri-individual do inciso III do art. 927 do CPC (recursos repetitivos *versus* incidentes de resolução de demandas repetitivas).

O caso está pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça, em outubro/2024, quanto à afetação de caráter repetitivo, no âmbito nacional, da respectiva tese. No entanto, no decorrer desse processo, restou revelado que o debate coletivo quanto ao benefício da tese para outros entes públicos não foi firmado em uma instância de comunicação. A criação desse canal poderia fortalecer a tese no âmbito do processo judicial, com a participação de outros atores.

O segundo caso experimentado no âmbito da advocacia pública municipal apontou a necessidade de interação entre os órgãos da advocacia pública, especialmente federal, na tramitação do Tema de Recurso Repetitivo n. 1201/STJ que trata da questão processual civil quanto à formação de precedentes. Após articulação realizada junto à Associação Brasileira de Estudantes de Processo e ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, por parte do órgão da advocacia pública atuante no caso, foi realizada uma audiência com os ministros julgadores do Superior Tribunal de Justiça e posterior sustentação oral presencial e telepresencial naquela Corte Superior para a defesa das posições.

Nesse processo, não houve interação prévia entre os órgãos da advocacia pública municipal e federal. Apesar disso, por intermédio das associações de processo, que oficiaram como *amicus curiae*, foram mobilizados debates, sob a perspectiva das procuradorias, acerca do papel que desempenham na evolução da jurisprudência nacional. Na sustentação oral presencial, a própria Advocacia da União sinalizou interesse no ingresso ao feito, caso tivesse acesso com antecedência à controvérsia, por compreender sua direta aplicação aos casos representados no âmbito federal.

O referido Tema 1201/STJ (REsp 2.043.826/SC) buscava determinar a fixação da multa processual do art. 1.021, §4º, do Código de Processo Civil, em recursos envolvendo a aplicação de precedentes qualificados, quando da pretensão de empreender distinção (*distinguishing*), exatamente nos casos individuais apurados a partir da experiência pluri-individual anteriormente

13 - O Grupo Representativo de Controvérsia n. 24, gerido pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e Ações Coletivas – NUGEP, do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, foi fixado em matéria tributária e indicou quatro causas-piloto como passíveis de solução por meio da fixação de novo repetitivo. A tabela pode ser acessada no seguinte link: <<https://www.tjsc.jus.br/documents/3133632/3200305/GR++COMPLETA/fc5f5f7-e37b-e9a2-599f-54533a63ab08>> Acesso em: 30.08.2024.

citada. Nesse repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça pretendeu revisitar o Tema 434/STJ, no sentido de definir balizas à fixação de multa processual em casos nos quais exista prévia aplicação de precedentes qualificados.

Os debates prévios, inclusive com a leitura do voto do Relator Ministro Mauro Campbell Marques, demonstraram extrema preocupação do ponto de vista da qualidade do debate dialógico, que deve ser empreendido no âmbito das tutelas pluri-individuais. A advocacia pública defendeu a posição institucional do “direito ao recurso”, na linha do quanto debatido no Tema 434/STJ, com a nuance e a inserção da temática na perspectiva dos precedentes obrigatórios (i.e. qualificados). Se a pretensão é destacar uma causa jurídica a partir da sua apreensão abstrata na sistemática dos recursos repetitivos, de forma alguma tal causa deve ser desconectada dos fatos que subsidiaram a dúvida jurídica unicamente de direito, de caráter repetitivo e multifacetário.

A causa de fundo versou sobre a não aplicação adequada de repetitivo, por violar a moldura que ensejou sua fixação (i.e. similitude fática e jurídica de caso paradigma), em execução fiscal relacionada ao reconhecimento da prescrição intercorrente, com a incidência do Tema 566 e seguintes do STJ. A despeito disso, a pretensão a ser enfrentada em caráter repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça é a de decidir em que causas, ou se apenas nas causas que envolvam técnicas de aperfeiçoamento do direito (leia-se *distinguishing* e *overruling*), haveria a possibilidade de se afastar a fixação da multa processual do §4º do art. 1.021 do CPC, sendo pressuposta nos demais casos em que exista recurso contra a aplicação de precedente qualificado. Após a dedução do voto do relator e a demonstração de alguma preocupação dos ministros quanto às teses sensíveis relacionadas ao sistema de precedentes e, indiretamente, quanto ao engessamento de jurisprudência, houve pedido de vista da Ministra Isabel Galotti, sem devolução para julgamento.

O caso revelou a necessidade de uma atuação coordenada, conjugada e direcionada, da advocacia municipal frente ao Poder Judiciário, com grandes atores processuais no cenário processual civil e com órgãos de controle (i.e. Ministérios Públicos). O que enfatiza ainda a importância de escritórios ou unidades de gerenciamento de demandas de massa nas advocacias públicas. Revelou também um possível impacto econômico à atuação recursal dos advogados públicos federais, estaduais e municipais, que deveria ser quantificada quanto à possível restrição do direito de representação. A ausência de técnicos, para além do direito, no corpo da advocacia pública municipal que representou o caso reforça a sugestão abordada no item anterior quanto à criação de laboratórios de tutela pluri-individual no âmbito das procuradorias.

O terceiro caso, sem afastar outros de relevante importância que poderiam ser citados como experiências locais na gestão de instrumentos de tutela pluri-individual, diz respeito à possível existência de litigância predatória em demandas relacionadas à temática da educação infantil, especificamente sobre o acesso a vagas de creches. As demandas judiciais acerca desse pleito superaram no último triênio o quantitativo de vinte mil processos judiciais relacionados a um único litigante habitual no Estado de Santa Catarina.

Nesse sentido, estudos de jurimetria internos, conduzidos por órgão de prevenção de litígios instalado no âmbito da advocacia pública municipal, permitiram identificar que aproximadamente 95% (noventa e cinco por cento) das demandas ajuizadas estão dispersas em apenas 4 (quatro) escritórios de advocacia privada da região. Fora isso, um pouco menos de 75% (setenta e cinco por cento) das causas são patrocinadas por advogados que não possuem escritório em

funcionamento na sede do órgão judiciário de primeiro grau. E, por fim, dados concretos obtidos por meio de assessoria técnica do órgão municipal apontaram a existência de indícios de captação ilícita de clientes por parte dos escritórios patrocinadores das demandas, por meio do uso de ferramentas digitais e mídias sociais com impulsionamento.

Nesse contexto, o terceiro caso apresenta uma preocupação quanto ao tratamento dado pelas advocacias públicas, especialmente as municipais (que têm um alto grau de desaparelhamento), às demandas massificadas que apresentam uma latente indicação de litigância predatória. Sugere também que, em casos como o apontado, relacionados ao direito à educação de crianças na primeira infância, a solução consensual pode ser uma alternativa. Além disso, a aproximação das advocacias públicas municipais com a advocacia pública federal, por meio de convênios autorizativos do uso da estrutura da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal – CCAF/AGU, pode ser uma solução àqueles órgãos que não detêm condições para promover a consensualidade na administração pública.

Para além, a interação da advocacia pública com Centros de Inteligência do Poder Judiciário (CIPJ) – que poderiam ser usados para o combate da litigância predatória – não raramente exigem a prévia instrução de procedimentos administrativos investigativos que colem e apresentem indícios e provas quanto aos fatos que caracterizam a predação das demandas. Nesse cenário, é possível realizar esse tipo de trabalho de forma artesanal, isso é, por atores processuais diretamente conectados com os processos? Essa polarização dos agentes de investigação, conectados com as causas de origem, pode gerar vieses cognitivos aos elementos identificados ou, ao revés, pode contribuir ativamente para o tratamento e a solução da predação?

A demanda pluri-individual, traduzida como caso concreto, demonstrou a insuficiência da advocacia municipal na solução interna desse problema e a baixa efetividade na articulação com o Poder Judiciário local. As advocacias municipais, reconhecidamente, contam com estruturas administrativas reduzidas, na medida em que é baixo o quantitativo de procuradores concursados e efetivos em atuação nesses espaços.

O avanço em procedimentos investigativos e no cruzamento de dados para a apuração de situações que envolvam demandas predatórias exige um aparelhamento das instituições, especialmente dos órgãos jurídicos da administração pública direta, o que não é habitualmente visto no plano municipal (as exceções nesse sentido são pontuais e estão localizadas em grandes centros do Sul e do Sudeste do Brasil, como São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Londrina, Curitiba, Joinville, Florianópolis, Porto Alegre). Por isso, é possível apontar que há uma insuficiência dos órgãos de advocacia pública no plano municipal para a solução extraprocessual de problemas não tipicamente jurisdicionais, que geralmente exigem o levantamento de informações, como no caso da litigância predatória.

O suporte que, potencialmente, poderia ser ofertado por parte das advocacias públicas estaduais ainda é baixo, fato atestado pelos estudos desenvolvidos por Elisa B. Eidt (2023, p. 166-170) quanto à necessidade de densificação dos modelos. A autora revela que a incapacidade avaliada levou a advocacia pública local a adotar providências endoprocessuais para a correção dos problemas, com o uso de medidas relacionadas à caracterização da litigância de má-fé nos processos individuais. Contudo, essas providências apresentaram baixíssimo êxito, inferiores a 2% (dois por cento) dos casos.

Diante disso, o encaminhamento proposto foi a instalação de um incidente de resolução de demandas repetitivas para dirimir dúvidas relacionadas à aplicabilidade de precedentes qualificados igualmente incidentes (i.e. Tema 548/STF) como arena processual hábil a apreender integralmente o problema estrutural e promover o tratamento adequado, com a ampliação do contraditório e a adoção de formas anômalas de gestão das demandas massificadas, especialmente o *town meeting*, a plasticidade da produção probatória e a criação de gabinetes de gestão do litígio.

O *town meeting* é um instrumento explorado na doutrina de processos estruturais para a ampliação dialógica do contraditório em causas coletivas complexas (Yeazell, 1977, p. 244-260). Ele deriva de experiências políticas da *common law* e da democracia direta, nas quais são realizadas reuniões públicas abertas com a participação de munícipes para a tomada de decisão coletiva acerca de algumas escolhas públicas (Zimmerman, 1999, p. 15-24).

*Town meeting* pode ser entendido como *comunidade de comunicação*, uma reunião de vizinhos sobre assuntos de importância do grupo, típico instrumento de um processo estrutural cujo diálogo e o contraditório, dos *representantes adequados* e dos *legitimados adequados*, deve ser alargado, sob uma nova compreensão. Nele há uma atuação engajada das partes que carregam o ônus de fomentar o diálogo entre os atores processuais e os representantes dos grupos afetados, assim como do juiz, com o dever de se colocar mais próximo de todos, permitindo que sejam ouvidas as posições de cada um, inclusive quanto às soluções propostas para solucionar o litígio (Sestrem, 2022, p. 115).

A sugestão do *town meeting*, sem realizar amplo estudo a respeito do instituto, pode ser, de forma reflexiva e propositiva, uma medida com conteúdo participativo e democrático para a adoção de escolhas públicas quanto ao estabelecimento de planos, não imediatos, de correção de problemas estruturais.

Se a solução deve ser obtida a médio prazo e se os acordos coletivos realizados no bojo de ações civis públicas não detêm, em tese, a legitimidade de se promover a evitabilidade das pretensões individuais, soluções consensadas por audiências públicas podem sugerir uma nova perspectiva à resolução da demanda pluri-individual.

De toda forma, o terceiro e último caso apontou para um dever de aproximação dos órgãos da advocacia pública federal, estadual e municipal quanto à solução administrativa de controvérsias, por meio das Câmaras da Lei Federal n. 13.140/2016, assim como para o enfoque mais criativo da solução de litígios a partir de instrumentos de tutela pluri-individual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo – conduzido sob a formatação hipotético-dedutiva – problematizou, ainda que de forma parcial, a gestão de processos massificados por meio de instrumentos processuais de tutela pluri-individual, com foco na incidência de precedentes vinculantes sob o ponto de vista da redução da litigiosidade, promovida pela advocacia pública, especificamente a estadual e a municipal.

A interação da advocacia pública, em qualquer uma de suas esferas, é vital para se empreender o desiderato primeiro, do ponto de vista da política judiciária, para os instrumentos de tutela pluri-individual. É impossível reduzir conflitos, prevenir processos judiciais e promover o correspondente arquivamento e a extinção, sem a adoção de processos estratégicos voltados ao manejo

do IRDR, do IAC e dos RRs. Essa interação torna-se mais necessária quando há fragmentariedade das estruturas administrativas, isso é, nos casos das advocacias públicas estaduais e municipais, nas quais não há uma coordenação regional ou nacional responsável por determinadas temáticas.

Do ponto de vista da advocacia pública federal, essa interação ocorre de forma endógena. Os debates acontecem no âmbito do próprio órgão, de forma coordenada, o que acaba por mitigar a necessidade de novas visões, ao menos institucionais. O problema torna-se mais sensível quando avaliada a questão sobre a interação que determinadas decisões judiciais representativas de uma controvérsia podem gerar sobre a administração pública. Sob determinados aspectos, decisões acerca dos limites da competência normativa ou da atribuição administrativa de Estados-membros e dos municípios são impostas de forma nacional, a despeito da representação judicial ser realizada por um ou outro órgão da advocacia pública estadual ou municipal. A interação entre os órgãos das advocacias públicas estaduais e municipais, na situação em debate no presente trabalho, é, portanto, exógena e necessária.

No entanto, da mesma forma que essa interação se torna essencial para a garantia da pluralidade do debate e da representatividade das instituições, revela-se contingencial. Isso porque, como explorado no tópico acima, os IRDRs são fixados nos âmbitos estaduais e locais, sendo fálí-veis para o debate de questões nacionais. Esses incidentes são bons instrumentos para solucionar questões relacionadas à legislação estadual e municipal, em razão da vocação natural dos IRDRs de serem abertos no âmbito dos tribunais estaduais. Registre-se, contudo, que isso não impede o debate de questões federais e nacionais por meio do IRDR, o que, naturalmente, pode acontecer na seara dos tribunais regionais federais ou, ainda, nos estaduais, para a interpretação da questão de direito afeta aos processos da competência daqueles órgãos jurisdicionais.

Ao menos do ponto de vista processual, a proposta de ampliação dialógica tem maior peso para recursos especiais e extraordinários repetitivos que canalizam, de forma mais sensível, a discussão de questões nacionais e federais. Um dado relevante nesse sentido é perceber os quantitativos, a partir da ferramenta de pesquisa de precedentes qualificados do STJ<sup>14</sup>, de processos afetados à sistemática de recursos repetitivos (até outubro/2024 eram 1287 temas) comparativamente aos demais instrumentos, com foco nos IACs e IRDRs, que atingiram o número de 28 incidentes na Corte Superior. Em pesquisa nos sítios eletrônicos dos tribunais estaduais, sobretudo os das cidades de São Paulo, Paraná e Santa Catarina, foram identificados dados mais relevantes. No Estado paulista, foram 1104 IRDRs suscitados<sup>15</sup>, dos quais apenas 55 foram admitidos. A experiência paranaense admitiu 47 IRDRs e negou a admissão e o processamento de 296 incidentes ao longo dos últimos oito anos.<sup>16</sup> Em Santa Catarina, foram 33 incidentes admitidos de 105 suscitados e inadmitidos.<sup>17</sup>

---

14 - A respeito dessa ferramenta, é possível acessá-la no sítio do Superior Tribunal de Justiça, disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp)> Acesso em: 17.10.2024.

15 - Os dados podem ser acessados no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/NugepNac/Irdre>> Acesso em: 17.10.2024.

16 - Dados acessíveis no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/irdr-informacoes>> Acesso em: 17.10.2024.

17 - Dados extraídos do site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina <<https://www.tjsc.jus.br/web/nucleo-de-gerenciamento-de-precedentes-e-aco-es-coletivas>> Acesso em: 17.10.2024.

Sob a perspectiva da advocacia pública federal e da sua interação com esses instrumentos, dados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região indicam que 36 IRDRs foram admitidos na jurisdição federal do sul do Brasil, sem dados ativos quanto aos suscitados e eventualmente inadmitidos, o que indica a primazia do instrumento nos planos estadual e municipal, da forma como antes mencionada.<sup>18</sup>

Ao avaliar as experiências locais quanto à questão em pauta e o papel das advocacias públicas estadual e municipal nelas, a partir das análises doutrinárias obtidas, ainda que de forma perfunctória, pode-se concluir que três devem ser os aperfeiçoamentos conduzidos no âmbito das estruturas das procuradorias: a estruturação de núcleos de gerenciamento de demandas de massa; a adoção de concertações pluri-individuais; e o estabelecimento de canais de comunicação transversais e verticais.

Os estudos conduzidos, conquanto sejam iniciais dada a inovação da abordagem proposta, trazem luz a um tema sensível e pouco abordado no âmbito da doutrina processual civil brasileira, com afetação para outras áreas de direito material, a exemplo do direito tributário e do direito administrativo: a forma inadequada que teses jurídicas fixadas no bojo de precedentes qualificados têm sido aplicadas, inclusive de forma retroativa.

Compreende-se que o estudo alcançou os objetivos traçados e confirmou a hipótese pretendida, que buscava validar a necessidade de avanço na atual formação organizacional das advocacias públicas, estadual e municipal, em busca da confirmação daquilo que já se verifica no plano federal: uma atuação setorizada e estratégica da advocacia pública, de forma concertada e cooperativa, em prol do desenvolvimento da jurisprudência, com o auxílio de espaços coletivos de fala nas associações e na Ordem dos Advogados do Brasil.

## REFERÊNCIAS

ABREU, João Carlos Mendes de. Breves apontamentos sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 79, p. 167-180, jan./mar. 2021.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn] Thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.

BOCHENEK, Antônio César. Demandas estruturais: flexibilidade e gestão. **Revista Judiciária Brasileira – ReJuB**. a. 1, n. 1, p. 155-178, jul./dez. 2021.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. Brasília: CNJ, p. 1-32, jul. 2011.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 14, n. 72, p. 123-153, mar./abr. 2012.

18 - Dados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, aba "Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas", disponível em: <[https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina\\_visualizar&id\\_pagina=1533](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1533)> Acesso em: 17.10.2024.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo. **Revista de Processo**. v. 251, p. 321-338, jan. 2016.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O futuro da reclamação: cabimento contra o descumprimento da decisão em recurso especial repetitivo à luz da decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça nos autos da Rcl 36.476/SP. **Revista de Processo**. v. 316. p. 199-211. jun. 2021.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 13. ed. reform. Salvador: Juspodivm, 2016.

EIDT, Elisa Berton. **Autocomposição na Administração Pública**: o desenvolvimento da consensualidade por meio das Câmaras Administrativas de Prevenção e Resolução de Conflitos. 235 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Florianópolis, 2023.

FERREIRA FILHO, Jader Alves. Reflexões sobre Gestão do Processo estrutural da ACP do Anel Rodoviário e BR-381. In: BOCHENEK, Antônio César (Coord.) **Demandas Estruturais e Litígios de Alta Complexidade**: casos práticos analisados no Mestrado da ENFAM. v. 2, Brasília: ENFAM, 2023. p. 207-230.

FIGUEIREDO, César Augusto Carvalho de. Litigância repetitiva como indicativo de demanda estrutural: os desafios e as possibilidades em juizados especiais nos litígios de acesso ao Programa Luz para Todos. In: BOCHENEK, Antônio César (Coord.) **Demandas Estruturais e Litígios de Alta Complexidade**: casos práticos analisados no Mestrado da ENFAM. v. 2, Brasília: ENFAM, 2023. p. 77-112.

LAMÊGO, Gustavo Cavalcanti. Técnicas de cooperação judiciária nacional aplicadas a processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 491-518.

LAMY, Eduardo de Avelar; SALOMON, Nadine Pires. Os desafios do incidente de resolução de demandas repetitivas em face do federalismo brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 277, p. 347-376, mar. 2018.

LAMY, Eduardo de Avelar; SESTREM, Felipe Cidral. Compliance e processos estruturais: intersecções procedimentais para a maximização de políticas públicas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 327, p. 265-283, mai. 2022.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 40, v. 243, p. 283-331, mai. 2015.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes Judiciais na Administração Pública**: limites e possibilidade de aplicação. 2016. 231 f. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis/SC, 2016.

OSNA, Gustavo. Três notas sobre litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 342, p. 55-70, ago. 2023.

ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 21, n. 84, p. 93-120, out./dez. 2013.

SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. O princípio do contraditório no âmbito da tutela pluri-individual. **Revista CEJ**, Brasília. Ano XXII, n. 74, p. 7-14, jan./abr. 2018.

SESTREM, Felipe Cidral. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina**. Florianópolis. Editora EMAIS:: 2022, p. 110-127.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 349-382, dez. 2013.

SOUZA, Gabrielly de. Litigância predatória, tutela coletiva e o porvir do acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 353, p. 217-237, jul. 2024.

VASCONCELLOS, Luciana Roffé. Métodos de resolução consensual de conflitos e o poder público: como conciliar o princípio da isonomia e a atuação consensual? A necessária observância de precedentes administrativos. **Publicações da Escola Superior da AGU**. v. 13, n. 3, Brasília, 2021, p. 233-256.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil e estrutural**. Salvador: Juspodivm, 2020.

XAVIER, Felipe Rodrigues. A estranha coexistência entre protagonismo judicial e integridade e coerência do direito no Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 268, p. 23-46, jun. 2017.

UZEDA, Carolina. **Boa-fé no processo civil**: um estudo sobre a aplicação e a extensão do princípio. 2023. 315f. Tese (Doutorado), Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba/PR, 2023.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of Litigation: A commentary on the Los Angeles School Case. **UCLA Law Review**. v. 25, i. 2, December 1977. pp. 244-260.

ZIMMERMAN, Joseph Francis. **The New England town meeting**: democracy in action. Praeger Publishers, 1999.



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



.....

# *DUMPING E PROTEÇÃO COMERCIAL: ESTUDO CRÍTICO DE DECISÃO JUDICIAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA Nº 689/DF*

.....

## *DUMPING AND COMMERCIAL PROTECTION: CRITICAL STUDY OF THE JUDICIAL DECISION ON THE SUSPENSION OF PROVISIONAL GUARDIANSHIP Nº. 689/DF*

Manoel Tavares de Menezes Netto<sup>1</sup>  
Rubens Quaresma Santos<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Resumo do caso. 2. Visão jurídica. 3. Apreciação crítica. Conclusão. Referências.

---

1 - Doutorando em Direito (IDP/DF). Mestre em Administração Pública (FGV/RJ). Economista. Foi membro do Comitê de Apoio Técnico do Diagnóstico do Contencioso Tributário do CNJ (2021/2022), da Comissão de Juristas STF/Senado para Reforma do Processo Tributário (2022) e do Grupo de Análise Jurídica do Programa de Assessoramento Técnico da Reforma Tributária do Ministério da Fazenda (2024). E-mail: manoelt@gmail.com.

2 - Mestrando em Direito e Empreendimento e Pós-graduado *lato sensu* em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Graduado em Engenharia de Software pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). Procurador na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), tendo exercido as funções de Subprocurador-Regional da Fazenda Nacional na 1ª Região (2017-2019) e de Procurador-Regional da Fazenda Nacional na 1ª Região (2019-2021). Atualmente integra a Divisão de Consultoria e Assessoramento Jurídico-1 da Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria Administrada da Fazenda Nacional. E-mail: rubensqs@gmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3170-4348>.



**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo analisar, sob a perspectiva da análise jurídica da política econômica, o litígio sobre a imposição de sobretaxa *antidumping* na importação de alho. Para tanto, buscou-se examinar o impacto das decisões judiciais no equilíbrio entre a proteção da indústria nacional e a concorrência, a partir da metodologia de estudo de caso e revisão bibliográfica. No âmbito deste estudo, concluiu-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal de suspender a liminar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região –que liberava a empresa importadora do pagamento da sobretaxa antidumping – restabeleceu a política pública de proteção do mercado nacional contra a concorrência desleal, o que assegurou aos produtores nacionais a fruição do direito constitucional à proteção contra a concorrência desleal. No entanto, argumenta-se que a decisão judicial, embora restabeleça a política pública, não pondera as potenciais consequências da sobretaxa sobre os direitos dos consumidores. Por isso, sugere-se a necessidade de uma análise mais abrangente que considere mecanismos para minimizar os impactos negativos da medida.

**PALAVRAS-CHAVE:** *dumping*. Política econômica. Concorrência. Análise jurídica da política econômica.

**ABSTRACT:** *The article aims to analyze, from the perspective of Legal Analysis of Political Economy, litigation over the imposition of an anti-dumping surcharge on garlic imports, examining the impact of court decisions on the balance between the protection of the national industry and competition, using case study and literature review methodology. It is concluded that the decision of the Federal Supreme Court, by suspending the injunction of the Federal Regional Court of the 1st Region that released the importing company from paying the anti-dumping surcharge, reestablished the public policy of protecting the national market against unfair competition, ensuring producers nationals the enjoyment of the constitutional right to protection against unfair competition. However, it is argued that the court decision, although it reestablishes public policy, does not consider the potential consequences of the surcharge on consumer rights, suggesting the need for a more comprehensive analysis that considers mechanisms to minimize the negative impacts of the measure.*

**KEYWORDS:** *dumping*. Economic policy. Competition. Legal analysis of political economy.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar o desdobramento do embate judicial que envolve a imposição de sobretaxa *antidumping* sobre as importações de alho, destacando como a atuação judicial se insere nesse cenário e impacta a fruição de direitos. O objetivo é mostrar como as decisões judiciais podem impactar a política econômica, especificamente o equilíbrio entre a proteção da indústria nacional e a concorrência. Para tanto, metodologicamente, adotou-se o estudo de caso e a revisão bibliográfica de caráter descritivo e analítico.

Este texto foi dividido em quatro partes. Na primeira, apresentam-se os fatos do litígio, cuja problemática decorre da decisão liminar concedida pelo Tribunal Regional Federal que autorizou a empresa a importar alho sem o recolhimento da sobretaxa *antidumping*. Em seguida, expõe-se uma visão geral sobre a questão jurídica e uma revisão do histórico do *dumping* e das salvaguardas comerciais. Nesse ponto, aborda-se também a legislação sobre o tema, desde as primeiras medidas protecionistas até a formação do GATT e da OMC, destacando inclusive a divergência entre a visão jurídica e a econômica sobre o *dumping*.

Na terceira parte, discute-se o caso sob a perspectiva da interação entre Economia e Direito, a partir da perspectiva da análise jurídica da política econômica (AJPE), abordagem interdisciplinar que examina como as políticas econômicas, a regulamentação e a intervenção estatal afetam o sistema jurídico e vice-versa. Neste artigo, utiliza-se o método “análise de portfólio”, da AJPE, para distinguir as “cláusulas de utilidade” (bens e serviços na economia real) das “cláusulas monetárias” (dinheiro ou ativos financeiros) nos contratos, destacando a interação entre os interesses públicos e privados.

Por fim, na conclusão, posicionamo-nos pela necessidade de uma visão holística dos juristas – em especial do Poder Judiciário – das relações contratuais, de modo que os casos particulares sejam analisados também sob a perspectiva da política pública a qual se relacionam.

### 1. RESUMO DO CASO

Em novembro de 2020, a União protocolou, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), um pedido de Suspensão de Tutela Provisória (STP) contra a decisão proferida por um Desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), que concedeu tutela provisória para garantir o desembaraço aduaneiro referente à operações tituladas pela empresa Lecargo Comércio, Importação e Exportação EIRELI, “[...] sem que se lhe possam exigir as exações relativas aos direitos antidumping sobre a importação de alhos do tipo comercial (trade remedy) seja realizada pela Receita Federal do Brasil quando da importação dos produtos afetados” (Brasil, 2021). Essa ação, autuada sob o identificador STP nº 689/DF, representava a chegada, na Suprema Corte, de uma discussão iniciada em junho de 2016, quando a empresa ajuizou a demanda com objetivo de afastar a aplicação do direito *antidumping* sobre a mercadoria que importava.

Tendo sido negado, na primeira instância, o pedido de antecipação de tutela, o caso foi levado ao TRF1, que concedeu à empresa, em caráter tutelar, o direito de promover o desembaraço aduaneiro das mercadorias sem prévio pagamento da tarifa de U\$ 0,78 por quilo de alho importado da China, como determinado pela Resolução CAMEX nº 80/2013. Da concessão da liminar pelo TRF1, em junho de 2016, até a publicação da liminar concedida pelo Min. Luiz Fux, em dezembro de 2020, que suspendeu os efeitos do ato do TRF1, a empresa fez ingressar no país toneladas do produto chinês sem o recolhimento das medidas de proteção comercial.

Para a concessão da proteção à empresa litigante, o Tribunal da 1ª Região entendeu aplicável a Súmula 323 do STF, segundo a qual “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” (Brasil, 1963). Na STJ 689/DF, por outro lado, em Decisão Monocrática o Relator argumentou que o STF já havia estabelecido que sua Súmula 323 não se aplica à cobrança de tributos sobre a importação, conquanto o pagamento destes constitui condição para o desembaraço aduaneiro. Esse entendimento estaria implícito na Súmula Vinculante 48<sup>3</sup> e no Tema de Repercussão Geral nº. 1.042<sup>4</sup>. Em suas palavras:

[...]a Corte promoveu o distinguishing de que não está em jogo a apreensão de mercadorias como meio coercitivo visando a satisfação de débito tributário, mas a aplicação de regra específica que condiciona o aperfeiçoamento da importação ao recolhimento das diferenças fiscais no momento da introdução do bem no território nacional (Brasil, 2021).

Ainda segundo o Ministro, a Lei nº. 9.019/1995 determina expressamente que os direitos *antidumping* (*trade remedy*) serão exigidos de maneira independente das obrigações de natureza tributária, mesmo que sua cobrança seja feita pelo Fisco (Brasil, 2021). Por fim, Sua Excelência entendeu que havia grave risco de lesão à ordem econômica na importação do produto sem o recolhimento da tarifa, uma vez que:

[...]a decisão [do TRF1] compromete a defesa comercial e o combate ao abuso de poder econômico, na medida em que torna impossível a competição de forma isonômica com a mercadoria chinesa cujo preço, segundo consta nos autos, possui custo 27% menor do que o produto nacional, restando configurada a concorrência desleal (Brasil, 2021).

Após esclarecer brevemente do que trata o direito *antidumping* e a defesa do mercado previsto na Constituição Federal de 1988, Luiz Fux argumentou que a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior são essenciais aos interesses nacionais e funcionam como garantia de desenvolvimento, de modo que a Resolução Camex nº 80/2013 apenas materializa esses instrumentos, que possuem, em verdade, fundamento na Constituição.

## 2. VISÃO JURÍDICA

Como se vê, em torno da questão jurídica de fundo orbita o conceito do *dumping* e a aplicação de salvaguardas comerciais pelo Estado. Welber Barral (2013) atribui a Adam Smith uma das primeiras referências ao *dumping*, termo que utilizou para tratar da ajuda econômica do Estado a empresas. Já em 1884 o vocábulo foi empregado no Congresso Americano em debates sobre a venda de bens estrangeiros no território americano. Nas palavras do autor:

Neste século, foi o economista Jacob Viner quem, em sua clássica obra *Dumping, a Problem in International Trade*, especificou os traços característicos do comportamento comercial que passou a ser designado pelo termo. Segundo aquele autor, o *dumping* é identificável essencialmente pela discriminação de preços entre compradores em diferentes mercados nacionais (Barral, 2013, p.14).

3 - Súmula Vinculante nº 48: “Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro” (Brasil, 2015).

4 - Tema de Repercussão Geral nº 1.042: “É constitucional vincular o despacho aduaneiro ao recolhimento de diferença tributária apurada mediante arbitramento da autoridade fiscal” (Brasil, 2020).

Historicamente, o Canadá é apontado como o primeiro país a adotar formalmente uma legislação comercial *antidumping*, em 1904, de caráter primordialmente protecionista, considerando a diferença de preços para o mesmo produto no seu território e no país exportador. Rapidamente foi seguido por Nova Zelândia (1905), Austrália (1906), Japão (1910), África do Sul (1914), Estados Unidos (1916) e Reino Unido (1921) (Barral, 2013).

Porém, a percepção, pelas elites políticas norte-americanas e britânicas, da necessidade de correção dos erros cometidos após a Primeira Guerra Mundial, levaram, em 1944, aos acordos de *Bretton Woods*, que previam a criação de organismos internacionais para manutenção da estabilidade cambial e assistência de países em crise financeira (Fundo Monetário Internacional); promoção de financiamento para a reconstrução de países afetados pela guerra (Banco Mundial); e promoção de acordos multilaterais para liberação do comércio internacional. Para esse terceiro fim, contudo, a Organização Internacional do Comércio (OIC) não se concretizou, frustrada pela resistência do Congresso Americano, que levou os negociadores desse país a conduzirem discussões paralelas de um acordo geral sobre tarifas e uma proposta de carta da OIC, cuja aprovação estaria condicionada à aprovação daquele Congresso. O primeiro texto — Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) — foi concluído em 1947, enquanto a carta da OIC somente foi finalizada em 1948, não tendo sido aceita pelo Congresso dos EUA, o que levou à desmotivação dos demais Estados e, finalmente, sua não entrada em vigor (Barral, 2013).

O texto do GATT foi adotado, ainda que parcialmente, por diversos dos países signatários, tornando-se então o fórum para a discussão sobre o comércio internacional, embora não tenha adquirido personalidade jurídica. Rodadas de negociações periódicas sobre seus termos foram convocadas ao longo do século XX entre um crescente número de países, sendo a do Uruguai (1986-1994) a mais abrangente, com um total de 123 nações e resultando, dentre outras coisas, na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) (Barral, 2013).

A despeito da proeminência da questão entre as décadas de 1980 e 1990, notadamente por conta de uma crescente utilização, por diversas nações, de medidas de proteção do mercado interno às exportações de outros países<sup>5</sup>, somente a partir de provocação da Coreia do Sul é que o *dumping* passou a oficialmente fazer parte das discussões da Rodada do Uruguai (Barral, 2013), do que resultou o arcabouço normativo atual que regulamenta a aplicação do *antidumping* no comércio internacional.

Na definição do Artigo VI do GATT, o *dumping* configura-se como a prática de introduzir determinado produto em um mercado por valor inferior ao considerado normal:

1. The contracting parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry (WTO, 1947).

Nesse sentido, é válida a adoção de tarifas específicas com o objetivo de mitigar os efeitos dessa prática, como expressamente prevê o mesmo artigo do Acordo: “2. *In order to offset or prevent dumping, a contracting party may levy on any dumped product an anti-dumping duty not greater in amount than the margin of dumping in respect of such product*” (WTO, 1947).

5 - A título de exemplo, segundo Welber Barral (2013, p. 72), em 1980 havia 84 medidas *antidumping* em vigor nos Estados Unidos, atingindo 3,43% das suas importações. Em 1990 esse número saltou para 197, afetando 9,59% dos produtos importados.

Note-se que, de acordo com as regras do GATT, somente é legítima a adoção de tarifas *antidumping* quando a introdução do produto ou serviço por preço inferior ao do mercado nacional puder provocar danos a esse mercado e desde que comprovado o nexo de causalidade entre o dano e a importação (WTO, 1947). Vale dizer que, no direito nacional, as regras do GATT foram internalizadas por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, e, como esclarece a decisão do Ministro Fux sob escrutínio neste trabalho:

O direito *antidumping* concretiza diversos valores de envergadura constitucional. No artigo 173, §4º, a Constituição estabelece que o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros deverá ser reprimido nos termos da lei (Brasil, 2021).

Não obstante, sob o ponto de vista da ciência econômica, o custo do comércio afeta a forma como a empresa responde à concorrência. Apesar dos esforços para a redução de barreiras tarifárias, o comércio internacional ainda apresenta custos diversos daquele do comércio interno. Logo, é economicamente compreensível que a empresa estabeleça preços diferentes para um mesmo produto, de acordo com a localização, com o objetivo de reduzir eventualmente as margens de lucros para o mercado exportador e se apresentar mais competitiva (Krugman, Obstfeld e Melitz, 2015).

Para os economistas, apenas o *dumping* predatório, pautado pelo objetivo de eliminar a concorrência, merece reprimenda, uma vez que, consolidada a conquista do mercado, o exportador tenderia a aumentar seus preços para compensar as perdas experimentadas durante a execução de sua estratégia mercadológica (Barral, 2013).

### **3. APRECIÇÃO CRÍTICA**

Vista a questão subjacente, chama atenção o impacto das decisões judiciais do caso sobre a política econômica correlata à defesa da concorrência e do mercado nacional, o que pode ser esmiuçado sob a perspectiva da análise jurídica da política econômica, cuja abordagem interdisciplinar procura examinar como as políticas econômicas, a regulação, a intervenção estatal e as políticas fiscais afetam o sistema jurídico e vice-versa.

Segundo a AJPE, a produção econômica e a troca comercial giram em torno da fruição de direitos de produção, que são sustentáculos jurídicos de atividades relacionadas à produção de mercadorias e à troca comercial. Tal conceito se contrapõe ao de direitos de consumo, que são uma referência às práticas que adquirem significado a partir de atividades mediante as quais os atores utilizam produtos e serviços (Castro, 2018b). Em suma, direitos de produção são sempre equivalentes a alguma forma de propriedade comercial, enquanto direitos de consumo podem ter a forma de diversos tipos de propriedade não comercial e dos chamados direitos sociais ou direitos econômicos sociais e culturais (Castro, 2018b).

A relação contratual objeto de discussão na STP 689/DF envolve, portanto, direitos de produção e a disputa processual alude às consequências, incidentes sobre o contrato, da aplicação de regras tarifárias que pretendem preservar interesses econômicos nacionais, cujas origens regulatórias remontam a relações comerciais internacionais, conseqüentemente forjadas não apenas no âmbito das regras do direito nacional.

Para a AJPE, não deve escapar ao jurista a análise dos efeitos concretos das políticas públicas sobre a fruição dos direitos e de todos os contratos que envolvem a interação entre os conteúdos de interesse público e privado (Castro, 2018a). Nessa seara, a análise de portfólio é uma estratégia analítica da AJPE, orientada a evidenciar a distribuição interna aos contratos desses conteúdos. Sua utilização permite clarear as “cláusulas de utilidade” e “cláusulas monetárias” dos contratos, sendo aquelas referentes aos bens e serviços produzidos na economia real, enquanto estas são uma quantidade de dinheiro ou ativo financeiro transacionado (Castro, 2018b).

Se o conteúdo de utilidade pressupõe livre negociação entre as partes, ele é tratado esquematicamente como conteúdo de interesse privado da cláusula U; se a determinação do conteúdo da cláusula de utilidade demanda procedimento público, [...], ele é representado como U'. O mesmo raciocínio leva à compreensão dos conteúdos monetários: se uma estipulação contratual de caráter monetário for livremente pactuada entre as partes, tratar-se-á de conteúdo privado da cláusula M; se não, os conteúdos monetários são de interesse público, representados como M' (Leite, 2018, p. 401).

Sob esse prisma, a importação de alho titularizado pela litigante Lecargo possui a seguinte arquitetura contratual:

- importação de produtos pela empresa a partir de livre negociação com fornecedores (cláusula U);
- pactuação de uma remuneração pelo fornecimento do produto (cláusula M);
- imposição, pela Câmara de Comércio Exterior - CAMEX, de barreira à importação irrestrita da mercadoria, com fins de limitar a quantidade de seu ingresso no mercado nacional (cláusula U');
- estabelecimento, pela Resolução CAMEX 80/2013, de sobretaxa de U\$ 0,78 por quilo de mercadoria importada (cláusula M').

Logo, uma análise frutífera do contrato não pode desconsiderar a razão e a natureza das cláusulas de interesse público que sobre ele impactam. Trata-se de uma medida que busca assegurar, para os produtores nacionais, a proteção contra a concorrência desleal que a eles é garantida pelo art. 173, §4º, da Constituição Federal de 1988.

Segundo a Câmara de Comércio Exterior (Brasil, 2013), a imposição de sobretaxa ao alho importado da China, que ocorre desde 1994, tem se mostrado uma medida eficaz para assegurar o crescimento da produção nacional. Em estudo realizado para fins de avaliação da necessidade da medida, considerando o período de 2007 a 2012 (cinco anos antes da publicação da Resolução objeto de contestação judicial), a área plantada, o total produzido e a produtividade nacionais aumentaram, malgrado também se experimentou um crescimento da importação do produto chinês. Nesse contexto, a produção nacional de alho cresceu 42,77%, e a área total plantada saltou 14%. A produtividade variou 25,2%, de 8.865kg/hectare para 11.099kg/hectare. A título de comparação, em 1997 a produtividade nacional era estimada em 4.600kg/hectare. No mesmo período, houve um aumento de 44,2% no volume de importações do alho chinês — de 76,8 mil para 110,7 mil toneladas (Brasil, 2013).

Para o órgão técnico, a política pública é eficaz em seu objetivo de proteger o mercado nacional da atuação predatória do concorrente estrangeiro, uma vez que assegura ao produtor

nacional a fruição do direito de proteção contra a concorrência desleal. Inobstante, a análise do caso objeto da STP 689/DF demonstra como, ao menos em parte, os juristas perderam a capacidade de avaliar questões de políticas econômicas relevantes que impactam na fruição de direitos.

Ao decidir, ainda que cautelarmente, a questão levada ao juízo pela empresa importadora, valendo-se exclusivamente da súmula que veda retenção de mercadorias como meio coercitivo para exigência de tributos, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região desconsiderou — ou não se atentou para — a política econômica latente, afetando diretamente a fruição de direitos dos produtores nacionais, sujeitando-os à concorrência desleal do produto importado.

De acordo com a ANAPA - Associação Nacional dos Produtores de Alho :

[...] no ano de 2017, uma caixa de 10 quilos do produto proveniente da China era vendida pelos importadores brasileiros por R\$ 54,00, sem o valor da sobretaxa antidumping. Enquanto isso, os produtores nacionais, para produzir esta mesma caixa, incorrem em um custo de R\$ 74,55 (Freitas, 2020)

Esse dado permite vislumbrar a dimensão do impacto econômico da decisão que viabilizou à empresa importadora introduzir no mercado o produto sem o recolhimento da sobretaxa *antidumping*. Nesse sentido, pode-se afirmar que a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso restabelece a política pública em sua plenitude, reconhecendo a importância das cláusulas de utilidade (U') e monetária (M') de interesse público incidentes sobre o contrato de importação, que se enquadram em medidas que visam assegurar aos produtores nacionais a proteção para concorrer em condição de igualdade.

Como alerta Hugo Luis Pena Ferreira (2018, p. 67), “[...] o foco convencionalmente restrito ao direito positivo não possibilita compreender elementos normativos com relevância prática para a estruturação das relações econômicas e sociais, muitos dos quais ligados às relações internacionais”. A análise limitada da questão pelo TRF1 sobre o caso desconsidera relações mais amplas e impacta, por isso, a fruição de direitos de pessoas não diretamente arroladas no processo e que, portanto, não tiveram a chance de se manifestar. Por outro lado, a mesma crítica que se faz ao julgado do Tribunal de origem pode, em certa medida, recair sobre a decisão final da Corte Suprema, por não ponderar, em seu juízo decisório, as consequências da livre importação do produto alimentício sobre os direitos de consumo da grande maioria da população.

Se é sensível a situação dos produtores nacionais de alho, que, segundo o Órgão de Comércio Exterior do Poder Executivo, não possuem condições de desenvolver a atividade de maneira satisfatória sem a proteção do poder público contra as investidas com preços predatórios do produto chinês; não se olvida o fato de que a avaliação da CAMEX em nenhum momento discute eventuais impactos favoráveis, para o consumidor final, da entrada de produto estrangeiro em nosso mercado com preços menores.

A decisão da Suprema Corte, em linha, sequer considera se haveria outros meios de incentivar uma maior eficiência da produção nacional sem se valer de medida de cunho protecionista, que pode ter como consequência a limitação dos direitos de consumo.

## CONCLUSÃO

A análise da decisão judicial na STP 689/DF oferece uma visão elucidativa da interação entre o Direito e a Economia. O caso, que envolve a imposição de sobretaxa *antidumping* sobre importações de alho, realça como as decisões judiciais podem impactar a política econômica e, especificamente, a complexidade da busca por um equilíbrio entre a proteção da indústria nacional e a promoção da concorrência.

A abordagem da AJPE demonstra a relevância de se investigar as cláusulas de interesse público presentes nos contratos, na medida em que nos ajuda a reconhecer que as políticas públicas têm implicações abrangentes sobre a fruição de direitos. O Poder Judiciário deve estar atento para avaliar não apenas os intentos das partes litigantes, mas também os efeitos econômicos e sociais mais amplos de seus julgados. Dessa maneira, a deliberação do Supremo Tribunal Federal de suspender a decisão anterior permite perceber como as escolhas judiciais podem influenciar a execução da política econômica. A interdisciplinaridade entre o Direito e a Economia revela-se fundamental para um juízo mais holista das relações contratuais.

O caso analisado demonstra como a sobretaxa *antidumping*, apesar de se configurar como um instrumento legítimo de proteção à indústria nacional, pode gerar tensões entre diferentes interesses. Se, por um lado, a medida visa proteger os produtores nacionais de práticas comerciais desleais, por outro, pode resultar em preços mais altos para o consumidor final, impactando os direitos de consumo.

Nesse sentido, a decisão judicial, ao procurar equilibrar a proteção da indústria nacional e a livre concorrência, evidencia a necessidade de uma análise abrangente e aprofundada das políticas públicas. A busca por mecanismos que minimizem os impactos negativos da sobretaxa *antidumping* sobre o consumidor, como o investimento em eficiência da produção nacional, deve ser considerada para garantir a fruição dos direitos de forma justa e equilibrada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRAL, Walter. **Dumping e Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: Mercado e Ideias, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 323**. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula323/false>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Câmara do Comércio Exterior (CAMEX). **Resolução 80, de 3 de outubro de 2013 - Anexo**. Brasília, 4 out. 2013. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=339249>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 48**. Brasília, 27 maio 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula807/false>. Acesso em: 25 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema de Repercussão Geral nº 1042**. Brasília, 16 set. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5304243&numeroProcesso=1090591&classeProcesso=RE&numeroTema=1042>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática do Relator na Suspensão de Tutela Provisória 689/DF**. Brasília, 10 mar. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6051430>. Acesso em: 20 ago. 2024.

CASTRO, Maria Fernanda de. Direito, Tributação e Economia no Brasil: aportes da Análise Jurídica da Política Econômica. In: CASTRO, Maria Fernanda de; FERREIRA, Hugo Luiz Pereira. **Análise Jurídica da Política Econômica: a efetividade dos Direitos na Economia Global**. Curitiba: CRV, 2018a. Cap. 13, p. 367-387.

CASTRO, Maria Fernanda de. Perspectivas sobre as Relações entre Direito e Processos Econômicos. In: CASTRO, Maria Fernanda de; FERREIRA, Hugo Luiz Pereira. **Análise Jurídica da Política Econômica: a efetividade dos Direitos na Economia Global**. Curitiba: CRV, 2018b. p. 15-40.

FERREIRA, Hugo Luiz Pereira. O Direito e os Diferentes Momentos da Cooperação Econômica. In: CASTRO, Maria Fernanda de; FERREIRA, Hugo Luiz Pereira. **Análise Jurídica da Política Econômica: a efetividade dos Direitos na Economia Global**. Curitiba: CRV, 2018. p. 63-81.

FREITAS, Hugo. Fux suspende decisão que Nunes Marques proferiu no TRF1. **JOTA**, Brasília, 2 dez. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/fux-suspende-decisao-que-nunes-marques-proferiu-no-trf1-02122020>. Acesso em: 20 ago. 2024.

KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice; MELITZ, Marc J. **Economia internacional**. Tradução: Ana Julia Perrotti-Garcia. 10. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.

LEITE, Gabriel C. Não Cumulatividade e Neutralidade Tributárias à Luz da AJPE. In: CASTRO, Maria Fernanda de; FERREIRA, Hugo Luiz Pereira. **Análise Jurídica da Política Econômica: a efetividade dos Direitos na Economia Global**. Curitiba: CRV, 2018. Cap. 14, p. 389-412.

WTO. **The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947)**. World Trade Organization, 1947. Disponível em: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_01\\_e.htm#art6](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm#art6). Acesso em: 20 ago. 2024.



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



.....

# A ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE MAIOR OFERTA NAS MODALIDADES: CONCORRÊNCIA, DIÁLOGO COMPETITIVO, LEILÃO E PREGÃO SOB A LEI Nº 14.133/2021

.....

*ADOPTION OF THE HIGHEST OFFER CRITERION IN THE  
TYPES OF COMPETITION, COMPETITIVE DIALOGUE,  
AUCTION AND BIDDING UNDER LAW Nº 14.133/2021*

José Antônio Pessoa Neto<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O fundamento para a utilização das modalidades “concorrência” e “diálogo competitivo” 2. Os fundamentos para a utilização da modalidade “leilão” 3. Os fundamentos para a utilização da modalidade “pregão”. Conclusão. Referências Bibliográficas.

---

1 - Administrador de empresas pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP; Mestre em Administração de Empresas pela Universidade Federal Rural de Pernambuco - UFRPE; Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Atualmente, atua como Analista na Diretoria de Normas e Logísticas do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI). E-mail: jose.pessoa@gestao.gov.br.

**RESUMO:** O presente artigo examina a aplicação do critério de julgamento “maior lance”, no sentido de verificar se a regra pode ser aplicada a outras modalidades além do leilão. A legislação que dispõe sobre o regime de concessões e permissões para a prestação de serviços públicos estabelece, conforme o art. 186 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, que os objetos dessas contratações devem ser submetidos à Lei nº 14.133/21 e à legislação específica aplicável. No caso da concessão e/ou permissão de uso, que envolve a cessão de espaço público para o uso mediante remuneração, é sabido que outras modalidades de licitação podem ser utilizadas combinadas com o critério de julgamento do tipo “maior oferta”, o qual, por sinal, não está expresso nesses termos em nenhum dos incisos do artigo 33 da lei supracitada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licitação. Modalidades. Pregão. Maior lance. Concessão e Permissão.

***ABSTRACT:** This article examines the application of the “highest bid” judgment criterion in order to verify whether the rule can be applied to other modalities besides the auction. The legislation that provides for the concession and permission regime for the provision of public services establishes, according to art. 186 of the General Law of Public Procurement and Contracts, that the objects of these contracts must be subject to Law No. 14,133/21 and the specific applicable legislation. In the case of concession and/or permission for use, which involves the transfer of public space for use in exchange for remuneration, it is known that other bidding modalities can be used in combination with the “highest offer” judgment criterion, which, by the way, is not expressed in these terms in any of the items of article 33 of Law No. 14,133/21.*

**KEYWORDS:** Bidding. Modalities. Auction. Highest bid. Concession and Permission.



## INTRODUÇÃO

A sanção da Lei nº 14.133/2021 e dos regulamentos decorrentes editados pelos poderes Legislativo e Executivo – especialmente, o Poder Executivo Federal que vem disciplinando os procedimentos operacionais por meio das Instruções Normativas expedidas pelo Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos – produziu grandes transformações no que concerne à legislação brasileira que regulamenta as contratações públicas no país.

A citada lei, ao suplementar os procedimentos de contratações, dispõe em seu art. 187 que: “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução desta Lei” (Brasil, 2021). Nessa linha, admite em seu no Art. 28 cinco modalidades de licitações que deverão ser combinadas com um dos critérios de julgamento previstos no Art. 33, a saber: “[...] O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios: I - Menor preço; II - Maior desconto; III - melhor técnica ou conteúdo artístico; IV - Técnica e preço; V - **Maior lance, no caso de leilão**; VI - Maior retorno econômico (Brasil, 2021, grifo meu)”.

Examina-se, neste artigo, a aplicação do critério de maior lance, no sentido de compreender se essa regra pode ser aplicada a outras modalidades, além do leilão, posto que as concessões e permissões de uso do bem público devem ser submetidas à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos e à legislação específica. Desse modo, convém esclarecer que, de acordo com o previsto no inciso IV, do art. 2º da Lei 14.133/21, as concessões e permissões de uso do bem público aplicam-se aos seguintes casos: “I - Alienação e concessão **de direito real de uso de bens**; II - Compra, inclusive por encomenda; III - locação; IV - **Concessão e permissão de uso de bens públicos**; [...]” (Brasil, 2021, grifos meus). Por outro lado, sendo a concessão de uso a cessão de espaço público mediante remuneração, é sabido que se pode utilizar outras modalidades de licitação combinadas com o critério de julgamento do tipo “maior oferta” que, por sinal, não foi expresso nesses termos em nenhum dos incisos do artigo 33 da lei analisada.

Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres (2018), ao analisarem o critério de julgamento “maior oferta de preços”, nomeadamente na publicação *Licitações e contratos nas empresas estatais*, asseveram que:

O critério de julgamento por maior oferta de preço há de ser utilizado para selecionar propostas voltadas à assinatura de contratos que não geram dispêndios, ao contrário, resultam receitas às empresas públicas e sociedades de economia mistas. Considerando que a Lei nº 13.303/2016 não apresenta modalidade tipificadas e estáticas, o critério maior oferta de preços, juntamente com a nova fórmula melhor destinação de bens alienados, ocuparão o espaço outrora destinado à modalidade leilão.

[...]

Ressaltamos que o critério de julgamento maior oferta de preço não se restringe às hipóteses de alienação de bens. Existem outras contratações capazes de gerar receitas às empresas estatais. Benjamin Zymler e Laureano Dios recordam que esses casos, até o advento do RDC, não se encontravam albergados, ao menos diretamente, na legislação. Tal fato obrigava o uso de analogia para se extrair o procedimento a ser utilizado, seja no regime tradicional de licitações, seja na Lei nº 10.520/2002 [...] (Barcelos; Torres, 2018, p.).

Nesse âmbito, observa-se que o artigo 76, inciso I da Lei nº 14.133/21, dispõe que o leilão é a modalidade licitatória para a realização da alienação de bens imóveis; ao mesmo tempo, o inc. V do art. 33 traz a previsão de que essa modalidade seja julgada com o critério de maior lance. Assim, constata-se uma possível lacuna na nova lei de licitações e contratos administrativos, que indica uma falha do legislador ao eleger a modalidade de leilão para ser utilizada como critério de julgamento de maior lance, apenas quando o objeto do certame for a alienação de bens móveis ou imóveis, sem, contudo, prever a fase de habilitação. Por outro lado, inexistente vedação de utilização desse critério de julgamento no que concerne a outras modalidades.

## 1. O FUNDAMENTO PARA UTILIZAÇÃO DAS MODALIDADES “CONCORRÊNCIA” E “DIÁLOGO COMPETITIVO”

De início, cabe registrar que o Art. 186 da Lei nº 14.133/21 estabeleceu que “aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010”. Em outros termos, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos também se aplica aos casos de contratações que tenham por objeto o regime de concessão e permissão para prestação de serviços públicos.

O inciso XXXVIII do Art. 6º, da lei supracitada, define a concorrência como modalidade de licitação para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser um dos estabelecidos pela lei. No entanto, nesse ponto, não se menciona de forma expressa o critério de maior lance. No mesmo artigo, inciso XLII, o diálogo competitivo, por sua vez, é definido como uma modalidade de licitação utilizada para a contratação de obras, serviços e compras, na qual a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos sem, contudo, estabelecer o critério de julgamento a ser adotado.

A utilização dessas duas modalidades, concorrência e diálogo competitivo, assim como o critério de julgamento pelo maior desconto, também estão previstas no inc. II do art. 2º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e a permissão e prestação de serviços públicos. Nos termos da lei:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - Poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, **na modalidade concorrência ou diálogo competitivo**, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, **na modalidade concorrência ou diálogo competitivo**, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas

que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

[...] (Brasil, 1995, grifos meus).

Importante registrar que o Art. 15 da lei supracitada estabelece o critério de julgamento e prevê expressamente, em diversos incisos, a utilização do critério da maior oferta ou a sua combinação nos seguintes termos:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - **A maior oferta**, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - **a combinação**, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - mais bem proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - **melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação** de propostas técnicas.

§ 1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira [...] (Brasil, 1995, grifos meus).

No que tange à modalidade “diálogo competitivo”, a administração pública buscará entender novas formas de prestar um serviço ou de adquirir algum objeto, que ofereçam soluções modernas e condizentes ao mercado. Desse modo, pode-se reduzir os riscos de insucesso da contratação. Nesse trâmite, deve-se escolher um critério de julgamento dentre os disciplinados no Art. 33 da nova lei (14.133/2021), dentre os quais, está o critério da melhor oferta.

Para Rafael Oliveira, nomeadamente em seu trabalho *Diálogo competitivo brasileiro* (2021),

[...] a Lei nº 14.133, de 2021, não acompanha o legislador europeu para dizer que o critério de julgamento das propostas no diálogo competitivo será necessariamente o da melhor relação qualidade e preço. Na verdade, o novo marco legal nacional não previu precisamente um dos critérios de julgamento admitidos pelo seu art. 33 para a modalidade em estudo. Os incisos VIII e X do §1º do art. 32 da nova LLCA referem-se, respectivamente, à “seleção da proposta mais vantajosa” e à “contratação mais vantajosa como resultado” (Oliveira, 2021, p.).

Em outro parágrafo, o autor defende que:

a rigor, o inciso V, §1º, do art. 36 da Lei no 14.133, de 2021, assevera que, em situações como as do diálogo competitivo, é adequado o uso do critério de julgamento de técnica

e preço (art. 33, IV). Salienta-se que esse é o critério que, entre os adotados pela nova lei, mais se aproxima ao de melhor relação qualidade e preço europeu (art. 30o, no 1, da Diretiva 2014/24/UE) (Oliveira, 2021, p.).

No cenário de concessão, no qual se opte pela modalidade “diálogo competitivo”, entendemos que as regras e fórmulas precisas podem ser estabelecidas em edital próprio. Desse modo, após a definição da solução técnica mais adequada e dos requisitos aptos a concretizar a solução definida, o vencedor do certame será aquele que oferecer o maior lance.

Sobre o tema e a utilização de outras modalidades fundamentadas na Lei nº 14.133/2021 junto ao critério de julgamento “maior lance”, Joel de Menezes Niebuhr (2022) ensina o seguinte:

A questão é que esse vínculo entre o critério de julgamento do maior lance e a modalidade de leilão deve ser compreendido com cautela e anteparos. Sendo assim, deve-se entender que o inciso V do caput do artigo 33 da lei 14.133/2021 prescreve que o critério do maior lance deve ser aplicado na modalidade leilão, porém que também pode sê-lo em outras modalidades, desde que o interesse público demande que a melhor proposta seja aquela com o maior preço e não aquela com o menor preço (Niebuhr, 2022, p.).

Como se vê, de acordo com a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, para que o uso do bem público de propriedade seja concedido, a Administração deve instaurar um processo licitatório, no qual a concorrência é uma modalidade também permitida, a exemplo de como já ocorria com a Lei nº 8.666/93, em cumprimento ao previsto no Art. 23, parágrafo 3º da citada lei. Além disso, a doutrina e a jurisprudência já apontam para a possibilidade de adoção de outras modalidades combinadas com o critério de julgamento maior oferta, quando instaurados processos com fundamento na Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

## 2. OS FUNDAMENTOS PARA A UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE “LEILÃO”

O inciso XL do Art. 6º, da Lei nº 14.133/21, define o leilão como a modalidade de licitação voltada para a alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance, ou seja, nessa modalidade preceitua-se que o critério de maior lance seja adotado nas licitações. Não se menciona, no entanto, a utilização dessa modalidade para certames que tenham como objeto a concessão ou a permissão de uso de áreas, por exemplo, que gerem receitas comerciais.

Mais adiante, o artigo 76 da lei supracitada dispõe que, na alienação de bens da Administração Pública, o interesse público deve ser observado e devidamente justificado; além disso, o processo deve ser precedido por uma avaliação, na qual os critérios específicos atinentes a bens imóveis ou móveis sejam também observados. Vale ainda salientar que, a alienação de bens imóveis requer também uma autorização legislativa; já no caso dos bens móveis, basta uma avaliação. Em ambos, a modalidade utilizada é a de leilão. Em condições específicas, que envolvam “a) dação em pagamento; b) permutas ou doação entre administração pública; c) vendas entre órgão da administração pública; e d) legitimação de posse” [...], a licitação pode ser dispensada (Brasil, 2021).

Nesse sentido, cabe observar que, nas alíneas “f”, “g” e “h” do inciso I, do artigo 76, existe a previsão da dispensa de licitação de concessão de direito real de uso, locação e permissão de bens imóveis residenciais e comerciais e, ainda, de terras públicas rurais, a saber:

[...]

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; [...]  
(Brasil, 2021).

Por outro lado, sabe-se que no caso das licitações que têm por objeto a concessão de uso onerosa de bens públicos ou de outros bens imóveis que possam ser explorados economicamente, nos termos da Lei nº 14.133/2021, a Administração deve licitar com o critério de julgamento de maior lance” e precisacumprir aspectos jurídicos processuais (rito ou procedimento) e aspectos jurídicos materiais (requisitos de habilitação jurídica, habilitação econômica, habilitação técnica, sanções, etc.), diferente do previsto na modalidade leilão.

No que concerne ao leilão, o § 4º do art. 31, da lei supracitada, estabelece uma simplicidade de procedimento, no qual não são apreciadas as questões de habilitação, a saber:

*[...] § 4º O leilão não exigirá registro cadastral prévio, não terá fase de habilitação e deverá ser homologado assim que concluída a fase de lances, superada a fase recursal e efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital (Brasil, 2021)*

Assim, tem-se que a modalidade leilão cabe tão somente à alienação de bens, conforme disciplinado na legislação federal. Os procedimentos operacionais dessa modalidade foram, inclusive, regulamentados recentemente, por meio do Decreto nº 11.461, de 31 de março de 2023, sem que, contudo, outros objetos – além da alienação de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos – fossem mencionados.

### 3. OS FUNDAMENTOS PARA A UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE “PREGÃO”

O inciso XLI do Art. 6º da Lei 14.133/21 define pregão como a modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto. Sobre o tema, os professores Luiz Blanchet e Fernanda Garrido (2024) interpretam, com maestria, que a definição dessa modalidade é bem mais ampla, tendo em vista a fundamentada jurisprudência e a doutrina que outrora avaliaram um conceito semelhante ao constante no estatuto federal de licitações e contratos administrativos em vigor, vejamos:

Da leitura do artigo 6º, inciso XLI pode-se interpretar que o pregão pode ser realizado para outros objetos, que não sejam bens e serviços comuns. Neste caso, a realização da modalidade licitatória pregão seria admitida facultativamente e os critérios de julga-

mento poderiam ser os outros previstos no artigo 33 da Lei 14.133/21, a saber: melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance ou maior retorno econômico.

Não se tem uma solução a apontar neste instante, mas é preciso registrar que a norma abre espaço a uma possibilidade até mesmo mais ampla ainda do que o próprio enquadramento do objeto do certame no conceito de bens e de serviços comuns. E observe que precedente há, já que a concessão de direito real de uso não é bem, não é serviço, nem compra, mas algo específico destacado pela própria regra, conforme se observa do próprio artigo 2º, inciso I da Lei nº 14.133/21 [...] (Blanchet; Garrido, 2024, p.).

Vale ressaltar que, em se tratando da modalidade de licitação denominada pregão, o critério de julgamento maior oferta tem sido amplamente utilizado, com jurisprudência consolidada consoante à Lei nº 10.520/02. Nesse sentido, esse entendimento compõe normativos de diversos órgãos da Administração Pública e é também referendado pelo TCU.

Sobre o tema pregão, com critério de julgamento que considerou o maior lance para a concessão de uso de área, vejamos uma análise no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU, constante do Acórdão nº 2844/2010, que teve como Relator o Min. Walton Alencar:

É plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos. [...] A atividade da Infraero, ao estabelecer o *pregão para* a licitação de concessões de uso de áreas comerciais nos aeroportos brasileiros, encontra respaldo na legislação e atende plenamente o interesse público (Brasil, 2010).

Quanto ao tema da utilização da modalidade pregão com o critério de julgamento maior lance, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná também já se manifestou favorável, em resposta à consulta formulada, conforme disposições da Lei 14.133/2021, valendo a transcrição de partes do referido julgado, a saber:

[...]

O Ministério Público de Contas (MPC-PR) afirmou que é possível a utilização do pregão negativo nas licitações destinadas às concessões de uso de bens públicos, desde que sejam respeitados os parâmetros das jurisprudências do Tribunal de Contas da União (TCU) e do TCE-PR, independentemente se a lei que rege a licitação é a Lei do Pregão ou a Nova Lei de Licitações.

### **Jurisprudência**

O Acórdão nº 3042/08 - Plenário (Consulta nº 030.658/2008-0) do TCU dispõe que a adoção de critério de julgamento de propostas não previsto na legislação do pregão, do tipo maior valor ofertado para o objeto, somente seria admissível, em princípio, em caráter excepcional, tendo em vista o relevante interesse público da aplicação deste critério alternativo para o atingimento dos objetivos institucionais do ente público e como mecanismo concretizador do princípio licitatório da seleção da oferta mais vantajosa para a administração.

O Acórdão nº 2844/2010 - Plenário (Representação nº 011.355/2010 - 7) do TCU estabelece que a licitação na modalidade pregão, com critério de julgamento na maior oferta, não constitui utilização de critério de julgamento não previsto por lei, mas, sim, a utilização do critério legalmente estabelecido e plenamente adequado ao objeto do certame,

com a utilização do instrumento legal mais especialmente pertinente para os objetivos da administração.

Esse acórdão expressa que há inúmeros precedentes na utilização do pregão para a concessão de áreas públicas por parte de diversos órgãos da administração, como os Tribunais Regionais Federais (Pregão nº 07/08 do TRF da 1ª Região), o Ministério Público Federal (Pregão nº 41/07) e a Procuradoria da República no Distrito Federal (Pregão nº 01/08).

O Acórdão nº 1940/2015 - Plenário (Consulta nº 033.466/13) do TCU fixa que, havendo interesse de a administração pública federal promover prévio procedimento licitatório para contratação de prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, com a previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, deverá a contratante, além de franquear acesso ao certame tanto das instituições financeiras públicas como das privadas, realizar licitação na modalidade pregão, preferencialmente sob forma eletrônica, tendo por base critério “maior preço”.

O Acórdão nº 478/2016 - Plenário (Representação nº 019.436/2014-9) do TCU expressa que a jurisprudência do Tribunal recomenda a utilização de pregão para a concessão remunerada de uso de bens públicos; e que é plenamente legal a utilização da modalidade pregão para licitação destinada à outorga de concessões de uso de áreas comerciais em aeroportos.

O Acórdão nº 2605/18 - Tribunal Pleno do TCE-PR (Consulta nº 800781/17) fixa que o pregão deverá ocorrer, preferencialmente, pela forma eletrônica, devendo ser justificada a sua não adoção.

O Acórdão nº 2043/21 - Tribunal Pleno do TCE-PR (Consulta de nº 273240/21) dispõe que deve ser dada preferência às plataformas públicas de licitação, devendo-se justificar a licitação e contratação de plataforma privada em detrimento de plataforma pública; e que, caso a concessão de uso de bem público envolva a fruição de bem imóvel, dependendo do que dispõe a Lei Orgânica do Município ou a Constituição do Estado, ela deve ser precedida de autorização legislativa.

### **Decisão**

O relator do processo, conselheiro Durval Amaral, explicou que a figura do pregão por maior lance, negativo ou invertido, encontra integral suporte na sólida jurisprudência sobre o tema, que definiu, ao longo dos anos, conceitos, hipóteses e condicionantes para a sua correta estruturação e implementação nos casos práticos pertinentes.

Amaral afirmou que, independentemente da legislação vigente, principalmente ao considerar que as previsões referentes ao leilão permaneceram idênticas na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) e na Nova Lei de Licitações, que são omissas quanto ao pregão negativo, deve prevalecer, por força da segurança jurídica a ser resguardada, a jurisprudência sedimentada sobre o tema.

O conselheiro ressaltou que há pouca disciplina sobre os contratos que geram receita para a administração pública; e, portanto, a estruturação do certame adequado e necessário demanda o exercício da analogia. Ele frisou que licitação na modalidade pregão, com critério de julgamento na maior oferta ou maior lance, não constitui utilização de critério de julgamento não previsto por lei, mas, sim, a utilização do critério legalmente estabelecido e plenamente adequado ao objeto do certame, com a utilização do instrumento legal mais especialmente pertinente para os objetivos da administração.

O relator destacou que a adoção do pregão para a concessão de uso de bens públicos é viável porque concretiza os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade e moralidade, dentre outros. Ele salientou que a adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, é a adequada aplicação da lei ao caso concreto, com ajuste à natureza do objeto do certame, o que assegura a escolha da proposta mais vantajosa para a administração.

Assim, Amaral entendeu que, tanto sob o prisma da Lei nº 10.502/02 quanto o da Lei nº 14.133/21, a figura do pregão negativo mantém-se inalterada. Portanto, ele concluiu pela possibilidade de utilização do pregão por maior lance nas licitações destinadas às concessões de uso de bens públicos.

Os conselheiros aprovaram o voto do relator por unanimidade, na Sessão de Plenário Virtual nº 11/23 do Tribunal Pleno do TCE-PR, concluída em 22 de junho. O Acórdão nº 1657/23 - Tribunal Pleno foi disponibilizado em 5 de julho, na edição nº 3.014 do Diário Eletrônico do TCE-PR (DETC). A decisão transitou em julgado no dia 14 de julho.

Como se pode observar, o Tribunal de Contas do Paraná decidiu – já sob a égide da Lei nº 14.133/2023, com absoluta precisão e sem nenhuma aparente divergência entre os órgãos – que o melhor caminho a trilhar é desburocratizar o processo, para que seja possível buscar bons licitantes e conquistar propostas mais vantajosas. A decisão desse tribunal reflete uma interpretação democratizada, pensada e pautada por uma boa hermenêutica de como deve ser interpretado o objetivo e os princípios da norma.

De igual modo, o Poder Judiciário também já se manifestou favorável pela utilização do pregão nos certames que tenham por objeto a concessão de uso de área. Vejamos:

A 5ª Turma do TRF da 1ª Região confirmou sentença do Juízo Federal da 6ª Vara da Seção Judiciária da Bahia que negou o pedido da parte impetrante, pessoa jurídica, no sentido de vedar a utilização da modalidade pregão para a concessão de uso de área comercial no Aeroporto de Salvador.

Na ação, a instituição impetrou mandado de segurança para impedir que o pregão fosse utilizado como modalidade de licitação para a concessão de área comercial no Aeroporto de Salvador. Alegou a demandante, em síntese, (i) a impossibilidade de utilização da modalidade pregão para a concessão de uso da área, (ii) que o apelo econômico não pode se sobrepor à legalidade e à segurança jurídica, (iii) que o pregão presencial não atende ao interesse público nem o interesse das empresas. Assim, pleiteia a reforma da sentença para declarar a ilegalidade da modalidade escolhida pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) para a concessão da área.

Ao analisar o caso, o relator, desembargador federal Néviton Guedes, esclareceu que a Lei 8.666/93 estipulou que a venda de bens ou a concessão de direitos reais de uso se darão pela melhor oferta ou por lance, porém, não estabeleceu qual o tipo de licitação deveria ser adotado.

Destacou ainda que a Lei 10.520/2002 “não veda a utilização da licitação denominada pregão na hipótese de concessão de direito real de uso, evidenciando a existência de lacuna legislativa no que se refere à modalidade de licitação a ser adotada em casos de concessão de uso de área pública em aeroporto administrado pela Infraero”.

Ressaltou que o Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero “não extrapoulu

os limites de sua competência, uma vez que há previsão legal estabelecendo a utilização da modalidade pregão, do tipo maior lance, para a alienação de bens em leilão judicial”. Asseverou, também, que o Decreto 3.725/2001, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis da União não elegeu, igualmente, nenhuma modalidade específica.

**Por fim, o magistrado afirmou que a modalidade de licitação pregão “vem sendo utilizada pelos diversos Tribunais Regionais Federais, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, para cessão de uso oneroso de área para fins de exploração comercial de atividades de restaurante e lanchonetes, a exemplo do Ministério Público Federal/CE, no Pregão Presencial 03/2008 e do TRF da 4ª Região, no Pregão Presencial 09/2009”.**

Assim, o Colegiado negou provimento à apelação para manter a sentença que denegou a segurança pleiteada. Processo nº: 00022331320114013300/BA (Grifos meus).

Assim, tem-se que a doutrina e a jurisprudência acolheram o pregão – mesmo para os certames com critério de julgamento de maior lance – nos casos de concessão, apesar de silente a norma geral de contratações públicas.

## CONCLUSÃO

Por todo exposto, é notório que existe uma previsão expressa que estabelece a aplicação da Lei nº 14.133/2021 aos casos de regime de concessões e permissões da prestação de serviços públicos, entretanto, não foi instituída qualquer disciplina ou procedimento específico para esses casos.

A modalidade leilão teve seu procedimento com o critério de julgamento de maior lance disciplinado apenas nos casos de alienação de bens imóveis e móveis, quando da existência do interesse público e da devida justificativa, sem fase de cadastro prévio ou de habilitação. Por outro lado, na lei de concessões e permissões de prestação de serviços públicos, adota-se o critério de julgamento de maior lance, ou melhor oferta, para as modalidades “concorrência” e “diálogo competitivo”. Já no que diz respeito à modalidade pregão, a sua utilização está fundamentada tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, considerando o critério de julgamento de maior lance, tendo inclusive, manifestações favoráveis, por parte dos Tribunais de Contas, quanto a esse procedimento.

Cabe ressaltar que esses procedimentos vêm sendo adotados por diversos órgãos da Administração Pública, conforme demonstrado por meio da interpretação adotada pelo Tribunal de Contas da União e do Estado do Paraná sob a égide da nova Lei, e com isso a sociedade ganhará com processos mais ágeis e com a garantia de propostas vantajosas, posto que a competição será ampliada. Assim, merece estímulo a aplicação do critério de julgamento de maior lance para as diversas modalidades de licitação, nesse sentido, este artigo reforça a convicção de que o amadurecimento na aplicação desse dispositivo pode desenvolver novas perspectivas em favor da eficiência e da eficácia da Administração Pública.

Possivelmente esta interpretação poderá, à primeira vista, fomentar algumas indagações, especialmente entre os leitores mais misoneístas, que podem não aceitar tão facilmente uma interpretação menos convencional dos dispositivos da nova lei de licitações e dos contratos administrativos. No entanto, não se pode perder de vista que essa mesma leitura, ou linha interpretativa “menos convencional”, pode reverberar em desfechos positivos junto ao Tribunal de Contas ou ao Poder Judiciário.

A despeito disso, o que resta concluir diante do que foi exposto até aqui é que inexistem dúvidas de que o critério de julgamento de maior lance poderá ser utilizado quando o objeto for licitado pelas modalidades: concorrência, diálogo competitivo ou pregão, devendo a modalidade leilão ser adotada no caso de alienação de bens móveis e imóveis da Administração Pública.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELOS, Dawison; CHARLES, Ronny. **Licitação e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BLANCHET, Luiz; GARRIDO, Fernanda. **A Lei 14.133/21 e o fim do pregão para concessão administrativa de uso de bem público: será?** Disponível em: <https://portal.sollicita.com.br/Noticia/19566/a-lei-14.133%2F21-e-o-fim-do-preg%C3%A3o> . Acesso em: 06 jul. 2024.

JUSBRASIL. **Licitação por meio de pregão pode ser utilizada para concessão de área comercial em aeroportos?** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/licitacao-por-meio-de-pregao-pode-ser-utilizada-para-concessao-de-area-comercial-em-aeroportos/267058831> . Acesso em: 23 set. 2024.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 749.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de Lima. **O diálogo competitivo brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Institui a Lei Nacional de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm) . Acesso em: 06 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987.htm). Acesso em: 06 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm) . Acesso em: 06 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010**. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação de serviços na administração pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112232.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112232.htm) . Acesso em: 06 jul. 2024.



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





.....

# SUBORNO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTRANGEIRO E A RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL: UM OLHAR SOB O PRISMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO TRANSNACIONAL

.....

*BRIBERY OF FOREIGN PUBLIC OFFICIALS AND THE  
LEGAL PERSON ACCOUNTABILITY IN BRAZIL: A LOOK AT  
THE PRISM OF TRANSNATIONAL ADMINISTRATIVE LAW*

Gustavo Alencar<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A responsabilização de pessoas jurídicas envolvidas em suborno transnacional, de acordo com as convenções internacionais e a lei brasileira de anticorrupção; 1.2. O regime de responsabilização da pessoa jurídica por atos de suborno transnacional; 1.3. Do estabelecimento da jurisdição; 2. Um direito transnacional para um problema transnacional; 2.1. As situações jurídico-administrativas transnacionais e o princípio da intransatividade; 2.2. Normas de delimitação transnacional; 2.3. Normas de competência transnacional; Conclusão; Referências.

---

1 - Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Mestre em Direito Público pela NOVA Law School. Procurador Federal. Ex-Procurador-Chefe Adjunto da Procuradoria Federal junto à Universidade Federal do Oeste do Pará - UFOPA. Membro do Núcleo de Licitações, Contratos e Convênios da Equipe Regional de Matéria Administrativa da Procuradoria-Regional Federal da 1ª Região. E-mail: gustavoalencarce@gmail.com. ORCID ID <https://orcid.org/0009-0006-4185-0652>.



**RESUMO:** O suborno de funcionário público estrangeiro é alvo de preocupação internacional, o que levou diversas organizações internacionais a celebrarem convenções para combater essa prática. O Brasil, alinhado com os compromissos assumidos internacionalmente, insere em seu ordenamento uma lei de combate à corrupção, em que prevê a responsabilização da pessoa jurídica. Neste artigo, analisam-se as normas internacionais e a lei brasileira sob a ótica do direito administrativo transnacional. Defende-se o abandono da clássica posição de vincular o ordenamento jurídico aplicável à origem do órgão que detém a competência para a atuação administrativa, para, no caso da responsabilidade administrativa de pessoa jurídica por ato de suborno transnacional, a competência da apuração seja do Estado no qual se localiza a empresa; mas que seja aplicado o ordenamento jurídico-administrativo do Estado no qual os efeitos do ato ilícito foram produzidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Corrupção. Suborno. Funcionário público estrangeiro. Responsabilização da pessoa jurídica. Direito administrativo transnacional.

***ABSTRACT:** Bribery of foreign public officials is a matter of international concern in the globalized world, which has led to several international organizations having conventions to combat this practice. Brazil, in line with international commitments, inserts in its law a norm to combat corruption, providing for the accountability of the legal person. International norms and Brazilian law are analyzed from the point of view of Transnational Administrative Law. It is proposed to abandon the classic position of linking the legal order applicable to the origin of the body that has the competence to perform administrative work, to better reach the transnational public interest. It is argued that, in the case of the administrative responsibility of a legal entity for an act of transnational bribery, the competence to act is of the National State where the company is located indeed, but the administrative law of the State where the effects of the unlawful act take place is the one to be applied.*

**KEYWORDS:** Corruption. Bribery. Foreign public official. Legal person accountability. Transnational administrative law.

## INTRODUÇÃO

O fenômeno da corrupção, antes encarcerado nos limites dos Estados nacionais, vem assumindo outra dimensão. Com o desenvolvimento do processo de globalização, a diminuição das barreiras econômicas entre os países e a maior facilidade de circulação de bens e serviços por todo o mundo, era natural que a corrupção também transbordasse as fronteiras dos Estados e assumisse proporções transnacionais. Tal cenário mobilizou atores internacionais, principalmente por meio de organizações internacionais, como a Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Organização das Nações Unidas (ONU), com a finalidade de materializar uma verdadeira governança global anticorrupção<sup>2</sup>.

As organizações mencionadas editaram convenções que visam ao combate à corrupção em nível global, notadamente à prática de suborno de funcionários públicos estrangeiros (chamado de suborno transnacional ou transfronteiriço) e a responsabilização, não só das pessoas físicas, mas das próprias empresas (pessoas jurídicas) envolvidas na prática de tais atos. O Brasil, por sua vez, ratificou os referidos instrumentos, assumindo obrigações de adequação de sua legislação interna aos parâmetros estabelecidos pelas normas internacionais. Isso porque, os mencionados tratados, ainda que ratificados pelos Estados signatários, não geram por si a proibição às condutas corruptas, sendo necessário que as partes incorporem efetivamente ao seu ordenamento jurídico interno as exigências constantes das normas internacionais. Nesse contexto, surge no Brasil a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como “Lei Anticorrupção”

A Lei Anticorrupção (LAC), de 2013, inaugurou no ordenamento interno a responsabilização civil e administrativa das empresas por atos de corrupção, domésticos ou transnacionais. Seu advento foi responsável por grandes inovações no plano jurídico interno brasileiro, uma vez que, até então, a responsabilização das pessoas jurídicas era prevista de maneira ainda muito tímida e pouco sistematizada<sup>3</sup>. Este trabalho, entretanto, ocupa-se especificamente com o regramento aplicável à responsabilização das empresas nos casos de corrupção transfronteiriça. Nesse âmbito, compreende-se que as convenções internacionais que regem a matéria previram que os atos de suborno transfronteiriço seriam combatidos sempre na forma do ordenamento interno de cada Estado. No entanto, essa a solução é de fato mais efetiva ou seria possível vislumbrar uma hipótese em que a aplicação de lei alienígena fosse adequada?

Saliente-se que os atos de suborno transfronteiriço consistem em condutas jurídicas que extravasam os limites territoriais de um só Estado, podendo ser enquadrados no conceito “situações jurídico-administrativas transnacionais”. Segundo Miguel Prata Roque “a situação jurídico-administrativa transnacional é caracterizada por ser constituída por elementos situacionais que remetem o aplicador do Direito Administrativo para mais de um ordenamento jurídico-administrativo de âmbito nacional (‘elementos de estraneidade’)” (Roque, 2014, p. 337-338).

Dessa forma, revela-se necessário o estudo acerca de quais normas incidirão sobre as condutas das empresas envolvidas nos casos em foco, bem como qual órgão administrativo será

2 - Importa salientar que, ainda em 1977, os Estados Unidos da América editaram a primeira norma que se tem notícia acerca dos atos de corrupção envolvendo funcionários públicos estrangeiros, o *Foreign Corrupt Practices Act*.

3 - Nesse sentido, conforme apontam Bijos e Nóbrega (2015, p. 240), existiam previsões esparsas.

competente para aplicá-las. Para tanto, o problema será analisado à luz do direito administrativo transnacional (DAT), o qual deve ser entendido “como o sub-ramo do Direito Administrativo particularmente vocacionado para a delimitação do respectivo âmbito de aplicação espacial” (Roque, 2014, p. 516). Assim, em vez de prever a própria solução substantiva para a situação jurídico-administrativa transnacional, o DAT trata de prever soluções para a escolha do bloco normativo ao qual será aplicado a referida situação, do órgão competente para a prática de determinado ato administrativo e da produção de efeitos de atuações administrativas em Estado estrangeiro

Será esse, pois, o marco teórico do presente estudo. Importa salientar, entretanto, que não está entre os objetivos do trabalho a análise e exposição minuciosa das bases e institutos do direito administrativo transnacional, de forma que apenas seus princípios e regras estritamente necessários à solução do problema ora apresentado é que serão objeto de considerações.

Este estudo busca analisar qual o bloco normativo aplicável à situação jurídico-administrativa transnacional e como se dá a definição do órgão administrativo competente para a responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas em esquemas de suborno transfronteiriço, à luz do direito administrativo transnacional. Nesse sentido, objetiva-se analisar a responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas em esquemas de suborno transfronteiriço, a partir das convenções internacionais já mencionadas, da própria lei brasileira anticorrupção e da doutrina do direito administrativo transnacional e refletir sobre quais são as normas mais condizentes com o interesse público transnacional para que tal responsabilização ocorra.

Vale ressaltar, ademais, que não se cuidará aqui da responsabilidade criminal das pessoas naturais envolvidas, por se tratar de um assunto afeto a outro ramo da ciência jurídica. Dessa forma, para abordar o problema acima exposto, com o fim de atingir os objetivos propostos, utilizou-se o método comparativo, haja vista ter sido feito o estudo e a comparação de diplomas normativos distintos, além de doutrina sobre a matéria.

O texto está dividido, pois, em duas principais seções. Na primeira, serão abordadas convenções internacionais e a lei interna brasileira, de modo a revelar-se o que se entende por suborno transnacional, funcionário público estrangeiro, meios de responsabilização da pessoa jurídica, dentre outros aspectos correlatos. Posteriormente, apresentam-se, de forma superficial, os principais institutos da doutrina do direito administrativo transnacional, os quais serão utilizados para o deslinde do problema enfrentado<sup>4</sup>, ao mesmo tempo que se analisa a efetividade da adoção de normas desse campo para o enfrentamento do problema da corrupção entre empresas e funcionários públicos estrangeiros.

## **1. A RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS ENVOLVIDAS EM SUBORNO TRANSNACIONAL, DE ACORDO COM AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E A LEI BRASILEIRA ANTICORRUPÇÃO**

O suborno transfronteiriço vem sendo alvo de preocupação dos atores internacionais desde o final da década de 70, com a edição, pelos Estados Unidos da América – EUA, do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). Após a edição dessa norma interna, os EUA passaram a pressionar

4 - Considera-se essencial a delineação de conceitos básicos do direito administrativo transnacional, diante do estranhamento que o tema ainda causa, de forma geral, nos leitores brasileiros, uma vez que se trata de um campo oriundo de recentes discussões, por ora, mais centradas nos Estados Unidos da América e na União Europeia.

os demais países a editarem uma legislação semelhante. Tal iniciativa, entretanto, só foi encontrar respaldo internacional cerca de vinte anos depois, em um cenário global caracterizado pelo incremento significativo na integração dos mercados e na abertura da economia de diversos países, no qual a prática de suborno transnacional encontrava terreno para proliferação (Bijos; Nóbrega, 2015, p. 243).

Saliente-se que o compromisso internacional para o combate da corrupção transnacional é fundamental, tendo em vista que, geralmente, não são os países onde as empresas estão sediadas que sofrem os deletérios efeitos da corrupção, mas sim os Estados aos quais pertencem os agentes públicos corrompidos. Assim, a potencialidade de os efeitos negativos se estenderem por diversas nações demanda um esforço coletivo coordenado e harmônico (Nóbrega; França, 2017, p. 6-7).

Nessa esteira, surge o primeiro tratado internacional acerca da matéria, a Convenção Interamericana contra a Corrupção (CIC). Assinada em 1996, com entrada em vigor em 1997, a convenção trata de atos de corrupção meramente internos e transnacionais. Traz previsão específica, em seu art. VII, no sentido de que os Estados proibam o oferecimento de suborno a servidores públicos estrangeiros, inclusive, por parte de empresas domiciliadas em seu território. Ao final do ano de 1997, a Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros é também assinada e passa a vigorar em 1999. Aduz Ferreira e Morosini que “a maior diferença em relação ao documento da Convenção da OEA é o seu alcance global. Como a FCPA foi a fonte de inspiração, a Convenção da OCDE trata apenas do suborno envolvendo funcionários públicos estrangeiros” (Ferreira e Morosini, 2013, p. 268).

Por fim, adveio, em 2003, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC)<sup>5</sup>. Tendo entrado em vigor em 2005, a Convenção de Mérida, como também é chamada, proíbe a prática do suborno tanto em relação ao servidor público nacional quanto ao estrangeiro, ponto em que se distancia da Convenção da OCDE. Traz, ainda, a exigência de responsabilização da pessoa jurídica. Nesse cenário, a Convenção da OCDE assume um verdadeiro protagonismo quanto ao tema ora tratado. Primeiro, por ser concebida visando especificamente ao combate à prática do suborno transfronteiriço. Depois, e principalmente, por conter mecanismos de controle de adoção de suas disposições pelos Estados signatários muito mais eficazes do que os demais tratados.

O Brasil ratificou as convenções acima citadas<sup>6</sup>, mas não tinha ainda em seu ordenamento uma norma que responsabilizasse as pessoas jurídicas pela prática de suborno transnacional. Assim, a Lei brasileira nº 12.846/13 veio para suprir essa lacuna, tendo em vista os compromissos assumidos pelo país, no plano internacional, quanto ao combate da corrupção.

### 1.1. A definição de suborno transnacional

A Convenção Interamericana de Combate à Corrupção – CIC prevê, em seu art. VIII, a tipificação do suborno transnacional como o

5 - Saliente-se que, no período, diversas outras convenções internacionais de abrangência regional surgiram; as citadas são as que interessam para o presente estudo, por terem sido as já ratificadas pelo Brasil.

6 - O Brasil, apesar de não ser membro da OCDE, goza do *status de key partner* (parceiro-chave).

oferecimento ou outorga [...] a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca da realização ou omissão, por esse funcionário, de qualquer ato no exercício de suas funções públicas relacionado com uma transação de natureza econômica ou comercial (Convenção Interamericana de Combate à Corrupção – Decreto 4.410/2002).

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, por sua vez, na já mencionada Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, dispõe em seu art. 1º:

Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer, ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros (CGU, 2007, p. 13).

Nos termos do item 4 “a” desse mesmo artigo, para fins de aplicação da Convenção da OCDE, por funcionário público estrangeiro, deve-se entender tanto o funcionário ou representante de país estrangeiro quanto aquele vinculado à organização pública internacional.

Fechando o rol das normas internacionais, há a previsão da *United Nations Convention against Corruption* – UNCAC que, em seu art. 16, qualifica o suborno transnacional como:

a promessa, oferecimento ou a concessão, de forma direta ou indireta, a um funcionário público estrangeiro ou a um funcionário de organização internacional pública, de um benefício indevido [...] com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no exercício de suas funções oficiais para obter ou manter alguma transação comercial ou outro benefício indevido em relação com a realização de atividades comerciais internacionais (UNCAC, 2003).

Vê-se, portanto, que as três convenções têm muitos pontos de convergência, tendo todas optado por definir um tipo delituoso deveras amplo, de forma a abarcar o maior número possível de condutas. Assim, a partir das redações elencadas, pode-se inferir que o suborno transnacional é caracterizado pelo envolvimento nacional de um Estado e de um funcionário público ou representante de outro Estado ou de organização internacional em práticas para obtenção de vantagens ilícitas em sede de transações internacionais.

Quanto ao direito brasileiro, importa ressaltar que a Lei nº 12.846/13 se aplica tanto a atos de corrupção estritamente internos quanto transnacionais. Dessa forma, o legislador pátrio elencou em um rol único, no art. 5º, as práticas tidas como atos de corrupção, além da previsão de punição na hipótese de serem praticados em prejuízo da administração pública nacional ou estrangeira. A lei também previu um número ainda maior de condutas consideradas corruptas, quando comparada aos tratados dos quais o Brasil é signatário, elencando, por exemplo, delitos perpetrados no bojo de contratações públicas que envolvam oferecimento de vantagem ao agente estatal ou que dificultem as investigações ou fiscalizações por parte de órgãos públicos.

A Lei Anticorrupção – LAC, entretanto, ao contrário das normas internacionais em comento, tratou exclusivamente da responsabilidade das pessoas jurídicas, de natureza administrativa, conforme será visto a seguir. Isso se justifica pelo fato de o Brasil, desde 2002, já ter

incorporado ao seu ordenamento interno normas de direito penal que punem o particular (pessoa física) pela prática de crimes contra a administração pública estrangeira<sup>7</sup>. Restava ao país, então, implementar uma legislação que permitisse a responsabilização da própria empresa.

## 1.2. O regime de responsabilização da pessoa jurídica por atos de suborno transnacional

Dentre os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a UNCAC e a Convenção da OCDE exigem expressamente que o Estado Parte adote as providências necessárias para efetivar a responsabilização das pessoas jurídicas pelas práticas de suborno transnacional. Ambas as normas, entretanto, permitem ao Estado signatário fazê-lo em consonância com seus próprios princípios jurídicos.

Essa ressalva é importante, porque diversos ordenamentos, a exemplo do brasileiro, não permitem a responsabilização penal da pessoa jurídica em relação ao objeto de tais acordos. Dessa forma, a LAC menciona expressamente, em seu art. 1º, que “Esta Lei dispõe sobre a responsabilidade objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira” (Brasil, 2013)

A lei em comento prevê que a responsabilização da pessoa jurídica é objetiva e independente da responsabilização de seus administradores ou dirigentes. Há, todavia, uma distinção crucial: as pessoas naturais mencionadas apenas serão responsabilizadas na medida da sua culpabilidade. A LAC, portanto, disciplinou dois regimes distintos de responsabilização: a) objetiva para a pessoa jurídica e b) subjetiva para a pessoa física. Por conseguinte, para que a empresa seja passível de sofrer sanções administrativas pela prática de suborno transnacional, basta que o nexo de causalidade entre a conduta ilícita de seu agente e o resultado danoso à administração estrangeira ou à organização internacional seja provado. É despidiêndia, pois, a busca por qualquer elemento subjetivo por parte de seus prepostos.

Ante o exposto, é fácil concluir que as convenções internacionais aqui mencionadas deixam sob a responsabilidade de cada Estado Parte decidir a forma de combate ao suborno transnacional que melhor se adequa à sua tradição jurídica. Quanto aos limites da jurisdição dos Estados, entretanto, tais ajustes já definiram as hipóteses em que estes terão a obrigação de estabelecê-los.

## 1.3. Do estabelecimento da jurisdição

Em se tratando do exercício de jurisdição para fins de responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de suborno transnacional, as normas internacionais gravitam em torno do mesmo critério, qual seja, o território no qual o delito é praticado.<sup>8</sup> Nessa esteira, a Convenção da OCDE traz a seguinte regra em seu art. 4: “1. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de sua jurisdição em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, quando o delito é cometido integral ou parcialmente em seu território” (MTFC, 2016, p. 10). Além disso, prescreve que, no caso de mais de uma parte deter jurisdição sobre um possível

7 - Foi nesse contexto que, por exemplo, foram incorporados ao Código Penal Brasileiro, no ano de 2002, os tipos do Capítulo II-A – “Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração Pública Estrangeira”.

8 - A CIC e a UNCAC até preveem outros critérios de fixação da jurisdição, em seus artigos V e 42, respectivamente, mas entende-se que esses critérios se aplicam apenas no caso de responsabilização das pessoas naturais, pois dizem respeito ao local de sua residência habitual, cidadania etc.

delito de suborno transnacional (o que, diga-se, não é raro), os Estados envolvidos deverão “deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada” (MTFC, 2016, p. 12).

Julga-se que, nos casos concretos, a fixação da jurisdição adequada pode ser complicada, até pelas próprias características da natureza do delito que se procura coibir. Não raro, os delitos de suborno transnacional emanam seus efeitos por três ou mais países. Acrescente-se ainda que a situação de insegurança jurídica é agravada pelo fato de que as Organizações Internacionais – OI deixaram a cargo de cada Estado Parte a edição de normas internas para o sancionamento dos delitos transfronteiriços. Disso resulta que, enquanto não fixada a jurisdição, nem mesmo se terá ideia do bloco normativo que será aplicado à situação.

Assim, por se tratar de situações jurídico-administrativas dotadas de marcantes elementos de estraneidade<sup>9</sup>, isso é, de elementos que podem se conectar com mais de um ordenamento jurídico, faz-se necessária uma análise acerca do bloco normativo que detém uma relação mais próxima com a situação transnacional sobre a qual se debruça, bem como do órgão administrativo que tem competência para atuar.

## 2 UM DIREITO TRANSNACIONAL PARA UM PROBLEMA TRANSNACIONAL

### 2.1. As situações jurídico-administrativas transnacionais e o princípio da intransitividade

Nesse ponto, é fundamental diferenciar duas situações: a jurídico-administrativa originariamente transnacional e a supervenientemente transnacional. A primeira é aquela em que, desde seu nascedouro, já existe o contato (conexão) com mais de um ordenamento jurídico. Já no caso de situação supervenientemente transnacional, esse contato ou conexão surge posteriormente, isso é, no início, a situação jurídico-administrativa ocorre em um ambiente puramente interno, sendo regulada por um dado ordenamento estadual, mas a ocorrência de um fato posterior faz surgir uma conexão com normas de fonte alienígena (Roque, 2014, p. 348).

Apesar de ambas se valerem da proteção do DAT, apenas as características das situações jurídico-administrativas originariamente transnacionais importam, uma vez que o suborno transnacional é melhor enquadrado nessa categoria. Isso porque, pela sua própria definição, o suborno transfronteiriço já nasce em contato com mais de um ordenamento administrativo de fonte estatal. Assim, as partes envolvidas em situações dessa natureza já têm uma razoável consciência da possibilidade de sua conduta atrair a aplicação de normas oriundas de vários ordenamentos.

Vale pontuar que não se crê que leis e outras normas idealizadas pelos Estados para disciplinar situações jurídicas puramente nacionais sejam igualmente eficazes ao regular negócios que ultrapassem os limites territoriais de uma só nação. Com isso, quer-se dizer que, no atual estágio de nossa sociedade globalizada, novas soluções devem ser aventadas para conferir efetivo suporte jurídico às situações transnacionais, como a ora estudada.

Antes de avançar na discussão acerca do ordenamento que incide sobre os casos de suborno transfronteiriço, entretanto, importa trazer à baila o que se entende por *princípio da intransitividade*,

9 - “Por elemento de estraneidade ou de conexão se entende o fato jurídico relevante que, dentro de uma situação jurídico-administrativa transnacional, revela uma ligação espacial com um dado ordenamento jurídico, como, por exemplo, a nacionalidade, o domicílio da pessoa natural, a sede da empresa, o local de produção dos efeitos ou até a vontade das partes” (Roque, 2014, p. 605).

já que esse é um dos pilares do DAT crucial ao deslinde da questão. O referido princípio pode ser entendido como “uma proibição de extensão da eficácia das normas de determinado ordenamento jurídico-administrativo de índole estadual sobre situações da vida que com ele não revelem uma conexão suficientemente estreita – *‘dimensão negativa’*” (Roque, 2014, p. 421- 422). Diferentemente do princípio da territorialidade, baseado principalmente nas delimitações físico-geográficas, o princípio da intransitividade vai além, ao insistir que o poder público não se limite apenas às fronteiras juridicamente reconhecidas do Estado-origem, sendo essa sua dimensão positiva. Ele também sugere que esse poder deve ser restringido pelo Estado onde está sendo aplicado.

Isso implica dizer que sempre que o aplicador do direito administrativo (Estado-sede) se deparar com uma situação transnacional que não guarde mínima correspondência com a conduta que o ordenamento nacional visa a regular, deve afastar sua aplicação, procedendo à verificação de qual bloco normativo tem uma conexão mais estreita com a situação em comento (Estado-origem). Dessa forma, a administração do Estado aplicador do direito administrativo (Estado-sede) não só deve se abster de aplicar o direito administrativo nacional nos casos em que não esteja presente qualquer elemento de conexão relevante com a situação jurídico-administrativa transnacional, como deve aplicar o direito administrativo estrangeiro, desde que compatível com o núcleo duro de sua ordem constitucional (Roque, 2014, p. 429-430). Assim, o DAT visa a assegurar a máxima observância ao princípio da intransitividade, prestigiando-se a previsibilidade normativa e contribuindo para uma melhor circulação de pessoas e bens na sociedade cosmopolita atual.

Cumprido ressaltar, ainda, que a escolha do ordenamento administrativo a ser aplicado ao caso concreto não trata de mera escolha do órgão competente transnacionalmente para a prática de determinado ato. A nacionalidade do órgão com competência administrativa, pois, não vincula a nacionalidade do ordenamento aplicável ao caso concreto. Nesse contexto, o DAT pode se valer tanto de normas de delimitação transnacional quanto de normas de competência transnacional. Por meio das primeiras, busca-se definir a fonte de direito substantivo a ser aplicado, ao passo que as últimas buscam fixar o órgão administrativo competente para atuar concretamente.

No tocante à corrupção transfronteiriça, já restou demonstrada – tendo em vista a celebração de diversas convenções internacionais acerca do tema – a inequívoca existência de um interesse público global no combate a tais práticas ilícitas. Não há que se falar, pois, na existência de um interesse meramente interno em se coibir a prática desses atos. O interesse público, nesse contexto, ultrapassa as fronteiras dos países, de forma que se apresenta cristalina a existência de um interesse público transnacional. Assim, devem os Estados decidirem qual o direito administrativo mais adequado à consecução desse interesse público transnacional, sendo irrelevante tratar de normas de fonte interna, internacional ou, ainda, de fonte estatal estrangeira.

No atual estágio do DAT, praticamente não há nos ordenamentos jurídico-administrativos dos Estados normas de delimitação transnacional. Regra geral, todo o arcabouço normativo é idealizado tendo apenas situações jurídicas puramente internas no horizonte. Quanto às normas de competência transnacional, por outro lado, já foi mencionado neste estudo que elas são orientadas pelo princípio da efetividade, não pelo da intransitividade. Dessa forma, é plenamente possível, por exemplo, que o órgão administrativo considerado competente para a prática de determinado ato seja de um Estado, e o direito administrativo efetivamente aplicado seja oriundo de outro.

Solução diversa, entretanto, deve ser adotada em relação às normas procedimentais adminis-

trativas. Defende-se que, quanto às regras que disciplinam o desenrolar procedimental no âmbito dos mais variados órgãos administrativos, deve ser aplicada a norma nacional correspondente ao território em que se situa o órgão competente. Isso porque, a adoção de normas estrangeiras não acarreta qualquer efeito positivo à consecução do interesse público ou à garantia dos direitos dos administrados. Por outro lado, sua adoção seria capaz de causar grandes transtornos às estruturas administrativas que poderiam se ver obrigadas a adotar um *iter* procedimental diferente toda vez que se visse em meio a uma situação jurídica transnacional, o que geraria por certo um *déficit* de celeridade e eficiência.

## 2.2. Normas de delimitação transnacional

As normas de delimitação transnacional podem ser de dois tipos, a saber: conflitual e substantiva. As do tipo conflitual elegem qual tipo de conexão presente na situação jurídico-administrativa transnacional será o critério determinante para a escolha da norma substantiva de direito administrativo aplicável na hipótese. Assim, essas normas não visam disciplinar diretamente a situação jurídica apresentada, mas sim a apontar especialmente a norma substantiva de direito administrativo que será aplicada.

Tais normas se subdividem ainda em normas de conflito unilaterais e multilaterais, diferenciando-se “consoante apenas se circunscrevam à delimitação do âmbito de eficácia espacial das normas vigentes no Estado-sede ou antes admitam a própria ampliação da eficácia espacial das normas provenientes de outros Estados” (Roque, 2014, p. 604-607). As normas substantivas, por outro lado, já trazem consigo, além da regra substantiva de direito administrativo, o componente de eficácia espacial, dispensando a existência de uma norma de conflito. Entende-se, com base sobretudo no princípio da segurança jurídica, que as normas de delimitação transnacional apenas podem apontar uma solução dentre as já existentes. Isso é, apenas podem determinar a aplicação de um ordenamento jurídico-administrativo ou de outro, jamais um amálgama entre eles, um meio-termo.

Apesar de apresentar aqui os diversos tipos de normas de delimitação transnacional, a verdade é que, infelizmente, o estado da arte sobre o DAT ainda é incipiente, de forma que, no geral, existem poucas normas de delimitação transnacional positivadas nos ordenamentos administrativos estatais.

Apenas um estágio mais evoluído de DAT permitiria uma aplicação direta do ordenamento jurídico-administrativo estrangeiro por parte do Estado-sede. No atual momento, todavia, crê-se que tal aplicação direta reclama ainda a existência prévia de uma norma de delimitação transnacional (norma autorizadora), que confira legitimação democrática, permissão soberana à aplicação da lei alienígena e, sobretudo, segurança jurídica aos atores envolvidos.

Ainda nesse contexto, e contrariando parte da doutrina, entende-se que a norma autorizadora de aplicação direta do direito estrangeiro deve obedecer à estrita legalidade, ou seja, deve existir a edição formal de lei permissiva. Dessa forma, não se pode buscar tal autorização em princípios, decisões pretorianas ou normas costumeiras, ainda que dotadas de expressiva unanimidade no Estado-sede. Justifica-se: caso permitida a utilização de outras fontes normativas – que não a legal – para habilitar a aplicação de leis estrangeiras, o princípio da segurança jurídica restaria ferido de morte. Assim, o resultado obtido seria justamente o contrário do esperado pela aplicação das regras de DAT. Em vez de se conferir a devida segurança jurídica para as relações transnacionais, elas estariam ainda mais desprotegidas.

Sem fugir à regra, a LAC não traz qualquer inovação nesse sentido, prevendo apenas

que seus termos serão aplicados, afóra às pessoas jurídicas brasileiras, às sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, independentemente de se tratar de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Além disso, as únicas prescrições específicas em relação ao suborno transnacional são as que definem a competência exclusiva da Controladoria-Geral da União – CGU para a apuração, processamento e julgamento administrativo desses ilícitos, bem como para a celebração de acordos de leniência.

O mencionado diploma, pois, como é de regra, vincula a escolha do bloco normativo jurídico-administrativo a ser aplicado à origem do órgão administrativo competente para atuar. Assim, a lei brasileira será aplicada sempre que um órgão público brasileiro for considerado competente diante da situação jurídico-administrativa. Por outro lado, as convenções internacionais mencionadas ao longo deste estudo prescrevem os critérios para a fixação de jurisdição de cada Estado Parte, deixando a cargo de cada um deles a adoção das medidas necessárias e eficazes ao combate dos atos de corrupção.

Vê-se, pois, que a norma internacional não determina expressamente qual o bloco de normatividade jurídico-administrativa deve ser aplicado pelos Estados, limitando-se a prever que estes terão competência para atuar em relação aos delitos cometidos integral ou parcialmente em seu território. Há nesses diplomas, portanto, uma espécie de norma de delimitação transnacional implícita. Assim é que, uma vez configurada a competência para a atuação administrativa de determinado Estado nacional, não restaria outra alternativa senão aplicar o ordenamento desse mesmo país, em respeito ao princípio da soberania e da não ingerência nos assuntos internos.

Neste estudo, entretanto, entende-se que se o próprio Estado-sede editar uma norma que autorize, em situações transnacionais, que seus respectivos órgãos administrativos apliquem a lei alienígena, respeitados estarão os princípios acima mencionados. Apesar da observação, deve-se deixar claro que as normas internacionais guardam profunda relevância quanto ao tema da delimitação transnacional, uma vez que, como visto, pelo menos harmonizaram o conceito de suborno transnacional. Não é raro, em sede de DAT, que haja um problema com a própria qualificação do instituto jurídico-administrativo. Caso não existissem as convenções aqui tratadas, poder-se-ia esbarrar no obstáculo de cada ordenamento nacional tipificar o delito de suborno transfronteiriço de forma díspar, não havendo correspondência entre os institutos. É certo que, nesse cenário hipotético, proceder à delimitação transnacional da situação jurídico-administrativa se revelaria muito mais difícil.

Nesse ponto, importa dizer que se compreende a crítica aos possíveis transtornos que a aplicação do direito estrangeiro pode causar aos órgãos administrativos do Estado-sede, na medida que estes já estariam suficientemente sobrecarregados pela aplicação do seu próprio ordenamento. Ocorre que tal posicionamento não encontra mais abrigo no atual estágio de desenvolvimento do Estado global. Desde já se afasta a presunção de que o administrador público ou mesmo o tribunal administrativo teriam plenos conhecimentos das normas que compõem os ordenamentos dos mais diversos Estados nacionais. É evidente, entretanto, a desproporção existente entre os meios dos quais dispõem os órgãos estatais e os particulares para a obtenção dessas informações. Assim, a solução que mais se adequa aos princípios de direito administrativo global é, seguramente, a possibilidade de aplicação de legislação estrangeira pelos órgãos do Estado-sede.<sup>10</sup>

10 - Conforme Krisch, Kingsbury e Stewart: “These developments lead us to define global administrative law as comprising the mechanisms, principles, practices, and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make” (Krisch; Kingsbury; Stewart, 2005, p. 17)

Entretanto, há uma questão fundamental a ser dirimida antes da efetiva aplicação do direito administrativo estrangeiro, a saber: a verificação quanto à sua vigência no Estado-origem. Tal questão envolve, inclusive, o controle de constitucionalidade endógeno efetuado sobre as normas de direito administrativo estrangeiro em face da Constituição do respectivo Estado. Assim, caso a lei administrativa estrangeira tenha sido declarada inconstitucional no Estado-origem, não poderá o Estado-sede proceder à sua aplicação.

Quanto ao tema, entende-se, a despeito da existência de posição em contrário, que tal controle endógeno cabe apenas ao Estado-origem. Não se verifica qualquer benefício em que esse controle possa ser feito também pelo Estado-sede, que, inclusive, tem menos familiaridade com o bloco de normatividade constitucional que servirá de parâmetro. Os riscos de decisões divergentes, por outro lado, são enormes, o que comprometeria sobremaneira a eficiência e a segurança jurídica tão almejadas.

Há de se verificar também se a lei estrangeira guarda compatibilidade com o ordenamento jurídico-constitucional vigente no Estado-sede, por meio de um controle de constitucionalidade exógeno. Tal verificação, entretanto, deve ser feita de forma a compatibilizar a busca pelo interesse público transnacional que pauta a sociedade cosmopolita, de modo que somente deve ser afastada a norma estrangeira que desrespeite o núcleo essencial de juridicidade do Estado-sede. Do contrário, praticamente se inviabilizaria a adoção do método de delimitação transnacional, de maneira que “só uma manifesta incompatibilidade entre a norma substantiva designada pelo método de delimitação transnacional e os valores fundamentais do Estado-sede é que justifica a sua não aplicação” (Roque, 2014, p. 855).

Feitas essas considerações, deve-se analisar qual elemento de conexão espacial previsto no delito de suborno transnacional se coloca como o mais relevante para a responsabilização administrativa das empresas envolvidas em tais ilícitos. Nesse contexto, a CIC elegeu como o fator de conexão espacial mais relevante para os casos de suborno transfronteiriço o domicílio da pessoa jurídica. A Convenção da OCDE, a seu turno, elegeu o local do cometimento (ainda que apenas parcial) do delito. A UNCAC, por sua vez, elegeu também o local do cometimento do delito como regra, mas ressaltou expressamente que, respeitados os princípios da soberania, da não ingerência nos assuntos internos e da integridade territorial, o Estado Parte teria competência também em relação aos delitos cometidos contra seus cidadãos ou contra o próprio Estado-sede e quanto aos ilícitos cometidos por seus cidadãos ou estrangeiros residentes. Por fim, quanto ao ordenamento brasileiro, o legislador escolheu o critério da localização espacial da sede, filial ou representação.

Procedendo-se à análise das previsões normativas, nota-se, portanto, certa celeuma da identificação dos elementos de conexão. Enquanto uns diplomas se utilizam do domicílio da empresa, outros elegem o local da prática do delito para a delimitação do ordenamento a ser aplicado. Primeiramente, quanto à utilização do elemento “local da prática do delito”, constatam-se inúmeras dificuldades em sua delimitação. Isso porque, os delitos transnacionais, como o suborno transfronteiriço, podem muito facilmente ser considerados em mais de um país. Assim, qual o marco utilizado para a definição do local da prática do ato de suborno transfronteiriço? É a localidade em que o representante ou preposto da empresa se encontra com o funcionário público estrangeiro para a consumação da vantagem? E se o suborno for aventado por *e-mail* ou outras formas de comunicação à distância? Seria considerado então o local em que se encontra aquele que oferece a

vantagem indevida ou o local onde está quem a aceita? Vê-se, pois, que a eleição desse critério traz muito mais questionamentos do que certezas, revelando-se alta a probabilidade de autoridades estatais distintas reclamarem a aplicação de suas normas.

Quanto ao elemento “domicílio da empresa”, também não se acredita ser esse o que guarda a conexão espacial mais relevante na situação jurídico-administrativa narrada. Defende-se tal posição, em razão do fato de que todos os efeitos deletérios da prática de suborno transnacional são sentidos e provocados não no país em que a empresa está localizada, mas sim no país a que pertence o funcionário público. Portanto, é esse Estado que vê sua credibilidade prejudicada, seu ambiente concorrencial desequilibrado e que suporta todas as perdas patrimoniais decorrentes do ilícito.

Por essas razões, o local da produção dos efeitos é – ou deveria ser – o elemento de conexão espacial mais relevante na situação jurídico-administrativa transnacional em estudo. Por conseguinte, esse critério é o que deveria prevalecer quando da definição do ordenamento jurídico-administrativo aplicável. Entende-se, assim, que, em relação aos casos de suborno transfronteiriço, o Estado-sede deve prever a norma de delimitação transnacional que reclame a aplicação do ordenamento jurídico-administrativo do Estado onde se produzam os efeitos do delito em comento (Estado-origem), afastando a aplicação de seu próprio ordenamento.<sup>11</sup> É essa a solução mais condizente com o princípio da intransitividade e com a satisfação do interesse público transnacional.

### 2.3. Normas de competência transnacional

Tão importante quanto a definição do ordenamento jurídico-administrativo a ser aplicado ao caso concreto e a verificação de sua validade é a definição do órgão administrativo competente para agir. Assim, nas situações que entrem em contato com ordenamentos de mais de um país, cabe às normas de competência transnacional a determinação de qual órgão é transnacionalmente competente para exercer a função administrativa (Estado-sede) (Roque, 2014, p. 1057).

Ao se definir o órgão com competência transnacional administrativa, é importante que o operador do direito não se detenha apenas ao princípio da territorialidade. Caso seja verificada a conexão espacial, deve-se analisar se aquele Estado ocupa, de fato, a posição mais adequada para o exercício da função administrativa. Dessa forma, diante de uma situação jurídico-administrativa originariamente transnacional, será necessário recorrer ao DAT, por meio das normas de competência transnacional, a fim de solucionar as dúvidas quanto à competência do órgão administrativo que irá atuar *in concreto*. Essa análise se processa, inclusive, antes da escolha do ordenamento jurídico-administrativo a ser aplicado (por meio das normas de delimitação transnacional, segundo visto na subseção anterior).

Como já dito, as normas de competência transnacional guardam completa autonomia em relação às normas de delimitação transnacional, pois obedecem ao princípio da efetividade<sup>12</sup>.

11 - Nesse sentido, entende-se que, na hipótese de o funcionário envolvido pertencer aos quadros de uma OI, será aplicado o bloco normativo do país onde está localizada a sede da respectiva organização.

12 - Acerca do princípio da efetividade que norteia as normas de competência transnacional, ensina Roque: “No fundo, o ‘princípio da efetividade’ é a base da cooperação administrativa internacional e pressupõe que todos os membros da ‘Sociedade Cosmopolita’ colaboram entre si para evitar a impunidade transnacional e a fuga dos indivíduos aos meios coercivos de âmbito estadual. Evidentemente, a fixação da ‘competência transnacional’ de determinado órgão pressupõe um comprometimento mínimo do Estado-sede com a prossecução de um ‘interesse público transnacional’, que também é partilhado pelo Estado-origem. De onde decorre que a força irradiante do ‘princípio da efetividade’ se fará sentir com maior acuidade sobre os órgãos de estados entre os quais vigore uma ‘Comunidade de Direito Administrativo’” (Roque, 2014, 1168).

Portanto, é plenamente possível que venha a ocorrer uma situação em que as normas de competência transnacional definam a atuação por parte de órgão administrativo de determinado Estado, ao passo que as normas de delimitação transnacional levem à aplicação do ordenamento de outra nação. Não há qualquer vinculação entre a competência do órgão administrativo e o direito a ser aplicado na situação jurídico-administrativa em concreto.

A verdade é que os próprios Estados nacionais, com o objetivo de assegurar ao máximo o interesse público transnacional, devem atuar no sentido de prestigiar o princípio da efetividade para a determinação da competência transnacional. Nesse sentido, já é possível perceber certa evolução, inclusive com a previsão expressa de normas de competência transnacional em tratados e convenções internacionais.

Quanto às convenções internacionais aqui tratadas, conforme foi exposto no tópico correspondente às normas de delimitação transnacional, há certa diversidade nos critérios norteadores de competência transnacional quanto à responsabilização das empresas investigadas pela prática de suborno transnacional. Enquanto algumas normas elegem o local do cometimento, ainda que parcial, do delito, como fator determinante para o estabelecimento da competência, outras consideram o domicílio da pessoa jurídica como o elemento de conexão mais relevante. Rejeita-se, mais uma vez, o elemento “local do cometimento do delito” – o que remete às razões já expostas aqui, quando da análise dos elementos de conexão para fins de delimitação transnacional (Cf. subseção 2.2, p. 14).

O “local do domicílio da empresa” – incluindo-se nesse conceito o local da sede, filial ou representação –, sob a ótica do princípio da efetividade, parece muito mais adequado. É que, em se tratando de normas de competência transnacional, o que se busca não é o elemento espacial mais próximo à situação jurídico-administrativa transnacional, mas sim a conexão que proporcione a maior efetividade da atuação administrativa. Explica-se. Já foi aqui mencionado que, nos casos de delitos de suborno transnacional, o local da produção dos efeitos é considerado o elemento de conexão espacial mais próximo à referida relação jurídica, o que justifica a aplicação do respectivo ordenamento. Entretanto, para fins de normas de competência transnacional – as quais detêm um nítido caráter procedimental –, é necessário perquirir qual estrutura estatal tem maiores possibilidades de conduzir uma atuação administrativa eficiente, ainda que a conduta tenha relação mais estreita com o Estado diverso.

Em relação ao objeto deste estudo, considera-se que a administração pública do Estado no qual está localizada a empresa (sede, filial ou representação da qual tenha partido o ato investigado) é que detém as maiores e melhores ferramentas de condução do processo de responsabilização administrativa. É nesse país que, normalmente, estão localizados seus dirigentes, administradores ou outros funcionários que tenham participado do ilícito e que precisem ser ouvidos, o que facilita, e muito, suas respectivas notificações e efetivo comparecimento. Nesse local, também, estarão disponíveis, com mais facilidade, as provas documentais acerca da prática do ato investigado, além da maioria dos bens da empresa a ser responsabilizada, o que facilita o efetivo resultado da atuação administrativa e a reparação dos danos eventualmente causados a particulares e à administração pública estrangeira. Por essas razões, defende-se que, em se tratando de suborno transfronteiriço, as normas de competência transnacional devem apontar para o Estado nacional em que se localiza a pessoa jurídica a ser responsabilizada.

## CONCLUSÃO

Com a globalização, o suborno de funcionário público estrangeiro passou a merecer a atenção dos atores internacionais. Nesse contexto, diversas OIs – como a OEA, a OCDE e a própria ONU – celebraram convenções visando ao combate dessa prática. De acordo com tais tratados, cada Estado signatário ficaria incumbido de apurar e punir os atos de corrupção na forma dos seus respectivos ordenamentos jurídicos.

O Brasil, por sua vez, também participou desses compromissos à escala internacional, o que levou à edição da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que por aqui ficou conhecida como Lei Anticorrupção. A mencionada norma foi a responsável por inaugurar no país um regime de responsabilização administrativa das pessoas jurídicas envolvidas em casos de corrupção, inclusive cometidos contra a administração pública de Estado estrangeiro.

O suborno transfronteiriço, entretanto, é dotado de características intrínsecas que escapam aos limites territoriais de um só Estado, sendo enquadrado no conceito de situação jurídico-administrativa transnacional – que pode ser definida, de acordo com a doutrina do direito administrativo transnacional, como a situação da vida que contém elementos de conexão espacial que a colocam em contato com o ordenamento jurídico-administrativo proveniente de mais de um Estado nacional. Em se tratando de suborno transnacional, a legislação brasileira – seguindo a linha das convenções internacionais – determina que será aplicado o ordenamento do Brasil em relação às empresas localizadas em seu território, bastando que tenham sede, filial ou representação aqui.

Vê-se que tanto as normas internacionais quanto a interna vinculam o direito administrativo a ser aplicado ao órgão estatal considerado competente para atuar. Em outras palavras, em uma determinada situação hipotética, caso se considere que o Brasil tenha competência administrativa, será aplicada obrigatoriamente a lei substantiva brasileira. Por meio da doutrina do DAT, todavia, entende-se que não existe essa vinculação, tendo em vista que são distintos o princípio aplicável à escolha do ordenamento jurídico-administrativo e aquele que incide sobre a definição do órgão administrativo transnacionalmente competente.

Assim, a escolha do bloco normativo aplicável à situação jurídico-administrativa transnacional é feita por meio das normas de delimitação transnacional inspiradas pelo princípio da intransitividade. De forma simplificada, o mencionado princípio recomenda que determinado ordenamento jurídico-administrativo apenas seja aplicado às situações que com ele guardem uma conexão espacial estreita. Do contrário, caberia ao aplicador do direito administrativo afastar a incidência de seu próprio bloco de normas e aplicar o ordenamento jurídico-administrativo estrangeiro que guardasse maior relevância espacial com a situação jurídico-administrativa transnacional em tablado.

Em relação ao suborno transnacional, o elemento de conexão mais relevante é o local da produção dos efeitos do ilícito, uma vez que é nesse país em que há a maior repercussão dos atos de corrupção que devem ser combatidos. Destarte, deve-se afastar a aplicação do bloco normativo do Estado onde se localizam as empresas ou onde o delito é cometido, aplicando-se o ordenamento jurídico-administrativo do Estado nacional a que pertence o funcionário público envolvido.

Já a definição do órgão administrativo competente, por sua vez, é feita a partir das normas de competência transnacional. Tais normas, que têm um viés mais procedimental, são orientadas pelo princípio da efetividade, segundo o qual o fator determinante para a definição da competência transnacional é a busca pela efetividade da atuação administrativa. Assim, as normas de competência transnacional devem se guiar mais pela persecução do resultado pretendido com a atuação administrativa do que propriamente pela maior proximidade de conexão espacial entre a situação jurídica transnacional e determinado ordenamento.

Ao analisar as características do suborno transnacional, considera-se como o elemento mais relevante, quando da elaboração da respectiva norma de competência transnacional, o local em que se encontra a sede, filial ou representação da empresa. Isso porque, é no local em que se encontra a empresa que será mais fácil colher depoimentos de seus colaboradores, obter provas documentais e implementar as medidas resultantes da atuação administrativa. Nessa perspectiva, sugere-se que seja abandonada a solução clássica adotada pelas normas internacionais, bem como pela própria lei brasileira anticorrupção, no sentido de vincular a aplicação do bloco jurídico-administrativo correspondente ao Estado que detém a competência administrativa. Há de se pensar, pois, numa solução mais condizente com os anseios do mundo globalizado no qual estamos inseridos, bem como com a busca pela satisfação efetiva do interesse público transnacional.

Portanto, no caso da responsabilização das empresas pela prática de subornos transnacionais, defende-se que o órgão administrativo competente para apurar sua responsabilidade administrativa é, de fato, aquele do Estado em que está situada. Por outro lado, o ordenamento jurídico-administrativo a ser aplicado à situação é o do Estado onde se produzem os efeitos do ato ilícito. Não se olvida a resistência inicial que possa ser oferecida a soluções dessa natureza, mas a verdade é que a estrutura do Estado Global reclama novas posturas, tanto por parte do legislador quanto do intérprete e da doutrina.

Em face de todo o exposto, crê-se que, para a efetiva responsabilização da pessoa jurídica nos casos de suborno transnacional pela comunidade internacional, devem-se abandonar as soluções pensadas para regular situações puramente internas. É um horizonte ainda distante, mas que já está sendo, aos poucos, sedimentado.

## REFERÊNCIAS

BIJOS, Leila; NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcelos. Suborno transnacional. A nova realidade normativa brasileira. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Brasil, a. 52, n. 207, p. 239-259, jul.-set. 2015. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril\\_v52\\_n207\\_p239.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p239.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais**. Brasília: CGU, 2007.

FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fábio Costa. A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais. **Austral: Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais**. V. 2, n. 3, p. 257-277,

jan.-jun. 2013. Disponível em: <<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5255/A%20implementa%C3%A7%C3%A3o%20da%20lei%20internacional%20anticorrup%C3%A7%C3%A3o%20no%20com%C3%A9rcio.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

FROTA, Hidemberg Alves da. O controle do espaço administrativo global. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Ribeirão Preto, Brasil, v. 2, n. 2, p. 469-508, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/89521>>. Acesso em 28 out. 2018.

GOMES, Renata Machado dos Santos. **Os caminhos da política de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública: a construção do marco legal no Brasil e as influências internacionais**. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/3423>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

KINGSBURY, Benedict; DONALDSON, Megan. Global Administrative Law. **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. Disponível em: <<http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e948>>. Acesso em: 27 out. 2018.

KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative Law. **Law and Contemporary Problems Journal**. Vol. 68:15, Summer/Autumn 2005. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

KRISCH, Nico; KINGSBURY Benedict. Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order. **European Journal of International Law**. V. 17, issue 1, p. 1-13, feb. 2006. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ejil/article/17/1/1/411014>>. Acesso em: 28 out. 2018.

KRISCH, Nico; KINGSBURY Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Brasil, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8844>>. Acesso em 28 out. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. **Convenção da OCDE contra o suborno transnacional**. Brasília: MTF, 2016.

NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcelos; FRANÇA, Renato de Lima. **Suborno transnacional: nova perspectiva de enfrentamento**. 21 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/suborno-transnacional-nova-perspectiva-de-enfretamento-21072017>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

ROQUE, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do Direito Administrativo**: uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas. Lisboa: AAFDL, 2014.

SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. As diretivas europeias como norma reguladora do direito administrativo global. **Revista de Direito Internacional – UniCEUB**. Brasília, Brasil, v. 13, n. 3, p. 356-373, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/4032>>. Acesso em: 28 out. 20.

SILVA, Aline Cavalcante dos Reis. O suborno transnacional e a lei anticorrupção: perspectivas e principais desafios. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XX, n. 165, out 2017. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19728&revista\\_caderno=8](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19728&revista_caderno=8)>. Acesso em 5 nov. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Brasil, v. 1, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31987-37499-1-PB.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018.



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





.....

# A SAÚDE MENTAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS NO AMBIENTE DE TRABALHO

.....

## *THE MENTAL HEALTH OF PUBLIC ATTORNEYS IN THE WORKPLACE*

Davi Valdetaro Gomes Cavalieri<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Os fatores psicossociais no ambiente de trabalho. 2 Estudo de caso: a saúde mental dos integrantes da Procuradoria-Geral Federal. 3 Os programas de integridade e a construção de uma cultura de saúde mental nas organizações. Considerações finais. Referências.

---

1 - Procurador federal. Ex-procurador municipal. Mestre pela Universidade de São Paulo - USP. Professor da Escola Nacional de Administração Pública - ENAP e da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP. Pós-graduando em Psicologia Positiva, Gestão de Pessoas e Saúde no Trabalho pela PUC-PR. Autor do livro *Compliance e Saúde Mental nas Organizações* (Ed. Dialética, 2023). E-mail: [davicavalieri@gmail.com](mailto:davicavalieri@gmail.com). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5580-0193>.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo central analisar o potencial aprimoramento das políticas de proteção da saúde mental dos advogados públicos no âmbito das organizações, a partir da construção de uma estrutura direcionada para uma efetiva gestão dos fatores psicossociais no ambiente de trabalho. Para subsidiar a análise, estuda-se especialmente a relação existente entre o absenteísmo por adoecimento psíquico e a gestão de fatores psicossociais, bem como as formas potencialmente efetivas de contribuição dos programas de integridade para a proteção da saúde mental no ambiente de trabalho. Esse enfoque se justifica, na medida em que os dados indicam a deterioração da vida psíquica dos integrantes da advocacia pública, advinda, sobretudo, das transformações ocorridas no ambiente do trabalho após o surgimento da pandemia de covid-19 e seus efeitos colaterais; da desconstrução da leitura da gestão como aspecto preponderantemente técnico ao considerada como fonte de ofensa à integridade psíquica dos trabalhadores. Como estudo de caso, propõe-se a verificação do panorama do adoecimento psíquico dos membros da Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União (AGU), a partir da coleta de dados indicadores de absenteísmo e da análise de trabalhos publicados sobre o tema. Defende-se que os programas de integridade estão aptos para se consolidar como via adequada no trabalho de construção de uma cultura organizacional de integridade psicológica nos órgãos de advocacia pública. Para tanto, necessita ser pautado num modelo de gestão mais humanista, que promova o gerenciamento dos fatores psicossociais de risco e a proteção no ambiente de trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia pública. Saúde mental. Fatores psicossociais. Absenteísmo. Programas de integridade.

**ABSTRACT:** *The central objective of this article is to analyze the potential improvement of mental health protection policies for public attorneys within organizations through the development of a framework aimed at effectively managing psychosocial factors in the workplace. To support the analysis, the article particularly examines the relationship between absenteeism due to mental illness and the management of psychosocial factors, as well as the potentially effective ways in which Integrity Programs can contribute to the protection of mental health in the workplace. This focus is justified by data indicating the deterioration of the mental well-being of public attorneys, the transformations in the work environment following the Covid-19 pandemic and its side effects, the shift away from viewing management as a predominantly technical aspect to considering it as a source of harm to workers' mental integrity, and the scarcity of scientific research on Integrity Programs as a tool that goes beyond corporate criminality and the fight against corruption. As a case study, the article proposes an examination of the mental health issues among members of the Federal Attorney's Office, an entity linked to the Attorney General's Office (AGU), through the collection of absenteeism data and the analysis of published works on the subject. It argues that Integrity Programs have the potential to consolidate as an appropriate pathway for building a culture of psychological integrity in public legal organizations. To achieve this, the programs must be employed within a more humanistic management model that promotes the management of psychosocial risk and protection factors in the workplace, according to international best practice standards in worker mental health.*

**KEYWORDS:** *Public advocacy. Mental health. Psychosocial factors. Integrity programs.*

## INTRODUÇÃO

A busca por estratégias efetivas para a proteção da saúde mental no ambiente de trabalho é relevante e urgente. Segundo estudo realizado em 2019 pela Organização Mundial da Saúde, 264 milhões de pessoas sofrem de depressão e ansiedade no trabalho, o que causa uma perda de US\$ 1 trilhão/ano devido à redução da produtividade na economia mundial (WHO, 2019). Na Europa, outro estudo realizado pela Organização Internacional do Trabalho apontou o estresse como o segundo maior problema de saúde relacionado ao trabalho, afetando cerca de 40 milhões de pessoas. Estimou-se que entre 50 e 60% dos dias de trabalho perdidos no continente estariam ligados a essa condição (ILO, 2019).

O panorama tende a se tornar mais grave após a pandemia de covid-19 diante do impacto potencial da pandemia na saúde mental das pessoas ao redor do planeta. Em março de 2022, a OMS publicou um resumo científico no qual indicava que a pandemia de covid-19 levou a um aumento de 27,6% dos casos de transtorno depressivo e um aumento de 25,6% dos casos de transtornos de ansiedade, em todo o mundo, somente no ano de 2020 (WHO, 2022). Os dados da OMS são convergentes com o panorama brasileiro, pois, segundo informações da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, no ano de 2020, a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez devido a transtornos mentais e comportamentais bateu recorde, somando 576,6 mil afastamentos, uma alta de 26% em relação ao registrado em 2019.

Embora a saúde mental no ambiente de trabalho seja um tema historicamente tratado em variadas publicações científicas no Brasil, pouco se empreendeu, até o presente momento, uma investigação mais acurada no âmbito das carreiras da advocacia pública, que estão na linha de frente de defesa do Estado brasileiro (seja da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos municípios) e de suas respectivas políticas públicas. Por essa razão, serão objeto de estudo neste artigo os membros da Procuradoria-Geral Federal, carreira pertencente à advocacia pública, que, junto ao Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública, compõe as “funções essenciais à justiça” previstas na Constituição Federal de 1988.

Neste trabalho, a partir da pesquisa quantitativa, apresenta-se o número de afastamentos por adoecimento psíquico em anos recentes e o respectivo percentual em relação a outras patologias. Em termos qualitativos, por sua vez, buscou-se identificar os fatores que levam ao afastamento por adoecimento psíquico, bem como compreender e interpretar as percepções dos Procuradores a respeito desse tema tão sensível.

Feitas as considerações acima, o presente artigo tem como objetivo central responder às seguintes perguntas: 1) quais fatores podem ser considerados como causa do índice crescente do adoecimento psíquico na advocacia pública, função essencial à justiça posicionada no alto escalão dentre as carreiras do serviço público? 2) como podemos aprimorar o modelo de gestão da saúde mental nas organizações e contribuir para a integridade psicológica dos advogados públicos no ambiente do trabalho?

### 1. OS FATORES PSICOSSOCIAIS NO AMBIENTE DE TRABALHO

O direito fundamental à saúde mental do trabalhador tem seu conteúdo jurídico intimamente ligado à dignidade humana, pois decorre diretamente do próprio direito à vida. A relação

entre a sadia qualidade de vida e o meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado é reconhecida pela Constituição Federal de 1988, o que reforça o dever jurídico das organizações públicas e privadas de observar o conjunto de deveres econômicos, sociais, culturais e ambientais relativos à proteção à saúde do trabalhador previstos na Constituição, na legislação infraconstitucional e nas normas de direito internacional incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

O conceito de meio ambiente do trabalho leva à conclusão de que a efetiva tutela da sadia qualidade de vida no trabalho demanda uma visão sistêmica do meio ambiente e da consequente ênfase no dever de defesa e preservação ambiental. Isso inclui a prática de condutas destinadas à prevenção, detecção e reparação de eventuais danos ambientais no contexto laboral, bem como a abstenção de práticas que degradem a qualidade do ambiente de trabalho. Considerando o marco do Estado Democrático de Direito, a tutela da qualidade do ambiente de trabalho está vinculada ao princípio da solidariedade social, em que se deve considerar as presentes e futuras gerações e os decorrentes deveres inerentes ao desenvolvimento sustentável.

Delineado brevemente o quadro jurídico pertinente ao tema, entende-se que o direito fundamental à saúde mental do trabalhador pode ser compreendido a partir do estudo dos fatores psicossociais no meio ambiente do trabalho, que podem ser tanto de risco quanto de proteção, sobre os quais deve ser estruturado o debate jurídico-institucional sobre a proteção da integridade psicológica dos trabalhadores em organizações públicas e privadas.

Em 1984, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) definiu que fatores psicossociais no trabalho consistem nas interações individuais ou coletivas entre o ambiente de trabalho, o conteúdo de trabalho, as condições organizacionais e as capacidades e necessidades dos trabalhadores, as quais podem influenciar a saúde, o desempenho e a satisfação no trabalho (ILO, 1984).

A partir do conceito acima, é preciso considerar que os fatores psicossociais no trabalho podem ser favoráveis ou desfavoráveis para a saúde dos trabalhadores. Conforme José Zanelli e Lilia Kanan (2018), os fenômenos psicossociais relacionados ao trabalho podem ser interpretados como favoráveis, quando ofertam suporte e proteção aos trabalhadores, hipótese em que são considerados psicossocialmente positivos; por sua vez, são desfavoráveis quando ameaçadores, perigosos e de risco, situações configuradas como psicossocialmente negativos. São considerados positivos, portanto, os espaços de trabalho em que há promoção de interações favoráveis, confiança e respeito interpessoais, resiliência, engajamento, aprendizagens compartilhadas. Serão tidos como negativos, contudo, ambientes em que existam riscos psicossociais, tais como o estresse, a violência, o assédio e a intimidação.

No âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o sueco Lennart Levi (1984), em estudo realizado no ano de 1984, agrupou os diversos riscos psicossociais do trabalho em quatro grupos, quantitativo que foi ampliado posteriormente pelo mesmo autor para seis categorias, a saber: 1) sobrecarga quantitativa; 2) carga qualitativa insuficiente; 3) falta de controle sobre o trabalho; 4) papéis/funções conflitantes; 5) falta de apoio social em casa e por parte da chefia e dos colegas de trabalho; 6) estressores físicos.

Não administrar os fatores de risco psicossocial existentes numa organização poderá deixar os trabalhadores em situação de vulnerabilidade e de adoecimento em potencial, por isso se faz necessário trazer ao debate as consequências dos riscos psicossociais para a saúde do tra-

balhador e para a saúde da organização. Sobre o tema, a Organização Internacional do Trabalho (1984) aponta que tais riscos, geralmente, estão presentes em longo prazo e continuamente no ambiente organizacional, e a sua exposição pode causar efeitos negativos tanto nos indivíduos como nas próprias organizações.

É importante pontuar, contudo, que o desenvolvimento de medidas efetivas, e mesmo de uma cultura de proteção da saúde mental no ambiente de trabalho, não pode se limitar ao estudo e ao gerenciamento das interações negativas entre a organização do trabalho e o fator humano. Conforme reconhecido pela própria OIT (1984), a ausência de psicopatologias não garante a presença de bem-estar na vida dos trabalhadores. Dessa forma, a avaliação dos aspectos positivos da saúde mental é tida como um recurso determinante para a promoção da saúde das pessoas, o que torna necessária a construção de um modelo de saúde mental que envolva conjuntamente os fatores psicossociais negativos e positivos no trabalho. Em outras palavras, uma adequada abordagem sobre saúde mental do trabalhador requer não somente abordar a prevenção dos riscos psicossociais relacionados ao trabalho, mas também a promoção de aspectos positivos no âmbito das organizações.

No ambiente organizacional, os fatores protetivos estão associados à ideia de apoio e de ajuda, com a flexibilidade e a tolerância nas relações interpessoais. São responsáveis por potencializarem, em toda a comunidade organizacional, a competência emocional, reflexiva, comunicativa e de convivência. Para Zanelli e Kanan (2018), uma cultura organizacional focada, exclusivamente, em produtividade e em lucros, que desconsidera a influência dos aspectos de bem-estar dos seus trabalhadores, facilitará a ocorrência de riscos psicossociais e contribuirá para o adoecimento. Diante disso, entendem os referidos autores que a preocupação com a saúde dos trabalhadores e a segurança no trabalho deve constituir um valor estratégico para toda a comunidade organizacional, e os valores éticos de uma organização saudável são influenciados pela cultura da organização e construídos pela gestão.

Nessa perspectiva, Zanelli e Kanan (2018) citam os seguintes exemplos de fatores psicossociais positivos no ambiente de trabalho: 1) bem-estar no trabalho; 2) comunicação saudável; 3) conciliação trabalho-vida pessoal; 4) práticas positivas de liderança; 5) reciprocidade, recompensa e reconhecimento; 6) relacionamentos saudáveis; 7) satisfação no trabalho; e 8) trabalho com sentido.

Diante dos aspectos teóricos trazidos acima, defende-se nesta pesquisa que a adequada proteção da saúde mental do trabalhador requer o estudo conjunto dos fatores da organização do trabalho que podem levar ao adoecimento psíquico dos profissionais, bem como daqueles que podem impulsioná-los a uma condição psicológica positiva, pois saúde mental não se restringe a uma mera ausência de doenças desse tipo.

## **2. ESTUDO DE CASO: A SAÚDE MENTAL DOS INTEGRANTES DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

A partir dos conhecimentos teóricos trazidos acima, passa-se à análise do panorama de proteção da saúde mental na Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União (AGU).

Com o objetivo de contribuir para a promoção da discussão no ambiente acadêmico e organizacional, será exposta uma pesquisa empírica, baseada em um trabalho no qual se identificou os índices de absenteísmo-doença e a percepção dos Procuradores Federais a respeito do tema (Cavalieri, 2021). Serão analisados, ainda, os resultados obtidos em pesquisa realizada pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais, em parceria com o Instituto Trabalharse, denominada “Diagnóstico dos Riscos Psicossociais Relacionados ao Trabalho dos membros das carreiras da Advocacia Pública Federal” (Anafe, 2021), a fim de avançar na investigação do problema e avaliar quais medidas de proteção devem ser implantadas para promover a saúde dos trabalhadores no âmbito da advocacia pública.

No artigo “O absenteísmo por adoecimento psíquico na Procuradoria-Geral Federal”, publicado por este autor no ano de 2021, utilizou-se a técnica quantitativa com o objetivo de coletar os seguintes dados: 1) o número de afastamentos por motivo de saúde mental entre os membros da Procuradoria-Geral Federal, nos anos de 2016 a 2018; 2) a quantidade de dias de afastamento por motivo de saúde mental em cada ano pesquisado; 3) o percentual de afastamentos por adoecimento psíquico em relação à totalidade de absenteísmo-doença no período avaliado (Cavalieri, 2021).

Os dados obtidos junto ao Serviço de Assistência Médico-Social da Advocacia-Geral da União indicaram que os transtornos mentais e comportamentais relativos às CID adiante listadas, entre os anos de 2016 e 2018, totalizaram 13.392 dias de afastamento no referido período, conforme quadros abaixo:

Quadro 1. Total de licenças para tratamento da própria saúde

<b>2016</b>	608 membros com licença para tratamento da própria saúde – 22.506 dias de afastamento no ano;
<b>2017</b>	650 membros com licença para tratamento da própria saúde – 22.915 dias de afastamento no ano;
<b>2018</b>	654 membros com licença para tratamento da própria saúde – 21.190 de dias de afastamento no a no.

Fonte: Processo Administrativo AGU nº 00696.000113/2019-42.

Quadro 2. Quantitativo de afastamentos por depressão

<b>2016</b>	27 membros com licença por motivo de depressão – 1.712 dias de afastamento no ano;
<b>2017</b>	36 membros com licença por motivo de depressão – 1.724 de dias de afastamento no ano;
<b>2018</b>	33 membros com licença por motivo de depressão – 1.932 de dias de afastamento no ano.

Fonte: Processo Administrativo AGU nº 00696.000113/2019-42.

Quadro 3. Afastamentos por transtornos neuróticos, estresse e psicossomáticos

<b>2016</b>	44 membros com licença para tratamento de transtornos neuróticos, estresse e psicossomáticos – 1.900 dias de afastamento no ano;
<b>2017</b>	62 membros com licença para tratamento de transtornos neuróticos, estresse e psicossomáticos – 2.886 de dias afastamento no ano;
<b>2018</b>	62 membros com licença para tratamento de transtornos neuróticos, estresse e psicossomáticos – 3.238 de dias de afastamento no ano.

Fonte: Processo Administrativo AGU nº 00696.000113/2019-42.

Diante dos dados obtidos, as tabelas abaixo demonstram os seguintes percentuais relacionados ao absenteísmo por adoecimento psíquico:

Quadro 4. Percentuais de absenteísmo por adoecimento psíquico

<b>Ano</b>	<b>Total de membros afastados por motivo de saúde</b>	<b>Percentual de membros afastados por motivo de saúde mental</b>
2016	608	71 (11,67%)
2017	650	98 (15,07%)
2018	654	95 (14,52%)

<b>Ano</b>	<b>Total de dias de afastamento por motivo de saúde</b>	<b>Percentual de dias de afastamento por motivo de saúde mental</b>
2016	22.506	3.612 (16,04%)
2017	22.915	4.610 (20,11%)
2018	21.190	6.894 (24,39%)

Assim, a pesquisa quantitativa apontou para o crescimento de cerca de 4%, ao ano, do absenteísmo por adoecimento psíquico em relação ao total de absenteísmo-doença, ou seja, entre os anos de 2016 e 2018, os transtornos mentais e comportamentais foram as principais causas de absenteísmo por doença na Procuradoria-Geral Federal. Trata-se de um dado alarmante e que merece atenção especial por parte dos gestores públicos, uma vez que os quadros depressivos têm um impacto significativo tanto na saúde do servidor quanto no absenteísmo, pois geram períodos prolongados de licença-saúde e um alto custo ao erário. Além disso, o índice elevado de absenteísmo, inegavelmente, traz variados prejuízos a qualquer organização, como déficit de pessoal, desorganização do serviço, insatisfação e sobrecarga entre os profissionais presentes, queda da qualidade e da quantidade do trabalho prestado, diminuição da eficiência, aumento do custo operacional, entre outras consequências.

Diante da necessidade de continuação da pesquisa a respeito do absenteísmo quantitativo, com a obtenção de dados a partir da pandemia de covid-19 e da implementação do regime de trabalho remoto, tentou-se coletar junto à AGU a quantidade de afastamentos por adoecimento psíquico nos anos de 2019 a 2022. A instituição informou que todos os dados nesse sentido estão arrolados na plataforma “AGU Pessoas”, em que foi lançado um painel de afastamentos. Todavia,

observou-se uma inconsistência nas informações, tendo em vista que a maioria dos afastamentos por motivo de saúde está descrita como “sem CID registrado”. Embora louvável a iniciativa de publicar um painel com informações atualizadas e detalhadas a respeito dos afastamentos na instituição, optou-se por não divulgar os dados posteriores ao ano de 2018, diante da probabilidade concreta de subdimensionamento do quantitativo constante da referida plataforma.

Ainda no que diz respeito ao recente estudo publicado, a técnica qualitativa escolhida foi a realização de uma entrevista estruturada, na modalidade “*survey online*”. Catorze Procuradores federais responderam às perguntas abertas contidas no questionário estruturado, que teve como objetivo avaliar a percepção dos membros a respeito dos seguintes temas: ambiente e condições de trabalho; satisfação com o trabalho; fatores predisponentes do adoecimento psíquico; e motivação para o trabalho.

A análise qualitativa dos dados obtidos por meio da entrevista estruturada enviada aos Procuradores federais, embora não em número suficiente para refletir globalmente a visão dos trabalhadores, traz maior clareza acerca dos fatores presentes no ambiente de trabalho que têm relação direta com o adoecimento psíquico dos membros da instituição. Continuamente, os referidos dados foram comparados aos resultados obtidos em pesquisa realizada pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais, em parceria com o Instituto Trabalhar-se, denominada “Diagnóstico dos Riscos Psicossociais Relacionados ao Trabalho dos membros das carreiras da Advocacia Pública Federal” (Anafe, 2021).

Quando perguntados sobre o que lhes incomodava mais em relação às condições de trabalho, o volume excessivo e a ausência de carreiras de apoio (técnicos e analistas, por exemplo) foram alguns dos fatores significativamente destacados pelos Procuradores federais, conforme se depreende das respostas abaixo:

**Participante 01:** O volume de trabalho, que inviabiliza uma atuação mais detalhada e específica na fase de defesa/instrução processual.

**Participante 08:** Penso que o ponto de maior instabilidade emocional é o excesso de trabalho, seja de maneira constante ou em “picos”.

**Participante 14:** Excesso de trabalho, divisão não igualitária da carga de trabalho, estresse gerado para conseguir cumprir todos os prazos processuais e administrativos, pouca visibilidade, engessamento e dificuldade de liberação para exercício de outras funções.

**Participante 10:** Nunca tive nenhum servidor diretamente vinculado a mim, e apenas três estagiários nos 7 anos de carreira, ainda divididos com outros Procuradores. Assim, é constante no trabalho a realização de atividades burocráticas e administrativas. Isso ocorre igualmente em relação aos próprios Procuradores, subdimensionados em números. Com férias e afastamentos, é bastante comum a multiplicação da carga de trabalho do Procurador em duas ou até três vezes, tudo isso sem auxílio ou contraprestação financeira. Neste ano, apenas para dar o exemplo, por cerca de três meses em seis completos, exerci trabalho duplicado, não tendo tirado férias até o momento.

**Participante 12:** Excesso de trabalho.

**Participante 06:** Às condições de trabalho não são ideais e causam incômodo na medida em que a PGF não possui carreira de apoio para auxiliar a atuação dos Procuradores Federais, os quais precisam executar cumulativamente tarefas judiciais e administrativas.

**Participante 11:** Excesso de trabalho, divisão não igualitária da carga de trabalho, estresse gerado para conseguir cumprir todos os prazos processuais e administrativos (Cavalieri, 2021, p. 10).

A sobrecarga de trabalho se insere na discussão sobre a organização do trabalho, na medida em que evidencia os fatores indicativos dos ritmos, prazos e condições de trabalho. Sentir-se assolado pela sobrecarga de demandas e suas condições precárias ocasiona, muitas das vezes, a exaustão física e mental do servidor, o que influencia diretamente na produtividade, desempenho, absenteísmo, rotatividade, cidadania organizacional, saúde e bem-estar, satisfação na vida e satisfação dos usuários (Marco et al, 2008).

Os relatos dos Procuradores federais evidenciam um aspecto que Maurizio Lazzarato (2014) entende como predominante no universo da organização do trabalho contemporâneo: a produção de trabalhadores que se reconhecem sempre em déficit, em dívida com o trabalho. Em prol das chamadas eficiência e produtividade, a gestão das demandas laborais prioriza sistemas informacionais, isso é, algoritmos de controle que reduzem tudo o que diz respeito ao trabalho a um número, um “resultado”. Nesse processo, a gestão se desobriga dos riscos e responsabilidades, justamente, porque transforma em responsáveis aqueles que terão de administrar a rotina de trabalho, a dívida e o déficit, a meta, o medo, a exaustão. Da gestão da dívida, surge um trabalhador que se reconhece como endividado (Lazzarato, 2014).

De acordo com Byung-Chul Han (2015), essa forma de organização do trabalho exige que os trabalhadores se tornem administradores de si e do tempo e que construam um modo de viver e de trabalhar correspondente ao imperativo do desempenho. Esse problema tende a se agravar na nova realidade de *home office*, visto que essa modalidade pode causar esgotamento ainda maior do que o trabalho presencial, em razão da carência de rituais e de estruturas temporárias fixas, além da falta de contatos sociais (Han, 2021). Esse contexto está claramente retratado na fala do seguinte participante:

**Participante 14:** Sofro por ansiedade e estresse ocasionados em razão da necessidade de cumprir prazos e tarefas com uma elevada carga de trabalho, o que gera o medo de cometer erros. O excesso de trabalho tira parte do tempo para realização de outras coisas importantes na vida (Cavalieri, 2021, p. 10).

O trecho acima merece reflexão. Antes mesmo da pandemia de covid-19, nossa sociedade já demonstrava padecer de uma fadiga causada pela necessidade exagerada de rendimento, por um imperativo interno e externo de ter de produzir cada vez mais, algo que é propagado exaustivamente nas redes sociais. O sujeito é explorado pelos outros, mas também por si próprio. Sem uma atenção consistente à saúde mental, essa lógica dos “empreendedores de si mesmo” tende a aumentar ainda mais os índices de adoecimento psíquico na sociedade, pois, além de levar ao esgotamento físico e mental, reduz em grande escala o tempo do indivíduo para o lazer, para o ócio e para a “realização de outras coisas importantes da vida”, como dito pelo participante.

Nesse ponto, é importante fazer uma ponderação a respeito das relações de gênero no

campo problemático que envolve o esgotamento e a sobrecarga no trabalho, tendo em vista a multiplicação da sobrecarga das mulheres em razão da dupla jornada. A pesquisa “Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil”, realizada pelo IBGE (2020), revelou que em 2019 as mulheres dedicaram-se aos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos quase o dobro de tempo que os homens (21,4 horas contra 11,0 horas). No caso específico das mulheres que compõem os quadros da Procuradoria-Geral Federal, isso significa que as exigências do cotidiano laboral disputam, tanto em termos de tempo quanto de investimento biopsíquico-cognitivo, com os afazeres domésticos, a gestão da casa e o cuidado de pessoas.

Outra relevante questão destacada pelos Procuradores federais também está diretamente relacionada à organização do trabalho. Observou-se um sentimento de injustiça, seja pela ocorrência de pressões por parte das chefias, pela existência de um ambiente de trabalho em que não há reconhecimento dos profissionais, ou mesmo pela distribuição de cargos e funções que não tem o mérito nem o perfil dos Procuradores como critérios determinantes:

**Participante 13:** O que me traz incômodo em relação ao ambiente de trabalho é a ausência de objetividade na análise da atuação profissional do Procurador para ofertas de cargos ou mesmo para mudança de área de atuação dentro do órgão. A impressão é que não basta ser profissional e técnico, critérios constitucionais para o exercício do cargo, é necessário vínculos pessoais que estejam alinhados – não com o interesse público da instituição –, mas sim com o interesse privado do gestor. E em relação às condições de trabalho o incômodo é o desinteresse dos gestores que passam pela instituição em cuidar, observar, zelar efetivamente pela saúde do ambiente de trabalho – pautados em critérios objetivos – que afirmam a qualidade do trabalho aliada à qualidade da saúde do membro e assim embasar a movimentação dos procuradores dentro da carreira.

**Participante 03:** Ausência de medidas de gestão que levem em consideração a realidade de quem trabalha com os processos. Há uma gestão de números, e não de pessoas [...]. Valorização de subserviência. Ausência de regras objetivas para escolha de coordenadores.

**Participante 04:** Pessoalmente, os maiores incômodos que já tive em relação ao ambiente e às condições de trabalho se relacionaram à má condução de certas situações por parte de chefias [...] de todo modo, o que mais me trouxe incômodo, sem dúvida, foi a pressão exercida por chefias –ocupantes de DAS – para que determinado trabalho fosse feito desse ou daquele jeito. Apesar de jamais ter cedido a pressões, essa resistência quase me custou o afastamento por motivos psiquiátricos e me rendeu a necessidade de um tratamento por medicação controlada durante um certo período.

**Participante 05:** Sinto-me mais incomodado com o distanciamento gerencial e a posição de superioridade adotada por membros da mesma carreira que assumem cargos de gestão e comando [...]. Uma pressão velada (decorrente da separação de “castas”) que impulsiona vaidades e nem sempre se volta para o melhor interesse das autarquias. A título de exemplo, recorde-me de mensagens inoportunas de um coordenador (enviadas em grupo de *WhatsApp*), requerendo maior empenho na busca de decisões judiciais favoráveis. Obviamente, depois de 21 anos servindo à União e sete anos como procurador federal, não me abalo com o jogo de poder da Procuradoria, mas imagino intuitivamente que metas inalcançáveis e menosprezo pelo empenho alheio geram “sofrimento psíquico”, especialmente entre os mais jovens. Porque exercemos atividade de meio (não de resultado), dependente da apreciação de terceiros, os Magistrados, não me parece correta a criação de uma galeria de troféus, por um lado, com críticas subliminares àqueles que enfrentam dificuldades.

**Participante 06:** Some-se isso ao fato de termos uma carreira naturalmente hierarquizada com base em funções atribuídas muitas vezes arbitrariamente e temos um ambiente propício à desestabilização emocional. Primeiro, porque o Procurador não exerce quantitativa e qualitativamente o trabalho que entende como ideal. Segundo, porque quando busca realizar um bom trabalho, a despeito de tudo isso, acaba penalizado com mais trabalho e pouco reconhecimento. O ambiente não é estimulante ao crescimento, e, sim, à estagnação. No final, o desestímulo abre as portas para o adoecimento (Cavalieri, 2021, p. 11-12).

Os relatos acima sugerem a existência de um estilo “gerencialista” de gestão, caracterizado por estrutura verticalizada, forte sistema de regras, sistema disciplinar rígido, culto às figuras de liderança e dificuldade de reconhecimento do outro (Facas, 2013). Segundo a pesquisa realizada pela Anafe, existe uma lógica de gestão caracterizada pelo medo:

O medo opera como um dispositivo da gestão do trabalho. As pessoas não param, mesmo que cansadas. O PAD (Processo Administrativo Disciplinar) se corporifica como um motor para o trabalho incessante. O medo em sofrer um processo administrativo aciona um funcionamento de aceleração e de uma conexão permanente com o trabalho. As falas mostram um desligamento do sentido do trabalho e um movimento de produção que se cria pelo discurso da punição: “é impressionante, mas trabalhamos para não sermos punidos”, “o volume aumenta o medo de errar”, “eu fico pensando: não posso errar, não posso errar, e a angústia aumenta”, “temos medo de processo disciplinar”, “se trabalha no limite e ainda pode ser punido”, “a corregedoria e o gestor são os primeiros a apontar a perda de prazos, logo eles que deveriam nos auxiliar na construção de melhores processos e formas de trabalhar”, “estão preferindo punir para mostrar para a sociedade.” Isso não quer dizer que não há sentido no trabalho realizado, mas que a percepção dos membros das carreiras sob o controle se seu trabalho ultrapassa o prazer do senso de utilidade de sua produção. Durante as entrevistas, duas possibilidades de responder PAD’s se evidenciaram: a perda de prazo ou o erro. A perda de prazo parece ser a que mais desorganiza os membros das carreiras em sua cotidianidade: “a gente tira férias para trabalhar, porque nas férias para de cair processo lá”, “pego atestado para trabalhar”, “nos domingos trabalho pelo menos 6 horas, para conseguir não entrar a semana devendo tanto”, “trabalhamos nas férias, feriados, final de semana, acordo de madrugada”. A perda de prazo faz com que o trabalho borre as fronteiras de tempo e espaço de trabalho, vida privada e vida profissional, e parece ser o disparador de um modo de vida desestabilizador e produtor de sofrimento e adoecimento. Enquanto o medo de errar, vem como consequência de um trabalho que muitas vezes se dá sem a atenção necessária pelo ritmo imposto. O medo de errar habita a futuridade, causando sintomas ansiosos: “um advogado ter que responder no TCU é um problema, nenhum salário compensa isso” (Anafe, 2021, p.34-35).

A responsabilização única e exclusiva do trabalhador causa a sensação de desamparo e de falta de reconhecimento pelas chefias do trabalho prestado. Quando o modelo de gestão é baseado no medo e na ausência de reconhecimento, as vivências dentro do ambiente de trabalho tornam-se adoecedoras. Na empresa gerencial, a incerteza não é tanto um recurso, mas, sim, uma ameaça; não há certeza dos critérios utilizados, principalmente em relação a recompensas e sanções. A proposta gerencial é de que os trabalhadores aceitem o risco e vivam com o sentimento de não mais controlarem seu ambiente de trabalho. Os autores Ana Mendes, João Areosa e Luciane Araújo (2021) afirmam que o modelo de gestão gerencialista é reconhecido por ser gerador de angústia e sofrimento, trazendo a perfeição como imperativo, num ambiente em que a pessoa que trabalha não pode errar, falhar nem fracassar. E caso isso aconteça, os coletivos estão tão frag-

mentados pelas práticas cotidianas que toda a abordagem do adoecimento é feita de forma individual, culpabilizando o sujeito que adoecer.

Para avaliar a satisfação com o trabalho por parte dos Procuradores federais participantes, foi solicitado que comentassem acerca dos momentos em que se sentem mais cansados ou desanimados com o trabalho e com a carreira, e sobre situações nas quais sentem prazer e realização com a atividade que desempenham. Observou-se, novamente, uma incidência significativa de problemas de gestão como fatores que mais geram insatisfação aos profissionais, conforme relatos abaixo:

**Participante 12:** Sinto-me desanimado quando ocorrem mudanças na forma de trabalho em decorrência de nova organização administrativa.

**Participante 13:** Os momentos em que me sinto mais cansada são diante da alta cobrança de produtividade em poucas horas de trabalho. Como se fosse disputa de troféu realizar mais distribuições e despachos processuais em menor quantidade de tempo. É a sensação de que o “chefe” queira a disponibilidade do procurador por 24 horas. Um exemplo que vejo com muito cuidado e até certo medo é a “onda” de robôs dentro da instituição – trabalho mecânico e com algoritmos que não sabemos os critérios eleitos para a análise de vidas que estão por trás desses processos. O momento que sinto desanimada com o trabalho ocorre nas situações em que verifico a total ausência de profissionalismo para mudança de área de atuação, do procurador, dentro da instituição ou para assumir altos cargos; a falta de estímulo, elogios pelo desempenho do trabalho são fatores que causam desânimo. Sabemos que somos uma carreira com muitos membros, mas é preciso criar “olhos” para essas vidas que desempenham, com afinco, essa função essencial à justiça.

**Participante 07:** Sinto cansaço e desânimo nos momentos que precisam de apoio da direção da carreira. Falta de prerrogativas para melhor desempenho da função. Falta de carreira de apoio para trabalhos “meios”. Estrutura muito pior em comparação a outras carreiras jurídicas.

**Participante 14:** O desânimo se faz presente em razão do excesso de trabalho, que faz com que o servidor tenha receio de “deixar passar algo” ou cometer algum equívoco, uma vez que tem que correr para cumprir as tarefas. O início de cada semana sempre gera bastante desânimo em razão da demanda que chega. Gera desânimo também o fato de alguns procuradores conseguirem mais facilmente assumir funções mais interessantes, o que caracteriza certo privilégio quando comparado aos demais.

**Participante 03:** Quando vejo amizade/contatos serem mais importantes que eficiência. Quando sabemos que algumas decisões poderiam ser tomadas para melhorar a qualidade de vida, mas que, embora evidentes, seguem ignoradas.

**Participante 02:** Déficit de preocupação com o bem-estar emocional dos colegas. Déficit de empatia dos órgãos superiores. Abismo entre colegas de órgãos superiores da AGU com os demais colegas da base.

**Participante 05:** Quando tempo precioso é desperdiçado em debates inócuos, imposições infundadas, reuniões dispensáveis e estabelecimento de regras inoportunas. O clima de disputa e a tentativa de conquistar terreno pelo poder geram duas categorias de procuradores federais que nunca deveriam ser distanciadas (Cavalieri, 2021, p. 12-13).

Pelos relatos desses participantes, fica evidente a necessidade de implementação de um

estilo de gestão que, ao contrário do modelo gerencialista, apresente como característica uma maior coesão e união, valorize as relações de troca e favoreça, assim, vivências de bem-estar no trabalho, com uma maior cooperação nas relações de trabalho, sobretudo entre níveis hierárquicos. Nesse sentido, Andréa Rodrigues (2015) afirma que a avaliação madura sobre as condições de trabalho do servidor, especialmente no que diz respeito à qualidade dos relacionamentos, pode revelar muito sobre o grau de cooperação entre os pares e entre os níveis hierárquicos. A experiência de cooperação favorece a construção de sentido do trabalho, reforça o empoderamento, bem como proporciona aquisição de competências técnicas e comportamentais, o que tende a diminuir o sentimento de injustiça existente no ambiente de trabalho.

Por outro lado, merece destaque o sentimento de orgulho que os Procuradores federais respondentes nutrem pelo fato de pertencerem à carreira, e a satisfação obtida diante de vitórias judiciais e do cumprimento da missão institucional do órgão:

**Participante 09:** Fico extremamente feliz quando a equipe obtém vitórias em conjunto, quando vejo que determinada atuação da carreira contribuiu para melhorar a vida dos brasileiros de alguma forma, são coisas que me motivam.

**Participante 08:** Quando ganho. E quando sinto que fiz um bom trabalho.

**Participante 13:** Os momentos que sinto prazer no trabalho que desempenho são os quais verifico a concretização da justiça pelas mãos de uma pessoa que lutou de forma honesta e objetiva para alcançar sua profissão e abraçar a causa do interesse PÚBLICO. Chego a ser “Polyana” no desempenho da função pois acredito na política pública que defendo diante de um processo judicial. É uma crença na promoção da justiça social sendo exercida por intermédio da execução dessa brilhante função essencial que é a advocacia pública, ou seja, não é puramente a defesa do Estado, mas, sim, de promover a interação do indivíduo – Estado – o que faz tudo ter sentido no hodierno contexto de Estado Democrático de Direito que vivemos.

**Participante 11:** Sinto prazer e realização com o trabalho quando o processo judicial atinge a sua finalidade de defesa do interesse público e quando consigo finalizar as tarefas distribuídas para aquele dia.

**Participante 04:** Gosto do desafio intelectual. Então, quando estou em exercício em um local que me dê condições de produzir teses e pensar soluções para problemas jurídicos de difícil resolução, fico satisfeito e realizado.

**Participante 02:** Apoiar políticas públicas. Garantir segurança jurídica às políticas públicas.

**Participante 10:** Viabilizar ao cidadão o exercício do direito que lhe é garantido constitucionalmente, na medida em que hoje atuo na PFE/INSS, é um fator gratificante. De outra banda, também há satisfação quando fraudes contra os cofres públicos são coibidas.

**Participante 05:** Quando atuo com autonomia e liberdade para pensar, pesquisar, postular, peticionar e exercer a missão institucional da qual tenho plena vocação (Cavalieri, 2021, p. 13-14).

A motivação desses trabalhadores está ligada fundamentalmente à vocação para o cargo, às garantias previstas em lei para os servidores públicos e ao salário recebido, como se pode observar nas respostas dadas quando indagados acerca dos motivos que os levam a permanecer na carreira:

**Participante 13:** O motivo principal que me faz querer continuar na carreira é por acreditar na advocacia pública. Acredito, pois é uma função capaz de promover uma maior interação entre indivíduo – Estado, e isso reflete do engrandecimento e fortalecimento do nosso país enquanto nação. E um aspecto secundário, não menos importante pois também promove a motivação pessoal, o qual não pode deixar de ser mencionado, é que a nossa carreira possui um bom salário e uma flexibilidade de horário para o desempenho do trabalho – salvo atuação contenciosa em audiências e despacho que são horários fixos pelo Judiciário.

**Participante 09:** Realização pessoal e profissional; esperança em dias melhores; o financiamento do meu apartamento que preciso bancar (risos). Acredito que a minha função é importante, que é importante ter pessoas comprometidas com o serviço público e com o interesse público, de modo que vou resistindo a toda sorte de pressões, e tentando fazer sempre o meu melhor, pensando na população, destinatária final dos serviços públicos. Quando vejo um projeto da carreira dando certo, e beneficiando as pessoas, eu fico muito feliz.

**Participante 11:** Continuo na carreira porque gosto do trabalho, apesar das condições não ideais em razão do excesso de trabalho e ausência de carreira de apoio. A boa remuneração também é motivo para querer continuar na carreira.

**Participante 04:** Tenho mais motivos para não sair do que para querer continuar na carreira. O salário e a possibilidade de poder, ainda que minimamente, trabalhar em diferentes áreas são os principais motivos para não querer pensar em sair da carreira.

**Participante 07:** Estabilidade financeira. Otimismo com o futuro. Gratidão pela possibilidade de gozo de licença para estudos de capacitação.

**Participante 02:** Remuneração. Prerrogativas. Estabilidade.

**Participante 14:** Estabilidade, boa remuneração e status social.

**Participante 05:** A paixão incondicional pelo que faço, o prazer de identificar teses, encontrar precedentes, formular posicionamentos e redigir argumentos convincentes (Cavalieri, 2021, p. 14).

Depreende-se das respostas acima que, de uma forma geral, a Procuradoria-Geral Federal conta com membros vocacionados, satisfeitos com a remuneração, cientes da importância de suas funções e bem-dispostos a executar um trabalho de qualidade. A satisfação e a motivação esbarram, contudo, em obstáculos diretamente relacionados à organização do trabalho, o que fica bem caracterizado nas respostas abaixo:

**Participante 06:** Os momentos que me sinto mais realizado são aqueles em que exerço um bom trabalho, o qual eu possa me orgulhar de tê-lo feito. Se isso vem acompanhado de vitórias processuais e reconhecimento institucional, a satisfação é ainda maior. Infelizmente, como dito, o reconhecimento é uma raridade, não existindo nenhuma proporcionalidade entre reconhecimento/responsabilidade, o que seria bastante salutar para a instituição.

**Participante 03:** Penso que a carreira está focada em números, em como se extrair mais produtividade, mas os procuradores são pessoas, não são números. Procuradores não são recursos humanos, que esgotamos suas capacidades e depois são descartados. Penso que é dever da AGU concentrar esforços na gestão de pessoas, aferir periodicamente o bem-estar físico e emocional dos colaboradores (Cavalieri, 2021, p. 14-15).

Identificadas as situações e os fatores que verdadeiramente atuam como motivadores do comportamento humano no trabalho em determinada circunstância, cabe à gestão atuar para proporcionar o pleno desenvolvimento das pessoas, com base no diagnóstico realizado. Sobre o tema, Senge (1999) propõe uma metáfora que ilustra bem o desafio da gestão em relação à motivação nas organizações: as organizações são jardins, as plantas e flores são os trabalhadores, e os gestores são os jardineiros. Cabe aos gestores construir e manter belos jardins, que conciliam o estético e a salubridade, ou cultivar lugares pouco estéticos e inóspitos à proliferação de vida saudável.

Em linha convergente, Mário César Ferreira (2011) defende a construção de um modelo de gestão que estimule a qualidade de vida no trabalho por meio do estímulo à criatividade e à autonomia dos trabalhadores na execução das atividades. A inteligência humana é valorizada quando se tem autonomia e liberdade na execução das tarefas; ao contrário, quando não há essa margem de criação, de liberdade do fazer, quando somente há o sentimento de controle, de vigia, de monitoramento, haverá tendência de o trabalho ser fonte de mal-estar e adoecimento. O autor complementa seu pensamento com uma interessante análise do trabalho a partir dos pontos de vista cognitivo e social:

Do ponto de vista cognitivo, o trabalho deve ser, sobretudo, momento de criação, de execução com zelo e autonomia. O fazer criativo é sinônimo de desenvolvimento intelectual e também um forte antídoto da monotonia geradora de adoecimento. Do ponto de vista social, o trabalho deve ser gerador de harmonia e de cooperação permanentes. Dessa forma, ele forja o crescimento individual e coletivo e, sobretudo, facilita as práticas de reconhecimento de seus protagonistas (Ferreira, 2011, p. 318).

Outra questão importante submetida à percepção dos Procuradores federais está relacionada à reação da chefia e dos colegas quando diante de um caso de absenteísmo por adoecimento psíquico na instituição. Uma parte dos respondentes sente que predomina a compreensão com o profissional adoecido:

**Participante 11:** A percepção que tenho é de que está cada vez mais recorrente o afastamento de colegas por depressão, estresse ou qualquer outro transtorno relacionado à saúde mental. Chefias e colegas lamentam esses afastamentos e, via de regra, são tolerantes com a condição de saúde do colega.

**Participante 04:** Acredito que a reação, de uns tempos para cá, melhorou bastante. Talvez o fato de que, cada vez mais, mais procuradores(as) convivem com problemas psiquiátricos – próprios ou de familiares e amigos –, possa contribuir para a mudança desse cenário. Mas quando entrei na carreira, a reação era muito negativa e, em geral, não havia compreensão da situação do(a) colega.

**Participante 09:** Durante esse ano, eu vi colegas muito comprometidos que adoeceram por questões de saúde mental e que tiveram todo o apoio e preocupação da equipe.

**Participante 01:** A impressão é de que mais recentemente (desde os últimos 2 ou 3 anos) há uma melhor compreensão da correlação entre excesso de trabalho e problemas de saúde mental, então, os colegas parecem mais solidários e menos críticos em caso de afastamentos. Mas, infelizmente, percebe-se que as pessoas que se afastam por estes motivos ainda são tidas como “fracas” ou “dissimuladas” por alguns colegas, ainda que estes não expressem direta e verbalmente esta opinião (Cavalieri, 2021, p. 15).

Outros participantes, todavia, revelam um cenário negativo:

**Participante 08:** Percebo que tratam como “mi-mi-mi”.

**Participante 13:** A minha percepção, em relação à reação dos Procuradores Federais, é embasada em provas que possuo, pois sofri violência psicológica e emocional – da minha chefia imediata – ao noticiar meu afastamento por motivos de transtorno relacionado à saúde mental. Uma triste realidade que é tratar com desprezo, como se fosse – parafraseando uma hodierna e popular expressão das redes sociais: “mimimi”. A análise que faço desses Procuradores (as) detentores de preconceito em relação às doenças que atingem a saúde mental, diante de tudo isso, é que são pessoas levadas pelo automático na vida pessoal, e isso reverbera, diretamente, na vida profissional, pois ficam alheias a sentimentos, alheias ao zelo e cuidado com as emoções e o psicológico. A impressão é de que algumas chefias nos visualizam como robôs que devem ter produtividade independentemente de como a cabeça e coração estejam.

**Participante 07:** Enxergam como descompromisso com o trabalho. Falta de coleguismo. Sentimentalismo.

**Participante 14:** Algo infelizmente considerado comum, o que não causa, em regra, nenhum tipo de sentimento de solidariedade ou espanto. Em certas situações, há o pensamento de que o servidor pode estar exagerando seus sintomas para forçar o afastamento.

**Participante 05:** Reação de desprezo, sugestionada pela ideia de que o afastado é um “fraco”, “inepto”... que “sempre deu problemas”.

**Participante 06:** Dentro da carreira, as abordagens são diferentes a depender do colega. Vejo o acolhimento de alguns poucos, enquanto outros subestimam a doença e apontam o Procurador como “problemático” (Cavalieri, 2021, p. 15-16).

A falta de empatia em relação aos profissionais que são afastados por adoecimento psíquico é um fator que, por potencializar o estigma associado ao tema, pode levar ao fenômeno denominado presenteísmo, isso é, o exercício das atividades mesmo estando doente e incapaz de dar vazão à alta demanda recebida. De acordo com Ferreira (2011), o presenteísmo é um “fenômeno fortemente presente nas organizações, que se expressa por falta de engajamento efetivo na execução das tarefas, desmotivação dos trabalhadores, baixa produtividade, falta de iniciativa, indisposição e postura do tipo ‘corpo presente e espírito ausente’”. Para Carneiro, Silva e Ramos (2018), o presenteísmo faz parte dos mecanismos que têm como objetivo mascarar o sofrimento existente, sendo uma estratégia defensiva utilizada pelos trabalhadores para tentar contornar ou camuflar o sofrimento. No caso em análise, a consequência é que o Procurador federal, mesmo adoecido, padeça do temor de ser vítima de preconceito ou retaliação, e, por essa razão, não busque ajuda e prefira trabalhar doente a ter de se afastar para tratar de sua própria saúde, algo que, além de agravar o estado psíquico do indivíduo, pode trazer tantos prejuízos à instituição quanto a ausência física.

A análise do adoecimento psíquico na Procuradoria-Geral Federal evidencia, portanto, a existência de problemas ligados à organização do trabalho e ao modelo de gestão predominante na instituição. Fica clara a necessidade de se proporcionar melhores condições de trabalho e maior reconhecimento aos profissionais, além de se aprimorar os conceitos e o tratamento dado à saúde mental no ambiente de trabalho da instituição.

### 3. OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE E A CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA DE SAÚDE MENTAL NAS ORGANIZAÇÕES

Escrever sobre cultura de saúde mental requer um entendimento preliminar do que seja “cultura organizacional”, tema estudado por diversas áreas, como administração, psicologia e antropologia. Foi o psicólogo Edgar Henry Schein (1992) quem pioneiramente conceituou o termo, definindo-o como um conjunto de elementos simbólicos que representam as normas, crenças e valores da organização, que são capazes de influenciar a forma de pensar, de agir e de sentir dos colaboradores que fazem parte da instituição. Para Alexandre di Miceli da Silveira (2018), trata-se de uma combinação de valores, atitudes, hábitos, estilos e regras implícitas que produzem o ambiente social e psicológico único de uma organização. A cultura organizacional se reflete nas normas de comportamento aceitas ou refutadas no dia a dia e no que é de fato valorizado no ambiente de trabalho.

Diversos estudos têm se dedicado à compreensão do papel desempenhado por diferentes aspectos do ambiente de trabalho na promoção de saúde ou de sofrimento psíquico dos indivíduos que nele se encontram. Entre as variáveis contextuais, encontra-se a cultura organizacional, que tem sido consensualmente tratada como um fenômeno complexo e multifacetado, composto por diferentes elementos que, em conjunto, apresentam grande potencial para influenciar o cotidiano dos trabalhadores dentro de uma organização.

A cultura organizacional representa um fenômeno que pode contribuir ativamente para a promoção de saúde mental – quando percebida como acolhedora e saudável – ou para o desencadeamento de sofrimento psíquico dos trabalhadores – quando avaliada como pouco acolhedora ou até mesmo patológica. O estudo de Mendonça (2014), por exemplo, aponta que as organizações pautadas na cultura de orientação e iniciativa têm o afeto positivo como resultado, enquanto aquelas com estilo gerencialista e valores de competitividade mais presentes acabam sendo associadas aos afetos negativos. Essa premissa foi confirmada por diversos outros estudos, como no livro *Compliance e Saúde Mental nas Organizações* (2023) deste autor, sendo possível caracterizar como potencializadores de sentimentos negativos e adoecimento psíquico os modelos de cultura organizacional marcados, por exemplo, por uma estrutura verticalizada, com forte sistema de regras, sistema disciplinar rígido, culto às figuras de liderança e dificuldade de reconhecimento do outro. Como mencionado no tópico anterior, são modelos que colocam a perfeição como imperativo, num ambiente em que a pessoa que trabalha não pode falar livremente, não pode errar, falhar nem fracassar. Esse tipo de ambiente é adoecedor, porque seu nível de segurança psicológica é extremamente reduzido.

Amy Edmondson (2020), no livro *A organização sem medo*, define que segurança psicológica é o estado em que nos sentimos seguros e livres para nos expressarmos em um ambiente em que há respeito e confiança. É também quando temos vontade de nos envolvermos em conflitos produtivos, pois as pessoas precisam se sentir seguras para expressar suas ideias e visões com naturalidade, sem medo de qualquer tipo de retaliação. Nesse sentido, Silveira (2018) aponta duas razões principais para que as organizações enxerguem a segurança psicológica como um ideal a ser atingido. A primeira é de ordem ética. Quando as pessoas não conseguem ser elas mesmas e manifestar o que pensam no trabalho, elas sofrem de frustração, ansiedade, depressão, arrependimento ou mesmo dor física. Como a ética busca em grande medida minimizar os impactos ne-

gativos de nossas ações, é fundamental para as organizações criarem um ambiente saudável que minimize o sofrimento humano que os colaboradores tendem a vivenciar em função do silêncio e do medo. A segunda razão é a lógica empresarial. Na grande maioria das organizações, o trabalho deixou de ser fundamentalmente rotineiro, sequencial, fragmentado e individualizado para se tornar muito mais dinâmico, integrado, interdependente e realizado em equipe. Atualmente, não basta apenas contar com pessoas qualificadas, talentosas e motivadas, pois a comunicação, a colaboração, o compartilhamento de informações e a utilização da inteligência coletiva – virtudes que exigem elevada segurança psicológica para florescer – têm se tornado cada vez mais o diferencial das organizações de sucesso.

Nos últimos anos, centenas de pesquisas científicas realizadas com as mais variadas organizações em todo o mundo demonstraram que um ambiente de elevada segurança psicológica proporciona diversos benefícios, como maior criatividade, maior colaboração, mais inovação, maior aprendizado organizacional, condutas mais éticas e maior engajamento dos colaboradores. Os índices de absenteísmo e presenteísmo são reduzidos, e todos esses fatores resultam num melhor desempenho organizacional nas mais variadas dimensões, incluindo a produtividade, a eficiência e o resultado financeiro.

Considerando a relevância do tema, é importante defini-lo com a maior clareza possível. Para Amy Edmondson (2020), segurança psicológica é a crença compartilhada entre os membros de um grupo ou organização de que o ambiente de trabalho é seguro para assumir riscos interpessoais, que são os riscos de se expor junto aos outros. Entre esses riscos, estão algumas situações cotidianas, como pedir ajuda, admitir erros, reportar problemas, revelar preocupações e criticar decisões ou iniciativas em curso. Quando acreditamos que não seremos formalmente nem informalmente punidos ou constrangidos por falar o que pensamos, nos tornamos muito mais propensos a nos manifestar.

Em qualquer ambiente organizacional, ter conhecimento a respeito da cultura organizacional é de extrema importância, uma vez que seus impactos sobre o estado de adoecimento dos sujeitos no espaço de trabalho manifestam-se como elementos essenciais para o entendimento da dinâmica organizacional e, ainda, para a eficiência das políticas e ações a serem implementadas. Assim, a cultura organizacional é comprovadamente um elemento determinante para as ações organizacionais e exerce uma forte influência na saúde e no bem-estar dos colaboradores.

Por isso, uma cultura de saúde mental pautada na segurança psicológica se revela como algo fundamental para as organizações. Como a cultura de uma organização não é estática, os programas de integridade se constituem como um instrumento apto a impulsionar a construção de uma cultura de saúde mental, na medida em que permitem moldar os valores orientadores em qualquer tipo de organização, com um senso de responsabilidade compartilhada entre todos os respectivos setores e colaboradores. Em suma, um programa de integridade voltado para a cultura de saúde mental numa organização resulta em benefícios que transcendem a esfera individual dos colaboradores nela presentes. Transcende a própria organização, pois estabelece uma corrente positiva que influencia os demais ambientes corporativos.

A partir de todos os elementos teóricos trazidos no decorrer do texto, este artigo pretende trazer uma contribuição prática, isso é, uma diretriz para os órgãos de advocacia pública implementarem seus programas de integridade voltados para a gestão da saúde mental no am-

ambiente de trabalho. Antes, é preciso chamar a atenção para uma importante premissa: não se trata de um modelo rígido, pois a construção de uma estrutura de integridade consiste em um trabalho eminentemente artesanal, que deve ser customizado de acordo com a realidade e as peculiaridades de cada organização. Nesse sentido, pode-se criar um programa específico para a saúde mental ou integrá-lo a uma estrutura já existente. O importante é ter em mente que cada organização, instituição e profissional precisa analisar as estratégias que melhor se adaptem ao conjunto de pessoas sob sua liderança, de acordo com os seus desafios singulares e específicos.

Diante dessas premissas, entende-se que um programa de integridade em saúde mental adequado deva ser estruturado a partir de sete pilares fundamentais, a saber:

## 1) Comprometimento da alta direção

Para a implementação e a solidez do programa, é necessário que os ocupantes dos níveis hierárquicos mais elevados na organização demonstrem, de maneira consistente, explícita e pública, que apoiam e cumprem todas as diretrizes estabelecidas no programa de integridade em saúde mental. Além disso, devem estar dispostos a trabalhar pela construção de uma relação de confiança com os colaboradores, pois esse é o elemento principal para a efetividade das ações de bem-estar laboral. Quanto mais as equipes acreditarem no processo e na missão institucional para melhorar as condições de trabalho, maiores serão as contribuições das pessoas e os frutos do trabalho como um todo.

Os profissionais espelham a sua liderança, e, como tal, um bom líder deve promover o bem-estar por meio da sua forma de liderança, da clareza dos processos e da sua comunicação, da abertura para o diálogo e, principalmente, do reconhecimento e da valorização de todos. Para além disso, um bom líder deve dar o exemplo, mostrar aos seus liderados que se importa com a condição de saúde mental no ambiente de trabalho e está totalmente empenhado em executar os planos de ação contidos no programa. Esse é um compromisso que deve ser firmado de maneira real, e não meramente retórica, pois o sucesso do programa passa necessariamente pela demonstração comportamental de suporte, estímulo e comprometimento por parte da alta direção em relação a todas as medidas implementadas.

No que diz respeito à saúde mental, a maneira como os líderes falam sobre o tema desempenha um papel importante na criação de uma atmosfera de segurança no local de trabalho. No entanto, embora seja responsabilidade das lideranças definir um tom de segurança e suporte, isso nem sempre é simples. Como mostrou um estudo revisado pela *Harvard Business*, cerca de 60% das pessoas com problemas de saúde mental diagnosticáveis não falaram sobre isso no trabalho; daqueles que o fizeram, menos da metade disse que essas conversas foram positivas. O estigma acerca da saúde mental, que é uma forma de preconceito e discriminação, é tão prevalente na cultura corporativa que existe uma palavra para isso: psicofobia, que consiste num preconceito irracional contra pessoas que apresentam algum transtorno de natureza psicológica. Trata-se de um preconceito da mesma qualidade e caráter como outros preconceitos irracionais, infelizmente, presentes na sociedade, e o primeiro passo para combatê-lo é o mesmo a ser dado contra qualquer outra forma de discriminação: trazer à luz, nomeá-lo e reconhecê-lo. É preciso abordar o estigma abertamente, criando um espaço seguro para aumentar a conscientização e a educação em torno do tema.

Para a consolidação desse pilar, sugere-se a realização das seguintes ações por parte da alta direção:

- a) divulgação de mensagem oficial de apoio à causa, com ampla divulgação e reiteração periódica nos canais de comunicação institucionais;
- b) realização de um evento público para anunciar a implementação do programa voltado à gestão da saúde mental, reforçar o apoio institucional e explicar como se dará o funcionamento dos trabalhos;
- c) mostrar-se presente e atento ao desenvolvimento do programa, elogiar as boas estratégias e fazer referência a comportamentos de risco;
- d) participar regularmente das reuniões em que são discutidas as questões relacionadas à saúde mental no ambiente de trabalho;
- e) promover e estimular a participação ativa por parte dos profissionais no que diz respeito à definição de estratégias e políticas para a promoção da saúde mental no trabalho.

## **2) Instância responsável pelo programa**

Para proporcionar o alcance dos objetivos do programa, é necessária a criação ou a designação de um departamento específico destinado à aplicação e fiscalização do cumprimento das diretrizes estabelecidas. A instância de integridade em saúde mental deverá ter autonomia para tomar decisões e implementar as ações necessárias para o correto funcionamento do programa, bem como para apontar mudanças necessárias e reportar questões relevantes à alta direção da organização.

Da mesma forma, a instância responsável deverá contar com um regulamento interno próprio, no qual os seguintes aspectos sejam apresentados: a composição da instância, as garantias e atribuições dos seus membros, bem como o procedimento de atuação e monitoramento do programa, a frequência com que se espera que sejam promovidos treinamentos, dentre outras questões pertinentes. Nesse âmbito, vale ponderar que a autonomia da instância de integridade demanda o livre acesso a documentos e registros dos departamentos de uma organização, a fim de que haja o devido gerenciamento dos fatores psicossociais.

Para a consolidação desse pilar, sugere-se a realização das seguintes ações:

- a) criação ou designação de um órgão para ser a instância responsável pelo programa e garantia da autonomia de atuação;
- b) publicação oficial de atos relacionados ao departamento, como composição, objetivos, atribuições, planos de trabalho, entre outros;
- c) divulgação de informativos mensais, no qual se publique uma síntese dos trabalhos do departamento (transparência).



### 3) Gerenciamento dos fatores psicossociais

Uma adequada proteção da saúde mental do trabalhador requer o estudo conjunto dos fatores da organização do trabalho que podem levar ao adoecimento psíquico dos profissionais (riscos psicossociais), bem como daqueles que podem impulsioná-los a uma condição psicológica positiva. Para tanto, a instância responsável pelo programa deverá estimular a consulta, a participação e o engajamento contínuos dos trabalhadores, na medida em que o envolvimento ativo das partes interessadas é considerado um fator importante para o gerenciamento dos fatores psicossociais em qualquer organização.

Nessa perspectiva, adaptar as estratégias de gestão de pessoas e de atuação profissional para maximizar a proteção psicossocial e a preservação dos fatores que impulsionam pessoas ao trabalho saudável é, portanto, um importante norteador para as decisões estratégicas nas organizações e no contexto laboral. Indicadores do trabalho saudável na prática profissional e organizacional devem levar em conta evidências que conduzam tanto à contínua mitigação e redução de danos (*buffers*) quanto à busca incessante por condições laborais que impulsionem as pessoas ao desempenho das atividades com saúde, prazer e autorrealização (*boosters*). Essa dupla atuação, sistêmica por natureza, é fundamental para que o trabalho saudável possa emergir e se manter, mesmo em tempos de adversidade, como na pandemia (Vazquez, 2021).

Um exemplo prático desse tipo de gestão está na ferramenta desenvolvida por Salanova et al. (2012) denominada *Health & Resilience Organization (Hero)*, em que os esforços organizacionais são sistemáticos, planejados e proativos no sentido de impulsionar os processos e os resultados da prática por meio de ações estratégicas nos níveis: (1) organizacional (rotinas, expectativas, recursos, demandas); (2) coletivo ou social (aprendizagens, lideranças, trocas, segurança); e (3) individual (carga laboral, autonomia, redesenho do trabalho, *feedback*).

Para a consolidação desse pilar, sugere-se a realização das seguintes ações:

- a) pesquisas para medir o nível de segurança psicológica e o clima organizacional em todas as equipes de trabalho no âmbito da organização;
- b) levantamento de dados acerca do absentismo por adoecimento psíquico na instituição.

### 4) Segurança psicológica

A segurança psicológica consiste no estado em que nos sentimos seguros e livres para nos expressarmos em um ambiente em que há respeito e confiança. É também quando temos vontade de nos envolvermos em conflitos produtivos, pois as pessoas precisam se sentir seguras para expressar suas ideias e visões com naturalidade, sem medo de qualquer tipo de retaliação.

Diante do ritmo cada vez mais acelerado de mudanças na sociedade e da necessidade de equipes em todos os níveis apresentarem respostas criativas e adaptativas, a segurança psicológica é mais importante do que nunca. Desse modo, as organizações que desenvolverem habilidades de liderança e um ambiente de trabalho positivo que ajude a criar segurança psicológica poderão obter inúmeros benefícios, como a promoção da qualidade de vida no trabalho, além do estímulo à criatividade, à inovação, ao aprendizado e à autonomia dos colaboradores na execução das atividades.

É importante ressaltar que trabalhar em um ambiente psicologicamente seguro não significa que as pessoas devam sempre concordar umas com as outras, dar elogios sistemáticos ou apoiar o que as outras dizem ou fazem indiscriminadamente. A segurança psicológica diz respeito à sinceridade, à possibilidade de discordância produtiva e à livre troca de ideias, sem obrigação de conformidade. Devemos ter o cuidado, portanto, de não desvirtuar o conceito de segurança psicológica, sob pena de incorreremos numa espécie de “positividade tóxica”, fenômeno caracterizado por uma excessiva exaltação das emoções positivas e acentuada repressão dos sentimentos negativos, situação que comprovadamente traz danos à saúde mental. Ao contrário, a segurança psicológica pressupõe a expressão verdadeira das emoções, sendo a base de um ambiente de trabalho mais honesto, desafiador, colaborativo e efetivo.

Para a consolidação desse pilar, sugere-se a realização das seguintes ações:

a) criação de um canal direto de comunicação (ex.: “A (nome da organização) quer escutar você”), para que os colaboradores exponham suas opiniões, angústias, críticas e sugestões relacionadas ao bem-estar no ambiente de trabalho. Os apontamentos devem ter retorno (resposta), para que o diálogo e a escuta ativa sejam promovidos plenamente;

b) implementação de câmaras de mediação e capacitação dos integrantes para auxiliar na resolução de conflitos interpessoais mais complexos existentes nas equipes de trabalho;

c) estruturação de um plano de desenvolvimento das lideranças: o desenvolvimento de líderes de todos os segmentos de uma organização é um método eficaz para cultivar a combinação ideal de comportamentos de liderança que favoreçam a segurança psicológica. Organizações que investem no desenvolvimento da liderança tendem a formar líderes de perfil consultivo, solidário e humanizado, características que contribuem decisivamente para a construção de um ambiente de segurança psicológica.

## 5) Boas práticas

Uma boa prática consiste em uma medida identificada e experimentada como eficiente e eficaz em seu contexto de implantação, para a realização de determinada tarefa, atividade ou procedimento, em prol de um objetivo comum. Para a consolidação desse pilar, sugere-se a realização das seguintes ações:

a) com base nos elementos teóricos em matéria de saúde mental no trabalho, deverá ser elaborado um manual de boas práticas para o bem-estar laboral na organização, com publicação e ampla divulgação nos meios de comunicação institucional;

b) realização de um “concurso de boas práticas em saúde mental no trabalho”, a exemplo do que ocorre anualmente nas comissões de ética públicas. A iniciativa permite que as ações para o desenvolvimento de uma cultura de saúde mental ultrapassem os limites das respectivas equipes de trabalho. Assim, as práticas compartilhadas inspiram a implementação de melhorias na instituição como um todo. A premiação funciona como um símbolo de retribuição ao trabalho desenvolvido e sinaliza a importância de continuar investindo em ações relacionadas ao tema.



## 6) Capacitação permanente

A discussão acerca da saúde mental ainda é cercada por incompreensão e estigmas, fatores que podem levar ao fenômeno denominado presenteísmo, isso é, o exercício das atividades mesmo estando doente e incapaz de dar vazão à alta demanda recebida. Ações de capacitação têm o poder fornecer subsídios às pessoas para lidarem com o tema de forma humanizada, com mais empatia e menos preconceito.

Para a consolidação desse pilar, sugere-se a realização das seguintes ações:

- a) parceria com instituições de ensino e/ou escolas governamentais que possam ofertar cursos com pertinência temática com o programa;
- b) criação de um grupo de estudos sobre “saúde mental no ambiente de trabalho”, aberto a todos os interessados que queiram participar dos debates;
- c) formação de um banco de talentos especializados no tema dentro da organização;
- d) realização de palestras presenciais e virtuais sobre os temas relacionados ao programa;
- e) “pílulas do conhecimento”: *e-mails* com mensagens pedagógicas e de rápida assimilação (textos curtos, vídeos, animações) de estímulo ao autocuidado e ao bom ambiente de trabalho (ex.: comunicação não violenta, liderança humanizada, segurança psicológica, meditação, psicoterapia, importância de atividades físicas, desconexão, entre outros).

## 7) Monitoramento contínuo

Os programas de integridade inevitavelmente revelam fragilidades e exigem aprimoramentos. É recomendável, então, que as organizações utilizem o tempo como um aliado no aperfeiçoamento das propostas, por meio da realização de testes e avaliações dos procedimentos implantados, inclusive com o auxílio de auditorias externas especializadas e contratadas especificamente para esse fim.

Para a consolidação desse pilar, sugere-se a realização das seguintes ações:

- a) atualização periódica das pesquisas de segurança psicológica e clima organizacional, dos índices de absenteísmo e do manual de boas práticas;
- b) verificação da efetividade das medidas implementadas, com o objetivo de aprimorar e/ou substituir as ações que se mostraram inócuas;
- c) se possível, celebração de contratos e/ou convênios com empresas especializadas para auxiliar os trabalhos da instância responsável pelo programa.

Importante ressaltar que o programa de integridade em saúde mental não pode ser uma mera formalidade, um “documento para inglês ver”. É fundamental, portanto, que todos os seus pilares sejam fielmente executados e que a iniciativa conte com indicadores idôneos de qualidade e desempenho para que seja efetiva e traga contribuições concretas para o ambiente organizacional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos elementos trazidos no decorrer do artigo, procurou-se demonstrar que os fenômenos psicossociais relacionados ao trabalho podem ser interpretados como favoráveis quando oferecem suporte e proteção aos trabalhadores, hipótese em que são considerados psicossocialmente positivos; e desfavoráveis quando ameaçadores, perigosos e de risco, situações em que se configuram como psicossocialmente negativos.

Os riscos psicossociais no trabalho estão relacionados à forma como o trabalho é concebido, organizado ou gerido; são agentes nocivos associados especialmente à saúde mental do trabalhador, às exigências emocionais e à energia psíquica necessária à realização do trabalho. Incluem os métodos de cobranças e exigências sobre as capacidades e competências que podem afetar o bem-estar psicológico do trabalhador, perpassando por formas de gestão e organização do trabalho. Esses riscos podem repercutir nos níveis de funcionalidade, produtividade, eficácia e eficiência da organização, além de ocasionar fenômenos, como absenteísmo, presenteísmo, intenção de abandonar o emprego, falta de comprometimento com o trabalho, entre outras consequências que a organização poderá experimentar quando houver prevalência de riscos psicossociais relacionados ao trabalho.

Por outro lado, os fatores protetivos no ambiente de trabalho estão associados à ideia de apoio e de ajuda, com a flexibilidade e a tolerância nas relações interpessoais. Esses são aspectos responsáveis por potencializar, em toda a comunidade organizacional, a competência emocional, reflexiva, comunicativa e de convivência. Ao longo do texto, foram apresentados alguns exemplos de fatores psicossociais de proteção no ambiente de trabalho, como bem-estar no trabalho; comunicação saudável; conciliação trabalho-vida pessoal; práticas positivas de liderança; reciprocidade, recompensa e reconhecimento; relacionamentos saudáveis; satisfação no trabalho; e trabalho com sentido.

Relativamente à análise do panorama de proteção da saúde mental na Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União (AGU), os dados coletados permitiram compreender melhor o panorama do adoecimento psíquico dentro da instituição e reforçar a tese de que se trata de um problema diretamente ligado à organização do trabalho. Os resultados obtidos contribuem para difundir a importância do tema, bem como para evidenciar a necessidade urgente de aprimoramento do modelo de gestão predominante na advocacia pública de uma forma geral, tendo em vista que o cenário encontrado na Procuradoria-Geral Federal muito provavelmente se assemelha ao existente em diversos órgãos de advocacia pública ao redor do país. É preciso, portanto, proporcionar melhores condições de trabalho e maior reconhecimento aos profissionais da advocacia pública, além de se aprimorar os conceitos e o tratamento dado à saúde mental nos respectivos ambientes de trabalho.

Como contribuição prática, este artigo sugere a implementação de programas de integridade em saúde mental com base em sete pilares estruturantes: 1) comprometimento da alta direção; 2) instância responsável pelo programa; 3) gerenciamento dos fatores psicossociais; 4) segurança psicológica; 5) boas práticas; 6) capacitação permanente; 7) monitoramento contínuo (Cavalieri, 2023). Trata-se de uma construção ainda incipiente no Brasil, mas que vem sendo utilizada como base para a formulação de projetos cujos resultados iniciais proporcionam otimismo quanto ao possível sucesso do novo modelo proposto.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS (ANAFE). **Diagnóstico dos riscos psicossociais relacionados ao trabalho dos membros das carreiras da Advocacia Pública Federal**. Porto Alegre: ANAFE, 2021.

CAVALIERI, Davi Valdetaro Gomes. O Absenteísmo por adoecimento psíquico na Procuradoria-Geral Federal. In: **ENCONTRO DE ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA**, 2021, Anais [...], Curitiba: IBEPES, 2021.

CAVALIERI, Davi Valdetaro Gomes. **Compliance e Saúde Mental nas Organizações**. São Paulo: Dialética, 2023.

EDMONDSON, Amy C. **A organização sem medo**: criando segurança psicológica no local de trabalho para aprendizado, inovação e crescimento. Rio de Janeiro: Alfa Books, 2020.

FACAS, Emílio Peres. **Protocolo de avaliação dos riscos psicossociais no trabalho** – contribuições da psicodinâmica do trabalho. 2013. 191 f., il. Tese (Doutorado em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

FERREIRA, Mário César. **Qualidade de vida no trabalho**: uma abordagem centrada no olhar dos trabalhadores. Brasília: Edições Ler, Pensar, Agir, 2011.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015. 80 p.

\_\_\_\_\_. **Teletrabalho, Zoom e depressão**: o filósofo Byung-Chul Han diz que exploramos a nós mesmos mais do que nunca. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/cultura/2021-03-23/teletrabalho-zoom-e-depressao-o-filosofo-byung-chul-han-diz-que-nos-exploramos-mais-que-nunca.html>. Acesso em: 10 set. 2021.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO). **Psychosocial Risks and Work-Related Stress**. Disponível em: [http://www.ilo.org/safework/areasofwork/workplace-health-promotion-and-well-being/WCMS\\_108557/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/safework/areasofwork/workplace-health-promotion-and-well-being/WCMS_108557/lang--en/index.htm). Acesso em: 08 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. **Psychosocial factors at work: recognition and control. Report of the Joint ILO/WHO Committee on Occupational Health. Ninth Session, Geneva, 18-24 September 1984**. Geneva, 1986. (Occupational Safety and Health Series, 56). Disponível em: [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1986/86B09\\_301\\_engl.pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1986/86B09_301_engl.pdf). Acesso em: 04 jun. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa nacional de saúde 2019**: percepção do estado de saúde, estilos de vida, doenças crônicas e saúde bucal: Brasil e grandes regiões. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. 113 p.

LAZZARATO, Maurizio. **O governo do Homem endividado**. São Paulo: N-1 Edições, 2017.

MENDES, Ana Magnólia; AREOSA, João; ARAÚJO, Luciane Kozicz Reis. **Práticas de gestão e os paradoxos do sofrimento humano**. 2021.

MENDONÇA, Hugo et al. Cultura organizacional, Coping e Bem-estar Subjetivo: um estudo com professores de universidades brasileiras. **Revista Psicologia, Organizações e Trabalho**, v. 14, n. 2, junho, 2014.

RODRIGUES, Andréa Leite. Ser Servidor: estigma e vocação em perspectiva. In: SILVA, Ana Beatriz. **Gestão de pessoas por competências nas instituições públicas brasileiras**. João Pessoa: UFPB, 2015.

SCHEIN, Edgar. **Psicologia organizacional**. Rio de Janeiro: Prentice-Hall, 1992.

SENGE, Peter. **A dança das mudanças**: os desafios de manter o crescimento e o sucesso em organizações que aprendem. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

VAZQUEZ, Ana Cláudia Souza. Trabalho saudável em tempos de pandemia. In: Ana Cláudia Souza Vazquez, Claudio Simon Hutz. (Orgs.). **Psicologia Positiva Organizacional e do Trabalho na Prática**. São Paulo: Hogrefe, 2021, v. 2, p. 15-34.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Mental health in the workplace**. 2019. Disponível em: <https://www.who.int/teams/mental-health-and-substance-use/mental-health-in-the-workplace>. Acesso em: 06 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. **Mental Health and COVID-19**: Early evidence of the pandemic's impact. 2021. Disponível em: [https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Sci\\_Brief-Mental\\_health-2022.1](https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Sci_Brief-Mental_health-2022.1). Acesso em: 07 jul. 2022.

ZANELLI, José Carlos; KANAN, Lília Aparecida. **Fatores de riscos, proteção psicossociais e trabalho**: organizações que emancipam ou que matam. Lages: Uniplac, 2018.



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





# POLÍTICA MUNICIPAL DE MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA CLIMÁTICA EM BELO HORIZONTE-MG

## *MUNICIPAL POLICY FOR MITIGATION OF THE EFFECTS OF CLIMATE CHANGE IN BELO HORIZONTE-MG*

Bianca Alvim Nogueira<sup>1</sup>

Esther Maria Silva Braz Tafner<sup>2</sup>

Marcelo Kokke<sup>3</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A Revolução Industrial e a mudança climática. 2. Direitos humanos, direitos ambientais e a mudança climática. 3. Marco legal da política climática em Belo Horizonte-MG. Conclusão. Referências.

1 - Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: biancanogueira101@hotmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0005-5098-0224>

2 - Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisadora vinculada ao Grupo de Iniciação Científica "Princípios constitucionais, garantias processuais e jurisprudência dos tribunais superiores". E-mail: esthertafner@gmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0002-8003-5547>

3 - Doutor e Mestre em Direito pela PuC-Rio, com pós-doutorado em Direito Público Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela - Espanha. Professor de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor do Mestrado e Doutorado da Dom Helder Câmara. Professor colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Procurador Federal colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Procurador Federal do Núcleo de Prioritárias Ambientais da Procuradoria Federal no Estado de Minas Gerais - Advocacia-Geral da União. E-mail: marcelokokke@yahoo.com.br . ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8636-2787>



**RESUMO:** O presente trabalho aborda a política municipal de mitigação dos efeitos da mudança climática em Belo Horizonte, Minas Gerais, tendo por marco teórico Viola e Basso (2016) e Bosselmann (2008) para conceituar a nova Era geológica vivida pela humanidade e a relação entre os direitos humanos e os direitos ambientais. Estuda-se o histórico do tema nas esferas internacional - discorrendo sobre compromissos assumidos pelo Brasil - e interna, analisando as políticas municipal, estadual e federal para fins de avaliar o quadro normativo contextualizado da legislação do município de Belo Horizonte. Aplica-se o método hipotético-dedutivo e a pesquisa bibliográfica como técnica escolhida. A natureza do trabalho é qualitativa, exploratória e explicativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Política municipal. Mudança climática. Gases de efeito estufa. Belo Horizonte-MG.

***ABSTRACT:** This work makes an approach about the municipal policy for mitigating the effects of climate change in Belo Horizonte, Minas Gerais, using as a theoretical framework Viola and Basso (2016) and Bosselmann (2008) to conceptualize the new geological era experienced by humanity and the relationship between human and environmental rights. The history of the topic is studied at the international level - discussing commitments made by Brazil - and internally, analyzing municipal, state and federal policies in order to evaluate the contextualized normative framework of Belo Horizonte city. The article applies the hypothetical-deductive method and the bibliographical research as the chosen technique. The nature of the work is qualitative, exploratory and explanatory.*

**KEYWORDS:** *Keywords: public administration. Public agents. Ethic. Administrative dishonesty. Public interest.*

## INTRODUÇÃO

O mundo do século XXI, certamente, não é o mesmo vivenciado pela humanidade na metade do século XVIII, quando do início da Revolução Industrial. Juntamente com as inovações nos mais diversos campos de estudo, como o desenvolvimento de novos meios de comunicação e os avanços tecnológicos, a contemporaneidade se situa diante de perspectivas teóricas que sustentam que vivemos os influxos de uma nova Era geológica, o Antropoceno, o sucessor do período denominado Holoceno. Com essa mudança, revelam-se desafios nunca antes enfrentados, como o aquecimento global e as mudanças climáticas. Nesse contexto, os efeitos e as consequências desse fenômeno no que tange aos direitos humanos, bem como formas de mitigá-los, são pautas cada vez mais urgentes.

O Holoceno, período geológico mais recente que começou há cerca de 11 mil anos, marca o momento de maior estabilidade ecológica, ambiental e climática da Terra, como evidenciado por Viola e Bassos, após o término dos efeitos da última glaciação. Entretanto, os autores supracitados (2016) defendem que, devido à ação humana no meio ambiente, vivenciamos o início de uma nova Era, chamada Antropoceno, cuja grande marca são as mudanças climáticas. Nesse contexto, são urgentes ações que busquem mitigar esses fenômenos e os seus efeitos lesivos.

Dada a urgência e importância do tema, neste texto propõe-se analisar as políticas públicas climáticas da cidade de Belo Horizonte, capital do estado de Minas Gerais, Brasil. A cidade conhecida popularmente como cidade-jardim, graças à grande quantidade de áreas verdes e árvores, tem área territorial de 331,352 km<sup>2</sup>, uma população residente de mais de 2 milhões de pessoas e densidade demográfica de quase 7 mil habitantes por km<sup>2</sup> (IBGE, 2022). Priorizou-se, neste exercício de análise, responder às seguintes perguntas: como se configura a legislação do município de Belo Horizonte face às legislações estadual e federal de combate aos efeitos das mudanças climáticas? Quais programas e ações o município realiza que concretizam o disposto sobre o assunto em pauta na legislação municipal?

Considerando as perguntas propostas e, a fim de que elas sejam devidamente respondidas, buscou-se analisar alguns pontos da legislação municipal, de Belo Horizonte, e das legislações estadual e federal a respeito da mitigação da mudança climática. Nesse ínterim, foi necessário, conceituar termos relevantes para o tema em discussão, como Holoceno, Antropoceno e mudanças climáticas, assim como discorrer sobre as conferências e marcos do direito ambiental no sistema internacional e internamente.

Além disso, parte-se das ideias de Viola e Basso (2016) e Bosselmann (2008), tomadas aqui como marcos teóricos, devido à contribuição dos primeiros sobre Holoceno e Antropoceno, mudanças climáticas e suas consequências. O segundo autor também norteia o trabalho graças a sua pesquisa sobre a formação dos sistemas internacionais para proteção dos direitos humanos e proteção do meio ambiente e estudo detalhado do desenvolvimento do último. Tendo em vista responder às perguntas-problema satisfatoriamente, foi acolhido o método hipotético-dedutivo, empreendido a partir da pesquisa bibliográfica. A natureza do trabalho é qualitativa, exploratória e explicativa.

## 1. A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A MUDANÇA CLIMÁTICA

A Revolução Industrial foi o estopim que desencadeou o Antropoceno, mas os impactos da ação humana não haviam ainda alcançado naquele momento a escala presente, na qual a humanidade é a principal força transformadora da vida terrestre (Viola; Basso, 2016). Nessa linha, a UN (s.d.b, tradução nossa) expõe que “a quantidade de CO<sub>2</sub> na atmosfera tem aumentado a um ritmo sem precedentes desde a Revolução Industrial, quando o trabalho manual começou a ser substituído por máquinas movidas a carvão, petróleo e gás”.<sup>4</sup>

A utilização do carvão e do petróleo acelerou o desenvolvimento da metalurgia, máquinas, indústria química, fertilizantes agrícolas, eletricidade, motor de combustão interna, comunicações e sistemas para a produção em massa. A população também cresceu de modo excepcional durante esse período (Viola; Basso, 2016), aumentando conseqüentemente o consumo em diversas áreas e a produção massiva de vários itens essenciais à vida. Todos esses fatores contribuíram para o início do Antropoceno, momento em que não há a mesma estabilidade climática experimentada no Holoceno.

Viola e Basso (2016, p. 3) destacam que “A estabilidade do clima foi quebrada, em razão da acumulação de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera”. O efeito estufa é um fenômeno natural e que garante a temperatura adequada para a vida no planeta Terra, potencializado pelas atividades humanas, que liberam os chamados “gases do efeito estufa”. Entretanto, seu desequilíbrio afeta a própria estabilidade dos ciclos da biosfera. Durante anos, a responsabilidade do ser humano quanto à intensificação do efeito estufa e da mudança climática era discutida e questionada. Hoje não mais se sustentam dúvidas:

Um estudo de 2021 encontrou um consenso superior a 99 por cento sobre as alterações climáticas induzidas pelo homem na literatura científica revista por pares (revista por exportação no mesmo campo antes da publicação) - um nível de certeza semelhante ao da teoria da evolução (UN, s.d.b., tradução nossa).<sup>5</sup>

Com as sucessivas revoluções industriais, os combustíveis utilizados passaram a ser os de natureza fóssil, como o petróleo, o carvão e o gás natural, em progressiva vertente de aplicação. Sua queima libera dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) na atmosfera, formando uma camada de gases (Matteucci; Cançado; Silva, 2022). Essa camada retém maior calor e parte da radiação solar, gerando o aquecimento global devido à ação humana, que aumenta a quantidade de gases na atmosfera para além do desejado e, assim, há elevação na temperatura do planeta que, por sua vez, se converte em diversas mudanças climáticas. Conceitualmente, considera-se como mudança climática as

[...] alterações, a longo prazo, nas características do clima e da temperatura do planeta. A diferença entre mudanças climáticas e variabilidade climática é que as mudanças climáticas são atribuídas às atividades humanas que podem alterar a composição da atmosfera, enquanto a variabilidade é atribuída a causas naturais, ou seja, as mudanças climáticas só acontecem porque o homem afeta a natureza (Matteucci; Cançado; Silva, 2022).

4 - “The amount of CO<sub>2</sub> in the atmosphere has been increasing at an unprecedented rate since the Industrial Revolution, when manual labor began to be replaced by machinery fueled by coal, oil and gas.”

5 - “A 2021 study found a greater than 99 per cent consensus on human-induced climate change in the peer-reviewed scientific literature (reviewed by expert in the same field prior to publication) - a level of certainty similar to that of the theory of evolution [...]”.

Seus efeitos podem ser classificados como de curto e longo prazo e, ainda, caso não sejam mediadas, dividem-se entre a mudança climática perigosa e a catastrófica. Entre as consequências da mudança climática perigosa, incluem-se “[...] potencial de destruição de produção agrícola; escassez de água; extremos climáticos mais intensos; aumento da turbulência do mar e ondas anormais que invadem temporariamente as regiões costeiras” (Viola; Basso, 2016, p. 3). Caso não seja mitigada, a mudança perigosa se converte em catastrófica, evento que pode reduzir toda a população e os seres vivos da Terra à condição de refugiados ambientais devido ao aumento do nível do mar (Thomé, 2017), dentre outros efeitos. Nessa modalidade, podem ocorrer eventos perigosos, como:

[...] o fim da corrente do Golfo, que é fundamental para o clima ameno da Europa; libertação generalizada do metano da tundra canadense e siberiana, em razão do degelo dessas regiões; incêndios generalizados na Amazônia e outras florestas tropicais remanescentes (Congo, Indonésia); derretimento do gelo na Groenlândia; colapso de parte do gelo da Antártida; mudança no ciclo monções da Ásia; aumento do nível do mar entre 50 e 100 metros, inundando grande parte das cidades (Viola; Basso, 2016, p. 3).

Todos os exemplos acima representam uma ameaça aos bens comuns globais e sua tutela. Nas palavras de Klaus Bosselmann, em entrevista para *The Planetary Press*, publicada no Brasil pelo veículo de informação *Expresso*, “A noção de bens comuns globais inclui certo nível de dever moral em termos de gestão ou tutela. Por isso podem ser desenvolvidos progressivamente no direito internacional” (Azevedo, 2020). No entanto, o dever moral não é capaz de proteger completamente o meio ambiente ou mitigar as consequências da mudança climática, sendo fundamental a elaboração de normas juridicamente vinculantes.

O desenvolvimento humano, que a princípio foi incentivado pelo Iluminismo e, posteriormente, pela lógica capitalista, foi intensificado, bem como os seus efeitos no meio ambiente e na natureza; assim, a ação humana passou a ser a principal força de transformação terrestre. Viola e Basso (2016) defendem que essa capacidade vem causando progressivamente a perda da estabilidade ambiental e, por isso, os conceitos de ameaça e segurança também sofrem atualizações. Na perspectiva dos autores, a maior ameaça à segurança sistêmica tende a ser a ultrapassagem dos limites planetários, que “[...] são limites de resiliência do planeta: se ultrapassados, a estabilidade ambiental é perdida” (Viola; Bassos, 2016, p. 3), e a sobrevivência da espécie humana é colocada em risco. Noutro giro, “Um clima estável deveria ter o mesmo reconhecimento jurídico internacional que os direitos humanos” (Azevedo, 2020), pois

[...] os direitos humanos e o ambiente estão intrinsecamente ligados. Sem os direitos humanos, a proteção ambiental não poderia ser realmente executada. E, vice-versa: sem a inclusão do ambiente, os direitos humanos estariam em perigo de perder a sua função essencial, que é a proteção [...] da vida humana, do bem-estar e da integridade (Bosselmann, 2008, p. 23).

Sendo assim, faz-se necessária uma análise da política climática nacional gerada a partir dos compromissos internacionais assumidos, a fim de que as perguntas-problemas propostas na introdução deste texto sejam devidamente respondidas.

## 2. DIREITOS HUMANOS, DIREITOS AMBIENTAIS E A MUDANÇA CLIMÁTICA

Para que seja possível a compreensão plena da política municipal de mitigação dos efeitos da mudança climática, é necessária a análise do cenário internacional e sua relação com os direitos humanos, com o objetivo de explicitar a importância do assunto. Os regimes internacionais voltados à proteção dos direitos humanos e do meio ambiente se desenvolveram de modo diferenciado, mas se influenciam e se encontram cada vez mais, sobretudo nos últimos 30 anos, como aponta Bosselmann (2008). O primeiro se deu a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, reafirmada e ampliada por meio dos Pactos Internacionais dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e dos Direitos Civis Políticos, em 1966. Graças a esses documentos,

Nenhum Estado pode se eximir da obrigação fundamental de proteger a vida e dignidade de um indivíduo. Isso não pode ser percebido meramente como uma autorrestricção voluntária dos Estados, mas como consequência da natureza dos direitos humanos (Bosselmann, 2008, p. 11).

Nesse contexto, é consenso de que há um fortalecimento dos direitos humanos no cenário internacional. O regime de proteção do meio ambiente, por sua vez, surge em outro momento em razão do reconhecimento de uma crise ambiental global (Bosselmann, 2008). Bosselmann (2008) determina que há três categorias diferentes de direitos ambientais, que são: as ameaças a direitos humanos já existentes; os direitos humanos procedimentais; e o direito humano a um meio ambiente saudável. Vale lembrar que os direitos ambientais procedimentais estão relacionados à democracia e à participação e objetivam a transparência, responsabilização e participação nas decisões ambientais, permitindo um envolvimento público e reforçando as preocupações com a sustentabilidade.

Há um nexo inescapável entre os direitos humanos e o direito ambiental e com a intensificação das mudanças climáticas. A primeira reunião mundial significativa para se discutir os problemas e metas ambientais foi a Conferência sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo. Os resultados mais significativos da referida Conferência foram a formulação do Plano de Ação para o meio ambiente (um documento com 109 recomendações sobre o tema para sua avaliação, gestão e medidas de apoio); a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA); a Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, também chamada comumente de Declaração de Estocolmo (Padilha, 2010); e a criação do Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima, em 1988, fruto da ação conjunta entre o PNUMA e a Organização Meteorológica Mundial (OMM). Nessa conjuntura, o IPCC foi criado para “[...] fornecer aos formuladores de políticas avaliações científicas regulares sobre a mudança do clima, suas implicações e possíveis riscos futuros, bem como para propor opções de adaptação e mitigação” (Brasil, 2021).

Além disso, por meio da Conferência de Estocolmo, pela primeira vez, uma Declaração reconheceu a indissociabilidade entre ser humano, o ambiente e suas transformações (Padilha, 2010), embora não seja juridicamente vinculante. Em seu Princípio 1, estabeleceu-se que:

1. O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o

homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma (Organização das Nações Unidas, 1972).

Conforme o transcrito acima, observa-se um especial destaque dado ao desenvolvimento e ao reconhecimento da capacidade do homem de transformar tudo o que o cerca, o que, segundo Viola e Basso(2016), é a principal característica do Antropoceno. Embora a Declaração de Estocolmo não tenha utilizado o termo “desenvolvimento sustentável”, foi a partir dela que esse princípio em evolução foi construído, assim como a base científica que fundamenta o seu significado, principalmente após o Relatório da Comissão Brundtland (Padilha, 2010), sendo assim citado na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, fruto do trabalho realizado na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro em 1992 (CNUMAD), conhecida como Rio/92 e Cúpula da Terra.

Outra reunião significativa sobre o tema aconteceu na Primeira Conferência Mundial do Clima, convocada pela Organização Meteorológica Mundial (OMM) e realizada em Genebra, na Suíça, em 1979. Esse encontro foi marcado pela criação do Programa Mundial do Clima, que, em linhas gerais, destinou-se ao ensejo de monitorar as mudanças do clima (Ferri, 2021). Na década seguinte, nos anos de 1985 e 1987, outros acontecimentos importantes: a Convenção de Viena acerca da Proteção da Camada de Ozônio e a elaboração do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, respectivamente. Ambos foram promulgados pelo Brasil nos termos do Decreto nº 99.280, de 6 de junho de 1990 (Brasil, 1990).

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, conhecida como Rio-92, também representa um marco no percurso de formação das normas ambientais. O principal assunto discutido na Cúpula foi a necessidade de se firmarem regras claras e objetivas para o enfrentamento dos problemas ambientais e estratégias para a formulação de um novo modelo para o desenvolvimento (Padilha, 2010). Os principais resultados foram a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Agenda 21 e a Declaração de Princípios sobre as Florestas, todos não juridicamente vinculantes. Sobre os instrumentos juridicamente vinculantes, incluem-se a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática e a Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), ambas multilaterais (Padilha, 2010).

A Convenção-Quadro do Clima, como um acordo jurídico que não impunha sanções àqueles que o descumprissem, antecipou corretamente a necessidade de outros instrumentos jurídicos a serem implementados pelas Conferências das Partes (COPs), para possibilitar sua regulamentação (Padilha, 2010)). A Conferência das Partes (COPs) é, portanto,

[...] o órgão supremo da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), que reúne anualmente os países Parte em conferências mundiais. Suas decisões, coletivas e consensuais, só podem ser tomadas se forem aceitas unanimemente pelas Partes, sendo soberanas e valendo para todos os países signatários (Brasil, s.d.b).

É de especial importância para a temática do presente artigo a COP 03 (Kyoto-1997), a COP 15 (Copenhague-2009) e a COP 21 (Paris-2015). Os resultados mais evidentes dessas reuniões foram: o Protocolo de Quioto, que entrou em vigor em 2005 e o Acordo de Paris, que passou a vigorar em 2016. Segundo Padilha ,

O Protocolo de Quioto é o instrumento legal vinculante da Convenção do Clima, nele tendo-se estabelecido, de forma concreta, as metas obrigatórias de redução dos gases de efeito estufa a serem alcançadas pelos países desenvolvidos, enquanto principais responsáveis pelas emissões históricas dos últimos cem anos, pela poluição terrestre (Padilha, 2010, p. 88).

O Protocolo de Quioto criou o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), que deu origem aos créditos e ao mercado de carbono. Observa-se aqui o fato de os Estados Unidos da América terem se recusado a assiná-lo efetivamente, mesmo sendo o maior emissor de GEE na época (20% do total do mundo) e na abrangência do Princípio da Responsabilidade Comum, mas Diferenciada (Padilha, 2010). A internalização do Protocolo no sistema normativo brasileiro se deu nos termos do Decreto Legislativo 144/2002 e do Decreto nº 5.445/2005.

A COP 15 realizada em Copenhague em 2009, graças ao 4º Relatório do IPCC em 2007, foi aguardada com muitas expectativas, mas não foi possível alcançar resultados concretos juridicamente vinculantes ou mesmo a estipulação de um Fundo Internacional de Combate às Mudanças Climáticas. Tendo isso em vista, o Secretário-geral da ONU da época, Ban Ki-moon, “[...] admitiu ter consciência da decepção com o “fracasso” da Conferência, mas afirmou que o grande desafio do nosso tempo não é apenas definir regras para reduzir emissões, mas tem a ver com uma mudança de mundo e de forma de viver” (Padilha, 2010, p. 94). No plano interno, a maior influência da conferência foi a aprovação da Lei de Política Nacional Sobre Mudança do Clima (PNMC) (Padilha, 2010), compreendendo as contribuições nacionalmente determinadas.

A NDC do Brasil comprometeu-se a reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 37% abaixo dos níveis de 2005, em 2025, com uma contribuição indicativa subsequente de reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 43% abaixo dos níveis de 2005, em 2030. Para isso, o país se comprometeu a aumentar a participação de bioenergia sustentável na sua matriz energética para aproximadamente 18% até 2030, restaurar e reflorestar 12 milhões de hectares de florestas, bem como alcançar uma participação estimada de 45% de energias renováveis na composição da matriz energética em 2030 (Brasil, s.d.a).

O Acordo de Paris ainda determina que os países desenvolvidos invistam 100 bilhões de dólares, por ano, em países em desenvolvimento em relação às medidas de combate à mudança do clima e adaptação. É possível também o financiamento em países em desenvolvimento: a “cooperação Sul-Sul” (Brasil, s.d.a). No mesmo ano de elaboração da Agenda 2030, em 2015, ocorreu também a adesão brasileira ao Acordo, por via do Decreto Legislativo 140/2016 e do Decreto nº 9073/2017.

Quanto aos resultados dos compromissos internacionais, tendo em vista a legislação federal, observa-se que o relatório da ONU que acompanha a evolução das metas da Agenda 2030, demonstra que nenhum país latino-americano alcançou plenamente os objetivos instituídos. Contudo, o Brasil, entre outros integrantes, em que pese não ter alcançado o objetivo, apresentou uma sensível evolução das metas da ODS 13 (a Ação Contra a Mudança Global do Clima), conforme análise realizada por Giovani Ferri :

Quanto à América Latina e Caribe, o Índice ODS-2019 aponta uma sensível evolução nas metas do ODS 13 em relação aos anos anteriores, embora nenhum país tenha alcançado completamente seus objetivos em 2019. No tocante às matrizes energéticas limpas, houve alguns avanços que contribuíram para reduzir o dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), incluindo

no Brasil, que obteve progresso neste item, atingindo a média de 2,14 tCO<sub>2</sub>/per capita, bem acima do México (tCO<sub>2</sub> de 3,89), Argentina (tCO<sub>2</sub> de 4,63), Chile (tCO<sub>2</sub> de 4,76) e Venezuela (tCO<sub>2</sub> de 5,26) (Ferri, 2021, p. 60).

Conclui-se por meio da análise de resultados que, não obstante o não alcance pleno das metas, o Brasil se esforça para cumprir as agendas internacionais que concernem à mudança climática, apresentando relevantes evoluções no que se propõe, como nas metas do ODS 13.

### 3. MARCO LEGAL DA POLÍTICA CLIMÁTICA EM BELO HORIZONTE

No âmbito das políticas públicas federais, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, é a fonte primária no que concerne ao regramento dos direitos e políticas ambientais brasileiros, assim como às normas que regulamentam a política pública e a expansão urbana. O diploma estabelece que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, tem o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar social dos habitantes (Brasil, 1988).

O art. 225 da CR/88 determina que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconhecendo também o dever de sua defesa e preservação para usufruto das presentes e futuras gerações. Desse modo, impõe-se ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, que, segundo Magalhães (2007, p. 254), “[...] refere-se a todas questões que envolvem a vida na terra, relativas à casa comum dos seres vivos e às condições de vida saudável, com saúde física e mental para os seres humanos”. Logo, a CR/88 determina que a responsabilidade da proteção ambiental cabe ao Estado e à sociedade civil – ou seja, aos indivíduos e todas as formas de organização civil, empresarial e institucional –, adotando, portanto, a concepção abrangente da difusividade característica do bem ambiental (Padilha, 2010).

Internacional e nacionalmente, apenas as Constituições recentes dispõem sobre o direito ambiental ou à preservação do meio ambiente como direito humano, pois as de caráter liberal dos séculos XVIII e XIX não se referem aos direitos sociais e econômicos, em que pese as Constituições sociais (a mexicana de 1917, alemã de 1919 e brasileira de 1934) terem buscado proteger esses direitos. No entanto, os referidos textos ainda não citam o direito ao meio ambiente como direito humano, algo que ocorre somente no constitucionalismo mais recente, como nas Constituições da Espanha, Portugal, Cuba e Brasil (Magalhães, 2008).

Com esse fito, por meio da Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009, foi instituído o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (FNMC), de natureza contábil, cuja finalidade está descrita em seu art. 2º, a saber “[...] com a finalidade de assegurar recurso para apoio a projetos ou estudos e financiamento de empreendimentos que visem à mitigação do clima e à adaptação do clima e aos seus efeitos” (Brasil, 2009a). A respeito do FNMC, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão importante no julgamento da ADPF 708 – a relevância da decisão justifica a exposição ampla da ementa:

Ementa: Direito constitucional ambiental. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Fundo Clima. Não destinação dos recursos voltados à mitigação das mudanças climáticas. Inconstitucionalidade. Violação a compromissos internacionais. 1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental por meio da qual se alega que a União manteve o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima)

inoperante durante os anos de 2019 e 2020, deixando de destinar vultosos recursos para o enfrentamento das mudanças climáticas. Pedese: (i) a retomada do funcionamento do Fundo; (ii) a decretação do dever da União de alocação de tais recursos e a determinação de que se abstenha de novas omissões; (iii) a vedação ao contingenciamento de tais valores, com base no direito constitucional ao meio ambiente saudável. 2. Os documentos juntados aos autos comprovam a efetiva omissão da União, durante os anos de 2019 e 2020. Demonstram que a não alocação dos recursos constituiu uma decisão deliberada do Executivo, até que fosse possível alterar a constituição do Comitê Gestor do Fundo, de modo a controlar as informações e decisões pertinentes à alocação de seus recursos. A medida se insere em quadro mais amplo de sistêmica supressão ou enfraquecimento de colegiados da Administração Pública e/ou de redução da participação da sociedade civil em seu âmbito, com vistas à sua captura. Tais providências já foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em reiteradas decisões. Nesse sentido: ADI 6121, Rel. Min. Marco Aurélio (referente à extinção de múltiplos órgãos colegiados); ADPF 622, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (sobre alteração do funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA); ADPF 623-MC, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Rosa Weber (sobre a mesma problemática no Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA); ADPF 651, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia (pertinente ao Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente - FMNA). 3. O funcionamento do Fundo Clima foi retomado às pressas pelo Executivo, após a propositura da presente ação, liberando-se: (i) a integralidade dos recursos reembolsáveis para o BNDES; e (ii) parte dos recursos não reembolsáveis, para o Projeto Lixão Zero, do governo de Rondônia. Parcela remanescente dos recursos não reembolsáveis foi mantida retida, por contingenciamento alegadamente determinado pelo Ministério da Economia. 4. Dever constitucional, suprallegal e legal da União e dos representantes eleitos, de proteger o meio ambiente e de combater as mudanças climáticas. A questão, portanto, tem natureza jurídica vinculante, não se tratando de livre escolha política. Determinação de que se abstenham de omissões na operacionalização do Fundo Clima e na destinação dos seus recursos. Inteligência dos arts. 225 e 5º, § 2º, da Constituição Federal (CF). 5. Vedação ao contingenciamento dos valores do Fundo Clima, em razão: (i) do grave contexto em que se encontra a situação ambiental brasileira, que guarda estrita relação de dependência com o núcleo essencial de múltiplos direitos fundamentais; (ii) de tais valores se vincularem a despesa objeto de deliberação do Legislativo, voltada ao cumprimento de obrigação constitucional e legal, com destinação específica. Inteligência do art. 2º, da CF e do art. 9º, § 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal - LC 101/2000 (LRF). Precedente: ADPF 347-MC, Rel. Min. Marco Aurélio. 6. Pedido julgado procedente para: (i) reconhecer a omissão da União, em razão da não alocação integral dos recursos do Fundo Clima referentes a 2019; (ii) determinar à União que se abstenha de se omitir em fazer funcionar o Fundo Clima ou em destinar seus recursos; (iii) vedar o contingenciamento das receitas que integram o Fundo. 7. Tese: O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (CF, art. 5º, § 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º, c/c o art. 9º, § 2º, LRF).

(STF - ADPF: 708 DF, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 04/07/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 27-09-2022 PUBLIC 28-09-2022) [sic] (Grifos nossos).

Ao passo que criado o FNMC, fora instituída a legislação acerca da Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), a fim de estabelecer seus princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos, nos termos do seu art. 1º (Brasil, 2009b). A PNMC oficializou o compromisso voluntário do Brasil de reduzir a emissão dos GEE entre 36,1% e 38,9%, do esperado até 2020, para com a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Foi assim instituída, com o objetivo de garantir que o desenvolvimento econômico e social contribua para a proteção do sistema climático global. Nesse âmbito, destacam-se as previsões do Decreto nº 9.578/2018.

Indica Thomé (2017) que a dificuldade na reparação dos danos gerou a tendência de serem instituídos mecanismos no Direito Ambiental Internacional para que os danos sejam evitados. Desse modo, verifica-se que há uma transição do modelo baseado em reparação de danos para um “[...] calcado na cooperação internacional dos povos para a proteção dos recursos naturais que têm como relevante instrumento regras internacionais consensuais” (Thomé, 2017, p. 775).

A PNMC não previu qualquer sanção para o descumprimento de suas diretrizes e objetivos, em que pese a vinculação da atuação do poder público aos princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos da primeira, nos termos do seu art. 11. Já existem ações em desenvolvimento nesse sentido no Brasil, como o incentivo do uso de matriz energética renovável, por meio do Programa Nacional do Álcool.

Em relação aos municípios brasileiros, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, regulamenta os arts. 182 e 183 da CR/88, estabelece diretrizes gerais da política interna e dá outras providências. Determina em seu art. 2º que a política urbana objetiva ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante suas diretrizes gerais presentes nos incisos seguintes (Brasil, 2001). A CR/88 ainda estipula no art. 30 que compete aos municípios “I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (Vide ADPF 672)” (Brasil, 1988). Dessa forma, os municípios têm a possibilidade de legislar sobre suas questões específicas de interesse local, sobre como mitigar os efeitos da mudança climática e complementar as leis federais e estaduais, desde que, em ambas as situações descritas, o tema não seja de outra competência.

A Constituição Estadual de Minas Gerais, promulgada em 1989, possui uma seção destinada ao meio ambiente, nos arts. 214 a 217. Seguindo a esteira da CR/88, o Diploma estadual replica o art. 225 desta no seu próprio art. 214, alterando-se apenas alguns termos:

Art. 214 – Todos têm direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, e ao Estado e à coletividade é imposto o dever de defendê-lo e conservá-lo para as gerações presentes e futuras (Minas Gerais, 1989).

Para além da Constituição do Estado, com vistas à preservação ambiental, contempla-se o Programa Bolsa Verde, criado pela Lei nº 17.727, de 13 de agosto de 2008, e regulamentado pelo Decreto nº 45.113, de 05 de junho de 2009. O PBV foi criado com o objetivo de apoiar a conservação da cobertura vegetal nativa mineira, por meio do pagamento por serviços ambientais, destinado a proprietários e posseiros que preservam ou que assumiram o compromisso de recu-

perar a vegetação nativa de suas propriedades ou posses. O incentivo financeiro é proporcional à área preservada, limitado ao número de hectares correspondente a quatro módulos fiscais no município; além disso, agricultores familiares e pequenos produtores rurais têm prioridade (Minas Gerais, s.d.).

Nesse viés de preservação ambiental, foi editada a Lei Florestal do Estado de Minas Gerais, que instituiu políticas florestais e de proteção à biodiversidade em 16 de outubro de 2013, por meio da Lei nº 20.922/2013, e revogou a Lei nº 14.309/2002. Ainda na esfera estadual, têm-se o Decreto nº 45.229, de 03 de dezembro de 2009, que regulamentou as medidas do poder público do estado de Minas Gerais referentes ao combate às mudanças climáticas e à gestão das emissões de gases de efeito estufa. Visando à sua efetiva realização, foi instituído o Registro Público de Emissões e Remoções de Gases de Efeito Estufa do Estado de Minas Gerais, conforme seu art. 2º, *caput*.

Dentre os seus objetivos, que incluem o incentivo à prática sistemática de elaboração e reporte dos inventários corporativos de emissões e remoções de GEE no Estado, estão: estabelecer um banco de dados estadual sobre emissão de GEE, a fim de subsidiar a formulação de políticas de redução de emissões; inventariar as remoções antrópicas de GEE no território; e acelerar a redução das emissões de GEE a nível estadual, buscando colaborar para o alcance das metas da Contribuição Brasileira Nacionalmente Determinada (NDC) (Minas Gerais, 2009), nos termos do art. 2º, § 1º e seguintes incisos.

O decreto dispôs ainda sobre os benefícios voltados aos empreendimentos que aderirem ao programa estabelecido, nos termos do art. 4º:

Art. 4º – Os empreendimentos que aderirem ao Programa poderão fazer jus, no mínimo, aos seguintes benefícios, na medida da manutenção de seus registros anuais e ocorrência comprovada de redução de intensidade de suas emissões de gases de efeito estufa:

I – direito [sic] de figurar na lista dos “Empreendimentos Integrantes do Registro Público de Emissões Anuais de Gases de Efeito Estufa”, a ser publicada anualmente pela Fundação Estadual do Meio Ambiente – FEAM;

II – direito de figurar na lista dos “Empreendimentos com Redução de Intensidade de Emissões de Gases de Efeito Estufa – GEE” a ser publicada anualmente pela FEAM;

III – equiparação do valor de renovação de licença de operação do empreendimento ao da classe imediatamente inferior;

(Inciso com redação dada pelo art. 3º do Decreto nº 47.409, de 17/5/2018.) (Minas Gerais, 2009).

Nesse contexto, em 2021, foi publicado o Decreto nº 48.292, de 28 de outubro, que instituiu o Fórum Mineiro de Energia e Mudanças Climáticas (FEMC). O FEMC objetiva promover a discussão acerca de fenômenos globais de mudança climática e da transição de energia, tendo caráter consultivo e propositivo, de acordo com seu art. 1º (Minas Gerais, 2021).

A política estadual busca então contribuir para o cumprimento das metas, a partir de uma atuação específica e personalizada, tendo em vista os problemas a serem enfrentados em Minas Gerais, que inclui a produção de inventários sobre o tema em relação a toda a extensão

territorial. Nessa esteira, o art. 13 do decreto supracitado também se pauta em um compromisso firmado à nível internacional, o Protocolo de Quioto, a saber,

Art. 13 – O Estado, por meio de seus órgãos e entidades competentes, compromete-se a desenvolver um programa de estímulo a práticas sustentáveis de reflorestamento para o suprimento de carvão vegetal renovável e de outras fontes de energia renováveis capazes de evitarem emissões de combustíveis fósseis ou não-renováveis, especialmente no setor siderúrgico, com base no Mecanismo de Desenvolvimento Limpo do Protocolo de Quioto ou mecanismos equivalentes ou substitutos. (Minas Gerais, 2009).

A partir do exposto, pode-se perceber a preocupação especial do estado de Minas Gerais quanto a um compromisso internacional relevante para a formação da política ambiental em todas as esferas dos entes federativos.

As grandes cidades e os centros metropolitanos são grandes emissores de GEE e, portanto, agentes das mudanças climáticas. O *UN Environment Programme* exemplifica algumas das consequências desse fenômeno global, afirmando o grande impacto que serviços básicos das cidades podem produzir no meio ambiente, na medida em que

[...] cidades são um dos principais contribuintes para as alterações climáticas, uma vez que as atividades urbanas são importantes fontes de emissões de gases com efeito de estufa. As estimativas sugerem que as cidades são responsáveis por 75% das emissões globais de CO<sub>2</sub>, estando os transportes e os edifícios entre os maiores contribuintes (Tradução nossa)<sup>6</sup>

As cidades, que ocupam menos de 2% da superfície da Terra (UN, s.d.a), sofrem diretamente as consequências das alterações no clima, como a baixa qualidade do ar e as inundações. Nesse sentido, o agravamento dos efeitos das mudanças climáticas não é mais um cenário futuro, segundo Silva et al (2023), mas uma realidade fática que afeta gravemente a vida dos cidadãos. Em Minas Gerais, obviamente, essa também é a realidade. Na capital do estado, Belo Horizonte, os autores acima citados destacam que as regiões Nordeste, Norte, Leste e Oeste são as mais vulneráveis às mudanças climáticas, uma vez que essas regiões concentram os piores indicadores sociais; já as regiões Pampulha, Nordeste, Leste e Centro-Sul são altamente vulneráveis à inundações, fato agravado pela geomorfologia territorial e pela lógica de urbanização municipal.

Consequentemente, sob a lógica da máxima “pensar globalmente, agir localmente”, ventilada pela primeira vez na Eco-92, para dirimir os efeitos danosos do que se vive no Antropoceno, o município de Belo Horizonte elaborou diretrizes e leis claras. Nesse sentido, em 2006, foi criado o Comitê Municipal sobre Mudanças Climáticas e Ecoeficiência (CMMCE), por meio do Decreto Municipal nº 12.362, de 6 de maio de 2006. Esse é um órgão colegiado e consultivo, com vistas a corroborar a implementação da política municipal da cidade relativa às mudanças climáticas, com participação de representantes do poder público municipal e estadual, da sociedade civil, das ONGs e dos setores empresarial e acadêmico (Belo Horizonte, 2018). Dessa forma, há o cumprimento dos direitos procedimentais ambientais ao garantir o acesso à informação e à justiça ambiental, assim como à participação pública na formulação de decisões ambientais.

6 - “[...] cities are a key contributor to climate change, as urban activities are major sources of greenhouse gas emissions. Estimates suggest that cities are responsible for 75 percent of global CO<sub>2</sub> emissions, with transport and buildings being among the largest contributors”.

A Lei Municipal 10.175, de 2011, instituiu a Política Municipal de Mitigação dos Efeitos da Mudança Climática, com a elaboração de inventários e mapeamento das emissões de gases de efeito estufa desde 2009. Além disso, foram elaborados o Plano de Redução de Gases de Efeito Estufa (PREGEE) e o Plano Local de Ação Climática (PLAC). Esse último foi elaborado por meio da contratação do *International Council for Local Environmental Initiatives* (ICLEI) – Governos Locais pela Sustentabilidade –, por chamamento público, e efetivado por compensação ambiental. Os eixos estratégicos que guiam a proposta preveem a identificação de políticas, planos e projetos pela ação climática, bem como a definição de metas, ações e indicadores para o monitoramento (Belo Horizonte, 2021). O objetivo do PLAC é, entre outros, adaptar a cidade para os efeitos adversos da mudança climática, a partir de um processo participativo entre o poder público, instituições de ensino e pesquisa e a sociedade civil. A previsão de conclusão do plano é de 10 meses, período em que terão sido realizadas as etapas de diagnóstico territorial, mapeamento de atores interessados, estratégias de mobilização e elaboração de cenários vindouros de emissões de GEE (Belo Horizonte, 2021).

A Lei Municipal 10.175/2011 (Política Municipal de Mitigação dos Efeitos da Mudança Climática) é o principal instrumento de combate aos efeitos das mudanças climáticas de Belo Horizonte. Seu principal objetivo, nos termos descritos no seu art. 4º, é

[...] assegurar a contribuição do Município no cumprimento dos propósitos da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, de alcançar a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera em um nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático, em prazo suficiente para permitir aos ecossistemas uma adaptação natural à mudança do clima e assegurar que a produção de alimentos não seja ameaçada, bem como permitir que o desenvolvimento econômico prossiga de maneira sustentável (Belo Horizonte, 2011).

O prazo referenciado é o de 4 anos com “[...] meta de redução de 30% (trinta por cento) das emissões antrópicas agregadas oriundas do Município, expressas em dióxido de carbono equivalente, dos gases do efeito estufa listados no Protocolo de Quioto [...]” (Belo Horizonte, 2011), conforme exposto no art. 5º. Para verificar o cumprimento da meta, prevê-se a produção de relatórios parciais, a serem divulgados pelo Executivo, sobre os resultados e a relação deles com as metas propostas pelo Protocolo de Quioto. Ademais, segundo o parágrafo único do art. 5º e nos termos do art. 24, ainda deverão ser elaborados “Inventários de Gases de Efeito Estufa”, a serem realizados pelo setor privado, no qual serão avaliados o desempenho do governo e a evolução das emissões.

Tomando por base esse contexto, Silva et al (2023) destacam que em duas décadas, de 2000 a 2020, a Prefeitura de Belo Horizonte (PBH) publicou inventários e criou o Plano de Redução de Efeito Estufa (o já apresentado PREGEE), no qual são listadas ações mitigadoras em variados setores responsáveis pelas emissões de GEE, para que seja alcançada a meta de redução. Tendo em vista a meta prevista no art. 5º, a lei municipal estabeleceu seis eixos de ação estratégica para a mitigação e adaptação, notadamente, voltados para os setores de transportes, energia, gerenciamento de resíduos, saúde, construção e uso do solo.

Sobre os transportes, nos termos do art. 6º, as políticas de mobilidade urbana deverão incorporar medidas para a mitigação da emissão de GEE e de outros poluentes “[...] com foco na racionalização e redistribuição da demanda pelo espaço viário, melhoria da fluidez do tráfego

e diminuição dos picos de congestionamento [...]” (Belo Horizonte, 2011). É sabido que os automóveis e as indústrias são alguns dos maiores emissores de GEE, devido ao uso de combustíveis fósseis, embora existam outras fontes de emissão desses gases, como atividades agropecuárias, processos industriais, disposição de lixo e desmatamento (Thomé, 2017). Nesse contexto, o novo sistema buscou a integração modal, apreciando a articulação entre modais, via segregada, e desestimulando o uso de transporte individual, algo pontuado por Viola e Basso (2016) como uma ação necessária para reduzir a concentração de GEE. Os autores afirmam que se deve aumentar radicalmente o uso do transporte coletivo e, quando for preciso o transporte individual, que sejam usados carros elétricos, de hidrogênio, de biocombustíveis ou híbridos.

Substituir o uso de automóveis por meios de transporte sustentáveis também ajudará a diminuir as emissões de GEE, como visto em Hangzhou, China. Lá, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente endossou um esquema premiado de compartilhamento de bicicletas. Houve um alívio do congestionamento de tráfego e uma melhora drástica na qualidade do ar. Rob de Jong, chefe da Unidade de Qualidade do Ar e Mobilidade da *UNEP*, disse que “Hangzhou é um ótimo exemplo de como as cidades podem introduzir iniciativas como o compartilhamento de bicicletas para incentivar as pessoas a saírem dos carros e reduzirem a poluição do ar” (*UN*, s.d.a, tradução nossa).<sup>7</sup>

Sobre o tema energia, cumpre destacar que “A energia está no centro das alterações climáticas – e é fundamental para a solução” (*UN*, s.d.a, tradução nossa)<sup>8</sup> –, portanto, a previsão de ações sustentáveis e estratégicas nesse eixo é essencial para a prevenção e mitigação dos efeitos da mudança climática. O art. 7º da Lei Municipal 10.175/2011 estabelece que devem ser objetos de execução coordenada entre os órgãos do poder público municipal a criação de incentivos para a geração de energia descentralizada a partir de fontes renováveis; a promoção de esforços para a eliminação dos subsídios aos combustíveis fósseis e o incentivo à geração e uso de energia renovável; a promoção e a adoção de programas de eficiência energética e energias renováveis em edificações, indústrias e transportes; além do incentivo e adoção de programa de rotulagem de produtos e processos eficientes, sob o ponto de vista energético (Belo Horizonte, 2011). Nesse âmbito, por fim, a lei determina ainda a criação de incentivos fiscais e financeiros voltados para pesquisas sobre eficiência energética e uso de energias renováveis em sistemas de conversão energética e a promoção do uso dos melhores padrões de eficiência energética e de energias renováveis na iluminação pública (Belo Horizonte, 2011). É perceptível que o foco do tópico está na maximização do uso de energias renováveis.

Na seção da lei destinada ao gerenciamento de resíduos, fixa-se como meta a redução ao máximo da quantidade de resíduos urbanos, esgotos domésticos e efluentes industriais, por meio da execução conjunta entre órgãos do poder público Municipal. Nesse âmbito, deverão ser estimuladas a reciclagem ou reúso das águas pluviais, resíduos urbanos, esgotos domésticos e efluentes industriais, assim como o tratamento e disposição final de resíduos, para viabilizar a preservação das condições sanitárias e promover a redução das emissões de GEE (Belo Horizonte, 2011). O art. 9º determina ainda que os empreendimentos de alta concentração ou circulação de pessoas deverão instalar equipamentos e manter programas de coleta seletiva de resíduos, dos

7 - “Hangzhou is a great example of how cities can introduce initiatives like bike sharing to encourage people to get out of their cars and reduce air pollution”.

8 - “Energy is at the heart of the climate change - and key to the solution”.

quais o município deverá implantar medidas de controle e redução das emissões de GEE das estações de tratamento dos esgotos públicos e resíduos sólidos.

Os arts. 12 e 13 estabelecem que o Poder Executivo tem o dever de investigar e monitorar os fatores de risco à vida e à saúde oriundos da mudança climática, assim como implementar medidas de prevenção de tratamento para evitar ou minimizar os impactos quanto à saúde pública. Nos termos do art. 13, incisos I, II, III e IV, devem ser realizadas campanhas de esclarecimento sobre as doenças relacionadas à mudança climática e à poluição veicular, assim como pesquisas sobre seus efeitos na poluição do ar e do meio ambiente. Acerca da mudança climática e a poluição do ar, é preciso afirmar que

A principal causa das alterações climáticas – a queima de carvão, petróleo e gás – também causa poluição atmosférica que, por sua vez, pode levar a doenças respiratórias, acidentes vasculares cerebrais e ataques cardíacos. Mais de 8,7 milhões de pessoas morrem atualmente todos os anos devido à poluição do ar exterior (REN21) (UN, s.d.b., tradução nossa).<sup>9</sup>

Por fim, como estabelece o art. 13, inciso V, a Defesa Civil deve ser treinada, e sistemas de alerta rápido precisam ser criados para o correto gerenciamento dos impactos à saúde provocados pela mudança climática (Belo Horizonte, 2011). Nos arts. 14 a 17, no segmento da construção, a lei estabelece que as novas edificações deverão obedecer a critérios de eficiência energética, sustentabilidade ambiental, qualidade e eficiência de materiais, segundo regulamentos específicos. A política municipal privilegia o uso da eficiência energética e a ampliação de áreas verdes nas habitações populares desenvolvidas pelo poder público e estabelece a necessidade de aprovação para o emprego de produtos e subprodutos de madeira de origem exótica ou nativa, entre outros.

Finalmente, ao tratar a respeito do uso do solo no art. 18, a sustentabilidade da aglomeração urbana orienta a ação do poder público municipal, norteadas pelo princípio da plena utilização da infraestrutura urbana. Algumas metas foram estabelecidas para tanto, como a redução dos deslocamentos por meio da melhor distribuição da oferta de emprego e trabalho, a gerar menos GEE na atmosfera devido ao menor uso de transporte de combustível fóssil e/ou por menor tempo, entre outras metas.

Outro tópico de especial importância contemplado pela lei é a recuperação de áreas degradadas de proteção aos mananciais e de preservação permanente, com o objetivo de criar sumidouros de carbono, garantia de produção de recursos hídricos e proteção da biodiversidade. Outrossim, é estabelecido no art. 22, que o poder público municipal deve promover a arborização das vias públicas e a requalificação dos passeios públicos, a fim de ampliar sua área permeável, para que sejam cumpridos os objetivos da Política Municipal de Mitigação dos Efeitos da Mudança Climática (Belo Horizonte, 2011).

Tendo isso em vista, cabe destacar que *UN Environment Programme* (s.d., tradução nossa) assevera que “Somente com uma abordagem e ação coordenadas a nível global, regional, nacional e local é que o sucesso pode ser alcançado. É essencial, portanto, tornar as cidades parte integrante da solução no combate às alterações climáticas”.<sup>10</sup>

9 - “The main cause of climate change – the burning of coal, oil and gas – also causes air pollution which in turn can lead to respiratory diseases, strokes, and heart attacks. More than 8.7 million people currently die every year due to outdoor air pollution (REN21).”

10 - “Only with a coordinated approach and action at the global, regional, national and local levels, can success be achieved. It is essential, therefore, to make cities an integral part of the solution in fighting climate change”.

## CONCLUSÃO

A partir dos dados levantados, é correto afirmar que a humanidade vivencia uma nova Era geológica, sob o prisma geopolítico e crítico, o Antropoceno, devido à grande influência da ação humana. Nesse sentido, conclui-se o risco proporcionado pelas mudanças climáticas e a necessidade de estratégias para mitigar seus efeitos. Diante desse problema, são estabelecidos sistemas de proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente, este último por meio do esforço conjunto de vários atores internacionais e da realização de diversas reuniões. Embora tenham se desenvolvido de modo diferenciado, ambos necessitam de colaboração internacional e local para serem efetivados nas vidas de cidadãos.

Observa-se que, no âmbito das políticas federais, a Constituição da República regulamenta normas e políticas públicas com o objetivo de conquistar o pleno desenvolvimento das cidades e, assim, garantir o bem-estar social. Nesse sentido, o poder público e a coletividade – que têm a função de defender e preservar o meio ambiente – trabalham conjuntamente pela instituição de projetos, cuja finalidade é assegurar recursos e apoio a projetos que visem atenuar as mudanças do clima e seus efeitos. Na direção desse compromisso coletivo, promulgada em 1989, a Constituição de Minas Gerais reiterou o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como o Estado também se comprometeu a reduzir as emissões de gases de efeito estufa.

Com a finalidade de incentivar as devidas proteções, foram estabelecidas medidas, como o Fórum Mineiro de Energia e Mudanças Climáticas (FEMC), para que fossem proporcionadas discussões acerca das drásticas mudanças climáticas e transição de energia. À vista disso, o Estado assume metas que devem ser alcançadas, restando à política estadual e municipal amparar e cumprir tais objetivos. Assim sendo, o município de Belo Horizonte, tendo ciência da complexidade da problemática a ser enfrentada e a par das convenções e tratados dos quais o Brasil é signatário elaborou diversos instrumentos para tanto, entre eles, a criação do Comitê Municipal sobre Mudanças Climáticas e Ecoeficiência (CMMCE); a instituição da Política Municipal de Mitigação dos Efeitos da Mudança Climática; o mapeamento das emissões de GEE desde 2009; a proposição do Plano de Redução de Gases do Efeito Estufa (PREGEE) e do Plano Local de Ação Climática (PLAC).

Entretanto, algumas regiões são mais afetadas e vulneráveis aos efeitos da mudança climática, sendo primordial ações que considerem as especificidades de cada local. Assim, apesar do interesse internacional e nacional de que sejam mitigados os efeitos da mudança climática, não bastam somente intenções, mas são imprescindíveis medidas eficazes para solucionar o problema e o cumprimento das metas assumidas. Cada localidade tem características únicas, por isso, para que os programas de redução de GEE sejam eficientes, essas especificidades precisam ser consideradas quando da elaboração da política pública.

Belo Horizonte é uma cidade plural e dotada de base normativa apta ao enfrentamento das mudanças climáticas, mas algumas regiões ainda continuam vulneráveis e é necessário que a política municipal seja adequada para tratar de tais especificidades, uma vez que o prazo de cumprimento das medidas municipais expostas neste texto expirou, sem que qualquer reformulação fosse proposta. Outrossim, os direitos ambientais precisam ter o tratamento de direitos humanos, pois sem a preservação ambiental, a vida humana não será mais viável no planeta Terra.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Alex; TOLENDATO, Vagner. Aumento de ondas de calor, de inundações e de transmissão de doenças motiva criação de plano de emergência climática em BH. **G1**, 20 nov. 22. Minas Gerais. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2022/11/30/meio-ambiente-prefeitura-de-bh-lanca-plano-local-de-acao-climatica.ghtml>. Acesso em: 15. fev. 2024.

AZEVEDO, Virgílio. Klaus Bosselmann: “Um clima estável deveria ter o mesmo reconhecimento jurídico internacional que os direitos humanos”. **Expresso**. 9 dez. 2020. Disponível em: <https://expresso.pt/sociedade/2020-12-09-Klaus-Bosselmann-Um-clima-estavel-deveria-ter-o-mesmo-reconhecimento-juridico-internacional-que-os-direitos-humanos>. Acesso em: 11 fev. 2024.

BELO HORIZONTE, Prefeitura de Belo Horizonte. **Comitê de Mudanças Climáticas**. 09 jan. 2018. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/meio-ambiente/comite-de-mudancas-climaticas>. Acesso em 15 fev. 2024.

BELO HORIZONTE. **Lei nº. 10.175, de 6 de maio de 2011**. Institui a Política Municipal de Mitigação dos Efeitos da Mudança Climática. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/2011/1018/10175/lei-ordinaria-n-10175-2011-institui-a-politica-municipal-de-mitigacao-dos-efeitos-da-mudanca-climatica>. Acesso em: 15 fev. 2024.

BELO HORIZONTE. Prefeitura de Belo Horizonte. **Belo Horizonte avança na mitigação dos efeitos das mudanças climáticas**. 02 dez. 2021. Disponível em: <https://prefeitura.pbh.gov.br/noticias/belo-horizonte-avanca-na-mitigacao-dos-efeitos-das-mudancas-climaticas>. Acesso em: 16 fev. 2024.

BOSELDMANN, Klaus. Direitos humanos, ambiente e sustentabilidade. **RevCEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**, n. 21, v. 11, p. 9-38, nov., 2008. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/8821/3/1.pdf?ln=pt-pt>. Acesso em: 11 fev. 2024.

BRASIL Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima - IPCC**, 10 ago. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/cgcl/paginas/painel-intergovernamental-sobre-mudanca-do-clima-ipcc>. Acesso em: 13 fev. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 99.280, de 06 de junho de 1990**. Promulgação da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99280.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99280.htm). Acesso em: 28 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2001.

BRASIL. **Lei nº 12.144, de 09 de dezembro de 2009.** Cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, altera os arts. 6º e 50 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2009a.

BRASIL. **Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.** Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2009b.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Acordo de Paris, s.d. Clima.** Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris.html>. Acesso em: 14 fev. 2024a.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Conferência das Partes, s.d. Clima.** Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/conferencia-das-partes.html>. Acesso em: 12 fev. 2024b.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Política Nacional sobre Mudança do Clima, s.d. Clima.** Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas.html>. Acesso em: 28 de jan. 2024a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF: 708.** Ementa: Direito constitucional ambiental. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Fundo Clima. Não destinação dos recursos voltados à mitigação das mudanças climáticas. Inconstitucionalidade. Violação a compromissos internacionais. Relator: Roberto Barroso. Data de Julgamento: 04/07/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 27-09-2022 PUBLIC 28-09-2022). Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20708%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20708%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 11 jun. 2024.

FERRI, Giovani. A evolução e implementação dos ODS 13 (ações contra a mudança climática global do clima) e o papel do Ministério Público. In: GAIO, Alexandre (Org.) **A política nacional de mudanças climáticas em ação: a atuação do Ministério Público.** 1.ed. Belo Horizonte: Abrampa, 2021. p. 51-72.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Cidades e Estados.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg/belo-horizonte.html>. Acesso em: 11 fev. 2024.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional: Curso de Direitos Fundamentais.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

MATTEUCCI, Mayra Portela Silva; CANÇADO, Maria Luiza Naves; SILVA, Fátima Maria Moraes. Afinal, o que são as mudanças climáticas? **UNICEF**. 2022. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historias/afinal-o-que-sao-mudancas-climaticas>. Acesso em: 10 fev. 2024.

MINAS GERAIS, **Decreto nº 46.818, de 12 de agosto de 2015**. Cria o Comitê Político do Plano de Energia e Mudanças Climáticas de Minas Gerais. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/DEC/46818/2015/?cons=1>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MINAS GERAIS. **Constituição (1989)**. Constituição do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, MG. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Disponível em: [https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/48648/1/CE%20Atualizada%202023-05-32%C2%AAed-Maio\\_A.pdf](https://dspace.almg.gov.br/bitstream/11037/48648/1/CE%20Atualizada%202023-05-32%C2%AAed-Maio_A.pdf). Acesso em: 30 jan. 2024

MINAS GERAIS. **Decreto nº 44.042, de 9 de junho de 2005**. Institui o Fórum Mineiro de Mudanças Climáticas. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/DEC/44042/2005/?cons=1>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 45.229, de 03 de dezembro de 2009**. Regulamenta medidas do Poder Público do Estado de Minas Gerais referentes ao combate às mudanças climáticas e gestão de emissões de gases de efeito estufa e dá outras providências. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/DEC/45229/2009/?cons=1>. Acesso em: 29 jan. 2024.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 48.292, de 28 de outubro de 2021**. Institui o Fórum Mineiro de Energia e Mudanças Climáticas. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/DEC/48292/2021/>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MINAS GERAIS. **Instituto Estadual de Florestas**. Bolsa Verde, s.d. Disponível em: <http://www.ief.mg.gov.br/bolsa-verde#conteudo>. Acesso em: 01 jun. 2024.

MORAES, Elaine. Lei Florestal ajusta a ordem jurídica à realidade do campo. **ALMG**. 13 fev. 2014. Disponível em: [https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2014/02/10\\_materia\\_especial\\_lei\\_florestal.html](https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2014/02/10_materia_especial_lei_florestal.html). Acesso em: 02 jun. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, 1972**. Disponível em: [https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros\\_de\\_apoio/cao\\_direitos\\_humanos/direitos\\_humanos/meio\\_ambiente/decEstocolmo.htm](https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_direitos_humanos/direitos_humanos/meio_ambiente/decEstocolmo.htm). Acesso em: 12 jan. 2024.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA, Ana Carolina *et al.* Belo Horizonte: vulnerabilidades e desafios no enfrentamento dos efeitos das mudanças climáticas. **Boletim de Conjuntura (Boca)**, Boa Vista, ano V, vol. 15, n. 43, 2023. Disponível em: <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/view/1661>. Acesso em: 15 fev. 2024.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 7. ed. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

UN Environment Programme. **Cities and climate change**, s.d. Disponível em: <https://www.unep.org/explore-topics/resource-efficiency/what-we-do/cities/cities-and-climate-change>. Acesso em: 14 abr. 2024.

UN. Generating power, s.d. Disponível em: <https://www.un.org/en/climatechange/climate-solutions/cities-pollution#:~:text=According%20to%20UN%20Habitat%2C%20cities,cent%20of%20greenhouse%20gas%20emissions.&text=An%20added%20challenge%20is%20the,cities%20in%20Asia%20and%20Africa>. Acesso em: 14. abr. 2024a.

UN. Myth Busters, s.d. Disponível em: <https://www.un.org/en/climatechange/science/mythbusters>. Acesso em: 14. abr. 2024b.



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







.....

# PROCESSOS ESTRUTURAIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA NAS CORTES CONSTITUCIONAIS AMERICANAS

.....

*STRUCTURAL PROCESSES AND THE PROTECTION  
OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A COMPARATIVE  
ANALYSIS IN AMERICAN CONSTITUTIONAL COURTS*

Felipe Viégas<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Metodologia e problema de pesquisa. 2. A origem da *structural injunctions* na América do Norte. 3. A evolução das reformas estruturais na América do Sul. 4. O estado de coisas inconstitucional – ECI: Da concepção colombiana à importação brasileira. 5. A aplicação das *structural injunctions* e do ECI no Brasil: desafios e perspectivas. 6. A contribuição do STF na consolidação dos processos estruturais no Brasil. 7. Impactos das reformas estruturais no sistema jurídico brasileiro e na proteção dos direitos fundamentais. 8. Perspectivas futuras para os processos estruturais no Brasil. Conclusão. Referências.

---

1 - Advogado da União na AGU, mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, especialista em Direito Constitucional, Administrativo e Tributário pela Escola de Magistratura de Pernambuco - Esmape, membro do Tribunal de Prerrogativas da OAB-DF, professor e autor de obras jurídicas. E-mail: felipeviegas@outlook.com. ORCID ID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-5960-7312>.



**RESUMO:** Este artigo propõe analisar a evolução histórica dos processos estruturais nas principais cortes constitucionais do continente americano, com ênfase nos desafios e perspectivas para a consolidação desses processos no Brasil. A pesquisa aborda a origem das *structural injunctions*, nos EUA, e seu desenvolvimento em outras jurisdições americanas, passando por países como Argentina, Colômbia, Peru e Canadá. O estudo investiga, ainda, a aplicação do conceito de “estado de coisas inconstitucional” no Brasil, com atenção especial à atuação do Supremo Tribunal Federal na implementação de reformas estruturais e na proteção dos direitos fundamentais. A metodologia baseia-se na análise comparativa de jurisprudência e doutrina, com o objetivo de compreender as particularidades de cada sistema jurídico e as influências externas que moldaram a prática brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo estrutural. Cortes constitucionais. Direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** *This article examines the historical evolution of structural processes in major constitutional courts across the American continent, focusing on the challenges and prospects for consolidating these processes in Brazil. The research covers the origin of structural injunctions in the U.S. and their development in other American jurisdictions, such as Argentina, Colombia, Peru, and Canada. The article further investigates the application of the Unconstitutional State of Affairs concept in Brazil, with particular attention to the role of the Supreme Federal Court in implementing structural reforms and protecting fundamental rights. The methodology is based on a comparative analysis of jurisprudence and doctrine, seeking to understand the particularities of each legal system and the external influences that shaped Brazilian practice.*

**KEYWORDS:** *Structural process. Constitutional courts. Fundamental rights.*

## INTRODUÇÃO

O uso dos processos estruturais, também conhecidos nos Estados Unidos como *structural processes*, surgiu como uma resposta à incapacidade das formas tradicionais de litígios para resolver questões institucionais complexas e crônicas. Esses processos visam não apenas à solução de casos específicos, mas à implementação de reformas abrangentes e sustentáveis em políticas públicas ou instituições que envolvem múltiplas partes e interesses diversos (Fiss, 1979). Em vez de focar em decisões de caráter imediato, os processos estruturais buscam mudanças duradouras no funcionamento de sistemas públicos, com ênfase em garantir a efetividade dos direitos fundamentais e a resolução de problemas sistêmicos (Chemerinsky, 2014).

O desenvolvimento dos processos estruturais pode ser entendido a partir de uma análise histórica e comparativa entre diferentes sistemas jurídicos, com destaque para a experiência norte-americana e as adaptações ocorridas na América Latina, especialmente na Colômbia e no Brasil. Nos Estados Unidos, os processos estruturais evoluíram como um instrumento de reforma institucional, inicialmente voltado para questões relacionadas à segregação racial, estendendo-se posteriormente a outras áreas, como o sistema prisional e os direitos das minorias.

No contexto latino-americano, a ideia de intervenção judicial estrutural ganhou relevância a partir do conceito de “estado de coisas inconstitucional” (ECI) – criado pela Corte Constitucional Colombiana na década de 1990 e adotado pelo STF em 2015 para tratar da crise no sistema prisional brasileiro (Campos, 2016). Desde então, o Brasil tem experimentado a aplicação de ordens judiciais que buscam reformar setores específicos da administração pública, por meio de medidas que vão além da reparação individual e exigem mudanças estruturais para corrigir falhas persistentes.

Neste artigo, objetiva-se explorar a evolução histórica dos processos estruturais, desde suas origens nos Estados Unidos até sua adaptação e implementação em outros países do continente americano, com foco no Brasil. A análise se concentrará em três eixos principais: (i) a origem e o desenvolvimento dos processos estruturais nos EUA; (ii) a influência das experiências latino-americanas na consolidação dessas práticas no Brasil; e (iii) os desafios e as perspectivas futuras para a utilização desses instrumentos na proteção dos direitos fundamentais (Campos, 2016).

### 1. METODOLOGIA E ABORDAGEM CIENTÍFICA DO ESTUDO

A investigação em voga adota uma abordagem qualitativa com base em métodos histórico-comparativos e análises jurídico-doutrinárias, para investigar os processos estruturais nas cortes constitucionais americanas e seu impacto no sistema jurídico brasileiro (Didier Jr., 2020). A escolha dessa metodologia justifica-se pela necessidade de compreender a evolução dos processos estruturais em diferentes contextos, identificando os fatores que influenciaram sua adoção e aplicação em situações concretas.

O estudo parte da análise de casos paradigmáticos, os quais abrangem desde a origem das *structural injunctions* nos Estados Unidos até a adoção do conceito de estado de coisas inconstitucional – ECI pela Corte Constitucional Colombiana e sua posterior adaptação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil. O ponto de partida da análise é a evolução das *structural in-*

*junctions* nos Estados Unidos, que surge como uma ferramenta de intervenção judicial destinada a lidar com problemas sistêmicos, iniciando com casos como *Brown v. Board of Education* (Fiss, 1979).

Esse contexto histórico é essencial para entender a transformação do papel do Judiciário, de mero aplicador da lei para um agente ativo de reformas institucionais. A partir desse marco, o estudo busca traçar paralelos entre as experiências norte-americanas e latino-americanas, evidenciando como as práticas adotadas nos Estados Unidos foram adaptadas e reinterpretadas em países como a Colômbia e o Brasil, especialmente em questões relacionadas à proteção de direitos fundamentais (Violin, 2019).

O problema central que orienta a pesquisa em deslinde é a necessidade de investigar como os processos estruturais foram implementados nas cortes constitucionais americanas e quais os impactos dessas práticas no Brasil. A hipótese principal é que, embora os processos estruturais sejam eficazes na proteção dos direitos fundamentais, a sua implementação no Brasil ainda enfrenta desafios relevantes, sobretudo em termos de resistência política, coordenação interinstitucional e dificuldades práticas de execução.

Para abordar essas questões, o estudo adota uma análise comparativa de jurisprudência, considerando decisões de diferentes países, com o objetivo de identificar padrões de atuação judicial e as dificuldades comuns enfrentadas na implementação das ordens estruturais. Nessa seara, o artigo também busca atingir objetivos específicos, como: analisar a origem e o desenvolvimento das *structural injunctions* nos Estados Unidos, destacando os principais casos que moldaram essa prática; investigar o surgimento do conceito de estado de coisas Inconstitucional na Colômbia e sua aplicação no Brasil; avaliar os desafios enfrentados na implementação de processos estruturais, em especial no contexto brasileiro; e examinar o papel do STF na consolidação desses mecanismos como instrumentos para a efetividade dos direitos fundamentais.

A revisão de literatura e a análise dos principais doutrinadores, como Owen Fiss, César Rodríguez Garavito e Fredie Didier Jr., fornecem uma base teórica robusta para a compreensão dos processos estruturais e suas implicações. Ao integrar aspectos históricos, comparativos e doutrinários, o estudo busca não apenas mapear as origens e evoluções dessas práticas, mas também identificar os limites e as possibilidades de sua aplicação no Brasil. Ademais, a escolha de uma abordagem qualitativa é justificada pela complexidade do tema, que exige uma compreensão aprofundada das interações entre o direito, a política e as instituições, bem como a análise de casos emblemáticos que revelam a dinâmica e os desafios inerentes aos processos estruturais.

A análise comparativa permite identificar como diferentes jurisdições lidam com problemas sistêmicos similares, fornecendo lições valiosas para o aprimoramento da prática no Brasil. Os casos estudados incluem decisões marcantes, como *Mendoza* na Argentina e ADPF 347 no Brasil (STF, 2015), que ilustram a adaptação e o uso dos processos estruturais em contextos diversos. Além disso, a pesquisa busca entender a troca de experiências entre as cortes latino-americanas, especialmente a influência da jurisprudência colombiana na prática brasileira.

A hipótese é testada a partir da análise de situações concretas em que o STF adotou uma postura ativa, utilizando-se do conceito de ECI para lidar com crises como a do sistema prisional e do meio ambiente. Dessa forma, a pesquisa investiga se as ordens estruturais emitidas foram ca-

pazes de produzir mudanças reais e duradouras, e quais obstáculos se interpuseram na efetivação das decisões. Essa análise é complementada por uma reflexão crítica sobre o papel do Judiciário em uma democracia e sobre os riscos de uma possível hipertrofia de poderes quando o Judiciário adentra áreas tradicionalmente reservadas ao Executivo e ao Legislativo.

Em resumo, a metodologia deste estudo combina uma análise histórica, comparativa e doutrinária para fornecer uma visão abrangente sobre os processos estruturais e suas repercussões no sistema jurídico americano. O objetivo é contribuir para o debate sobre a eficácia dessas ferramentas na promoção da justiça social e na proteção dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que se busca identificar os desafios teóricos e práticos que ainda precisam ser superados para que o Brasil possa consolidar um modelo eficiente de intervenção judicial estrutural.

## 2. A ORIGEM DA *STRUCTURAL INJUNCTION* NA AMÉRICA DO NORTE

Nos Estados Unidos, o conceito de *structural injunction* surgiu como uma forma de intervenção judicial destinada a lidar com questões complexas que requerem reformas institucionais significativas. A primeira aplicação amplamente reconhecida ocorreu no caso *Brown v. Board of Education* (Brown, 1954), em que a Suprema Corte dos EUA declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas. A decisão representou um marco na luta pelos direitos civis, mas revelou-se insuficiente para garantir mudanças concretas na prática. Para efetivar a decisão, a Suprema Corte emitiu medidas adicionais em *Brown II* (Brown II, 1955), exigindo que os Estados adotassem planos específicos para dar fim à segregação racial nas escolas “com toda a celeridade deliberada”.

Esse exemplo inicial foi seguido por outros casos notáveis, como *Holt v. Sarver* (Holt, 1970), que tratou da reforma do sistema prisional do Arkansas, no qual o juiz determinou mudanças abrangentes para garantir condições dignas aos presos. Esses litígios marcaram o início de uma jurisprudência focada não apenas em declarar direitos, mas em assegurar a sua efetivação por meio de ordens judiciais estruturantes.

Além dos direitos civis, as *structural injunctions* passaram a ser aplicadas em casos relativos ao sistema prisional, à reforma educacional e à proteção de minorias linguísticas. Nesse âmbito, a Suprema Corte desempenhou um papel fundamental, ao estabelecer os parâmetros para uma intervenção judicial abrangente, que considere não apenas os aspectos legais, mas também a necessidade de assegurar o cumprimento efetivo das decisões. Um exemplo significativo é o caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* (2003), no Canadá, no qual a questão envolvia o direito das minorias francófonas à educação em sua língua. A decisão judicial foi além de uma simples ordem de reparação ao exigir a implementação contínua de medidas e o acompanhamento judicial para garantir que o direito fosse plenamente respeitado (Rouleau; Sherman, 2009).

## 3. A EVOLUÇÃO DAS REFORMAS ESTRUTURAIS NA AMÉRICA DO SUL

Enquanto os Estados Unidos desenvolviam as *structural injunctions* para resolver questões institucionais complexas, os países da América do Sul também começaram a experimentar intervenções judiciais estruturais. No entanto, ao contrário dos EUA, onde o sistema jurídico permitiu o desenvolvimento dessas técnicas em um contexto de maior estabilidade institucional, na América Latina essas práticas surgiram em resposta a problemas estruturais e sistêmicos que afetavam diretamente os direitos fundamentais.

Nos países latino-americanos, os litígios estruturais se consolidaram em cenários em que os governos enfrentavam crises profundas e a ineficácia administrativa era predominante, o que exigiu soluções que iam além das reparações individuais e se estendiam a reformas institucionais mais amplas. Isso foi particularmente relevante em países como Argentina, Colômbia e Peru, que adotaram abordagens progressistas em litígios estruturais, aproveitando a experiência norte-americana, mas adaptando-a às suas realidades.

Na Argentina, o desenvolvimento das intervenções judiciais estruturais ganhou destaque, principalmente, em questões relativas ao meio ambiente e aos direitos prisionais. O caso *Mendoza* (2008), que tratou da poluição grave no rio *Matanza-Riachuelo*, exemplificou a aplicação dessas práticas no contexto latino-americano. (Campos, 2016). A Suprema Corte Argentina, ao reconhecer a magnitude do problema e a ausência de ações eficazes do governo, determinou um conjunto de medidas estruturais, como a despoluição do rio, a criação de um plano de saneamento e a coordenação entre diferentes níveis de governo. A decisão incluiu a participação ativa da sociedade civil, que foi chamada a monitorar a implementação das medidas.

Outro caso importante foi o *Verbitsky* (2005), que abordou a superlotação e as condições desumanas nas prisões de Buenos Aires. A decisão obrigou o governo a adotar uma série de reformas no sistema prisional, que incluíam a construção de novas instalações, a melhoria das condições de higiene e a proteção dos direitos dos detentos (Courtis, 2005). As decisões nesses casos não apenas resolveram as demandas específicas, mas estabeleceram precedentes importantes para a utilização das *structural injunctions* em litígios que envolvem direitos fundamentais e políticas públicas (Garavito, 2010).

A Colômbia é amplamente reconhecida pela introdução do conceito de estado de coisas inconstitucional, uma abordagem inovadora para lidar com situações de violação sistemática de direitos fundamentais. O conceito foi formalmente adotado pela Corte Constitucional Colombiana em 1997, com a decisão na *Sentencia de Unificación (SU) 559*, que tratou dos direitos previdenciários dos professores (Uprimny; Villegas, 2004). A corte, ao constatar que o problema afetava uma parte significativa da população e era resultado de uma falha estrutural do Estado, decidiu que a solução não poderia ser limitada a reparações individuais, na medida em que exigia uma intervenção judicial abrangente.

O conceito de ECI foi ainda mais desenvolvido na *Sentencia de Tutela (ST) 025* (2004), que abordou a crise humanitária dos deslocados internos devido ao conflito armado. Nessa decisão, a corte determinou que o governo colombiano tomasse medidas estruturais para assegurar os direitos básicos dos deslocados, incluindo moradia, saúde e educação, a partir de uma coordenação complexa entre várias agências governamentais (Landa Arroyo, 2010). A decisão se destacou por sua abrangência e por exigir uma abordagem interinstitucional para resolver um problema sistêmico que afetava milhões de pessoas.

No Peru, o Tribunal Constitucional também adotou medidas estruturais em casos que envolviam a proteção dos direitos humanos e reformas no sistema educacional. No *Expediente n° 2579-2003-HD/TC* (2004), a corte peruana decidiu a favor do acesso à informação pública, reconhecendo que o problema não se limitava a casos individuais, mas exigia a implementação de políticas públicas para garantir esse direito a toda a população. Outro exemplo nesse sentido foi o *Expediente n° 3149-2004-AC/TC* (2005), que tratou dos direitos dos professores e a necessidade

de reformas no sistema educacional. Mais uma vez, a decisão foi além de resolver o caso concreto, determinando a revisão de políticas públicas e a adoção de medidas estruturais para garantir o direito à educação e melhores condições de trabalho para os professores. Esses casos demonstram como a prática das *structural injunctions* se expandiu na América do Sul para lidar com questões relacionadas ao interesse público e a proteção de direitos fundamentais.

No Brasil, a utilização de processos coletivos para resolver litígios com grande impacto social já era uma prática consagrada antes da adoção de medidas estruturais formais. No entanto, o país começou a adotar práticas mais próximas dos litígios estruturais a partir do final da década de 1990, em casos que envolviam direitos ambientais, saúde pública e políticas sociais. A partir de 2015, com o reconhecimento do ECI na ADPF 347 (STF, 2015), o Brasil deu um passo significativo na consolidação dos processos estruturais como uma técnica judicial para enfrentar crises sistêmicas.

O caso da crise das próteses ortopédicas, no Ceará, no qual o Judiciário coordenou uma solução com diferentes esferas do governo para resolver um problema crônico na saúde pública, foi um dos primeiros exemplos da aplicação de técnicas estruturais em litígios judiciais no Brasil. Desde então, o país tem experimentado uma expansão das *structural injunctions* para lidar com problemas complexos e crônicos, como desastres ambientais e a crise prisional, inspirando-se nas experiências internacionais e adaptando-as ao contexto brasileiro.

#### 4. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: DA CONCEPÇÃO COLOMBIANA À IMPORTAÇÃO BRASILEIRA

O conceito “estado de coisas inconstitucional” surgiu como uma resposta inovadora às violações sistemáticas de direitos fundamentais na Colômbia, especialmente em situações em que o governo falhava em garantir condições mínimas de dignidade para uma parte significativa da população (Didier Jr., 2020). A Corte Constitucional Colombiana, a partir dos anos 1990, enfrentava diversos casos nos quais os problemas identificados não se restringiam a litígios isolados, mas indicavam uma falha estrutural do Estado.

O marco inicial para a utilização do ECI foi a decisão na *Sentencia de Unificación (SU) 559* (1997), cujo objeto era a ausência de benefícios previdenciários para professores municipais. A corte declarou que essa situação – que afetava milhares de trabalhadores – configurava uma violação massiva de direitos e, por isso, exigia uma resposta estruturante que fosse além da reparação individual (Violin, 2019).

A aplicação do ECI foi expandida a casos que envolviam a crise dos deslocados internos, como na *Sentencia de Tutela (ST) 025* (2004), em que a corte colombiana reconheceu o problema do deslocamento forçado de milhões de pessoas devido ao conflito armado. Essa decisão exigiu que o governo adotasse medidas estruturais e coordenadas para garantir o acesso a serviços básicos para os deslocados, como moradia, saúde e educação. A abordagem adotada pela corte envolveu uma análise abrangente das causas subjacentes e buscou soluções que pudessem transformar a realidade social de forma sustentável.

Outro exemplo significativo foi o enfrentamento da superlotação carcerária na Colômbia, no qual a Corte Constitucional reconheceu a falência do sistema prisional em garantir condições

mínimas de dignidade. As medidas estruturais determinadas incluíram reformas administrativas, investimentos em infraestrutura e uma reorganização das políticas penais para reduzir o número de presos.

No Brasil, o conceito de ECI foi incorporado formalmente pela jurisprudência do STF na ADPF 347 (STF, 2015), que tratou da crise no sistema prisional. Ao reconhecer as condições desumanas e degradantes nas prisões brasileiras, o STF declarou que essa situação configurava um “estado de coisas inconstitucional”. A decisão marcou um ponto de inflexão na abordagem judicial do Brasil, na medida em que permitiu ao Judiciário ir além das reparações tradicionais e exigir reformas abrangentes e coordenadas (Viégas, 2024). Assim, o reconhecimento do ECI possibilitou ao STF determinar medidas importantes nesse sentido, como a criação de comitês de monitoramento e a adoção de políticas públicas destinadas a melhorar as condições carcerárias. A decisão também influenciou outros litígios estruturais no Brasil, incluindo questões de saúde pública, direitos indígenas e proteção ambiental.

Fato é que, conquanto o reconhecimento do ECI pela jurisprudência do STF tenha representado um avanço significativo na proteção dos direitos fundamentais, a aplicação prática desse conceito enfrenta diversos obstáculos. A resistência das administrações públicas em cumprir as determinações judiciais é um dos principais desafios. Governos estaduais e municipais, muitas vezes, não dispõem dos recursos necessários ou não têm capacidade administrativa para implementar as medidas exigidas. Esse cenário é agravado pela falta de uma cultura de cooperação entre os poderes, o que dificulta a articulação de soluções conjuntas para os problemas estruturais.

Outro desafio relevante é a complexidade inerente aos problemas sistêmicos abordados pelas ordens estruturais. Situações como a crise prisional, a falta de saneamento básico em comunidades vulneráveis e a proteção de direitos ambientais envolvem múltiplos atores e demandam coordenação interinstitucional para que as medidas judiciais sejam efetivamente implementadas. A dificuldade em mobilizar diferentes órgãos e níveis de governo, aliada à burocracia estatal, frequentemente leva à demora na execução das reformas determinadas pelo Judiciário, o que, conseqüentemente, compromete a efetividade das decisões.

Ademais, a aplicação do ECI levanta questões sobre os limites da atuação judicial e o risco de judicialização excessiva das políticas públicas. A emissão de ordens que impõem obrigações positivas ao Executivo e ao Legislativo pode ser vista como uma interferência na separação dos poderes, especialmente quando o Judiciário assume um papel proativo na formulação e implementação de políticas públicas. Alguns críticos argumentam que, ao utilizar o ECI, o STF corre o risco de ultrapassar os limites de sua função constitucional, transformando-se em um “governador de fato” e violando o princípio da separação de poderes.

Por fim, a ausência de mecanismos robustos de monitoramento e avaliação das medidas adotadas representa uma limitação na efetividade das intervenções judiciais. Embora o STF tenha buscado criar comitês de acompanhamento e envolver a sociedade civil na fiscalização, a falta de estrutura para garantir um monitoramento contínuo e sistemático das políticas implementadas pode comprometer o impacto das ordens judiciais. É necessário, portanto, que o sistema jurídico brasileiro aperfeiçoe os mecanismos de governança e controle para assegurar que as reformas estruturais determinadas pelo Judiciário resultem em mudanças reais e sustentáveis.

## 5. A APLICAÇÃO DAS *STRUCTURAL INJUNCTIONS* E DO ECI NO BRASIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Como dito até aqui, a aplicação das *structural injunctions* ganhou maior relevância no Brasil a partir de 2015, com a adoção formal do conceito de ECI pelo STF (Saraiva, 2019). O mecanismo foi amplamente empregado em casos relacionados a direitos coletivos e difusos, especialmente, em situações que exigiam uma atuação capaz de promover mudanças estruturais em políticas públicas e na gestão administrativa, para além da convencional reparação individual.

Um exemplo marcante do uso das *structural injunctions* pode ser observado na atuação judicial após o desastre ambiental de Mariana, em 2015. Nesse contexto, as decisões judiciais não se limitaram à compensação das vítimas, mas também impuseram a implementação obrigatória de políticas preventivas para evitar futuras tragédias, como a adoção de medidas de segurança nas barragens e a criação de mecanismos de monitoramento (Dantas, 2017). As decisões nos casos de Mariana e, posteriormente, de Brumadinho, em 2019, ilustraram a capacidade das *structural injunctions* de atuar como instrumentos para a proteção de direitos ambientais e sociais em larga escala.

No plano da jurisdição constitucional, a ADPF 347 (STF, 2015) representou um marco na jurisprudência brasileira, pois foi a primeira vez que o STF declarou formalmente a existência de um estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema prisional. As condições degradantes, a superlotação e a violência sistemática nas prisões brasileiras levaram a corte brasileira a adotar uma postura mais assertiva, direcionada a uma reforma sistêmica. Nesse sentido, foram determinadas medidas estruturais abrangentes, como a construção de novas unidades prisionais, a revisão das políticas de encarceramento e a implementação de programas de reintegração social para os presos. Além disso, a criação de comitês de monitoramento com a participação de entidades públicas e da sociedade civil foi uma tentativa de garantir a efetividade das ordens judiciais e promover a colaboração entre diferentes atores sociais (Vieira; Bezerra, 2015).

Outro ponto importante reside na constatação de que a aplicação das *structural injunctions* e do ECI no Brasil tem se expandido para outras áreas, como a saúde pública e a proteção dos direitos indígenas. Casos emblemáticos incluem as ações relacionadas à falta de medicamentos de alto custo no Sistema Único de Saúde (SUS) e a defesa dos direitos dos povos indígenas, como na ADPF 709 (STF, 2020), que trata da omissão do governo federal na proteção da saúde e da subsistência das comunidades indígenas durante a pandemia de covid-19. No caso da saúde pública, decisões estruturais obrigaram o governo a adotar medidas para garantir a disponibilidade de medicamentos e tratamentos para doenças raras. As ordens judiciais estabeleceram diretrizes para que os entes federativos implementassem políticas de saúde mais eficazes, com prazos definidos e metas específicas, para assegurar que os direitos dos pacientes fossem respeitados.

Dessarte, a implementação das *structural injunctions* enfrenta vários desafios no Brasil, a começar pela resistência política e administrativa para cumprir as ordens judiciais. A falta de recursos financeiros e a ineficiência governamental são obstáculos comuns que dificultam a execução das medidas estruturais determinadas pelo Judiciário. Além disso, a complexidade dos problemas a serem resolvidos, como a superlotação carcerária e o desmatamento ilegal, exige um nível de coordenação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário que nem sempre é facilmente alcançado.

Outro problema é a questão da legitimidade judicial, uma vez que a intervenção do Judiciário em áreas tradicionalmente reservadas ao Executivo pode ser vista como uma ameaça à separação dos poderes. O papel do Judiciário na formulação e implementação de políticas públicas é alvo de críticas, especialmente quando se alega que os tribunais estão extrapolando suas funções originais de interpretar e aplicar a lei. Alguns argumentam que, ao emitirem ordens estruturais, os tribunais correm o risco de assumir funções típicas do Executivo, o que pode resultar em um “ativismo judicial” exagerado. Apesar dos desafios, o reconhecimento do ECI e do caráter estrutural de processos judiciais são medidas que têm recebido destaque na proteção dos direitos fundamentais no Brasil, sobretudo em situações em que o Executivo e o Legislativo falham em cumprir suas obrigações constitucionais.

Para aumentar a eficácia dessas intervenções, é fundamental fortalecer os mecanismos de governança judicial e promover uma colaboração mais intensa entre os poderes do Estado. A criação de comitês de monitoramento, que contem com a participação ativa da sociedade civil, pode desempenhar um papel importante nesse processo, ajudando a garantir a implementação adequada das decisões judiciais e a responsabilização dos agentes públicos envolvidos.

Nesse contexto, a experiência colombiana com o ECI oferece lições valiosas que podem ser adaptadas ao sistema brasileiro. O intercâmbio contínuo entre os tribunais latino-americanos tem o potencial de estimular o desenvolvimento de estratégias mais eficazes para lidar com as violações sistemáticas dos direitos fundamentais. Além disso, o aprimoramento das metodologias de monitoramento e avaliação das ordens judiciais, com a definição de critérios claros para sua aplicação, é essencial para que as reformas estruturais produzam mudanças significativas e sustentáveis.

## 6. A CONTRIBUIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSOLIDAÇÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL

O Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel crucial na consolidação dos processos estruturais no Brasil, especialmente a partir do uso das *structural injunctions* e do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Nesse âmbito, a atuação do STF é caracterizada por uma postura proativa na defesa dos direitos fundamentais, particularmente em casos de crises sistêmicas, como a crise prisional e as questões ambientais.

A ADPF 347 (STF, 2015), que abordou o colapso do sistema prisional brasileiro, é um exemplo emblemático dessa postura assertiva. A decisão não apenas reconheceu a existência de um ECI, mas também emitiu ordens estruturais para promover uma reforma abrangente do sistema, que envolviam a previsão de investimentos em infraestrutura, mudanças nas políticas penais e uma revisão das práticas de encarceramento (Jobim, 2013). A atuação do STF nessa decisão foi essencial para introduzir uma nova abordagem na jurisprudência brasileira, na qual o Judiciário não apenas declara direitos, mas também garante sua efetivação por meio de medidas práticas.

Além da ADPF 347 (STF, 2015), o STF tem aplicado as *structural injunctions* em outros casos de relevância nacional. Um exemplo é a intervenção no fornecimento de medicamentos de alto custo pelo SUS, em que o tribunal determinou que o governo federal adotasse medidas para garantir o acesso contínuo a medicamentos essenciais. A decisão estabeleceu diretrizes para a implementação de políticas públicas e a criação de mecanismos para monitorar a eficácia das ações governamentais.

Outro caso importante foi a ADPF 709 (STF, 2020), que tratou da omissão do governo federal em proteger os povos indígenas durante a pandemia de covid-19. O STF determinou a adoção de medidas emergenciais para assegurar a saúde e a subsistência das comunidades afetadas, evidenciando a capacidade do tribunal de intervir em crises humanitárias para garantir a proteção dos direitos fundamentais.

Embora o STF tenha desempenhado um papel significativo na consolidação das reformas estruturais no Brasil, ainda há limitações que precisam ser enfrentadas. A efetividade das *structural injunctions* depende de uma implementação prática que, muitas vezes, enfrenta resistência por parte do Executivo e das autoridades locais. A complexidade das ordens estruturais e a necessidade de uma coordenação interinstitucional tornam o processo de implementação mais desafiador, especialmente em um contexto de escassez de recursos e crise política.

Para superar essas limitações, o STF tem buscado adotar uma abordagem colaborativa, promovendo o diálogo entre os diferentes poderes do Estado e a participação ativa da sociedade civil. A criação de comitês de monitoramento e a exigência de relatórios periódicos sobre o cumprimento das ordens judiciais são exemplos de medidas que visam garantir a transparência e a eficácia das reformas.

## 7. IMPACTOS DAS REFORMAS ESTRUTURAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A introdução e consolidação das *structural injunctions* e do conceito “estado de coisas inconstitucional”, no Brasil, provocaram mudanças significativas na forma como o Judiciário aborda litígios complexos e sistêmicos. Tradicionalmente, o Judiciário brasileiro adotava uma postura mais conservadora e limitada, voltada para a resolução de casos individuais com base em reparações específicas. Com a adoção dos processos estruturais, a atuação judicial passou a contemplar medidas mais abrangentes, direcionadas à implementação de políticas públicas e à promoção de reformas institucionais.

Essas mudanças ampliaram o papel do Judiciário, que passou a ser visto não apenas como um órgão de aplicação das leis, mas também como um ator capaz de intervir na formulação e execução de políticas públicas (Violin, 2019). Essa atuação tem gerado debates sobre os limites do poder judicial e a separação de poderes, pois as decisões estruturais, muitas vezes, implicam uma maior interferência em áreas tradicionalmente reservadas ao Executivo e ao Legislativo. No entanto, essas intervenções têm sido justificadas pela necessidade de proteger direitos fundamentais, especialmente em situações de omissão estatal ou de falência de políticas públicas.

As reformas estruturais promovidas pelo Judiciário brasileiro, especialmente pelo STF, têm tido um impacto direto na proteção dos direitos fundamentais. Casos emblemáticos, como a ADPF 347 (STF, 2015), que tratou da crise no sistema prisional, e a ADPF 709 (STF, 2020), que abordou os direitos dos povos indígenas durante a pandemia, demonstram a capacidade dos processos estruturais de produzir efeitos significativos na garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais (Didier Jr. et al., 2020).

Esses litígios estruturais ajudaram a concretizar o direito à saúde, à dignidade e à vida, e mostraram que o Judiciário pode ser um instrumento efetivo na promoção de políticas públi-

cas (FISS, 1979). As decisões que determinam a construção de unidades de saúde, a melhoria de instalações carcerárias ou a distribuição de medicamentos essenciais vão além da simples reparação de danos e exigem uma reestruturação das práticas governamentais. Isso se traduz em uma transformação não apenas jurídica, mas também social e política, na medida em que o Judiciário se torna um agente de mudanças sistêmicas. Em outras palavras, o STF e outros tribunais passaram a adotar uma abordagem que considera a legalidade das ações governamentais e sua eficácia na garantia dos direitos fundamentais. Esse enfoque mais proativo e multidimensional tem incentivado a criação de uma jurisprudência inovadora, que busca equilibrar a aplicação da lei com a promoção da justiça social (Santana, 2024).

Do ponto de vista teórico, a utilização dos processos estruturais tem fomentado debates intensos na doutrina jurídica brasileira. Autores como Fredie Didier Jr., Oscar Vilhena Vieira e outros têm explorado os limites e as potencialidades dessas práticas, contribuindo para o desenvolvimento de uma teoria do processo estrutural que seja adequada ao contexto brasileiro. Esses estudos ressaltam a importância de estabelecer critérios claros para a aplicação das *structural injunctions*, de modo a garantir que as intervenções judiciais sejam justificadas pela necessidade de proteção dos direitos fundamentais e respeitem a separação de poderes.

Além disso, há o problema da falta de monitoramento adequado e contínuo das ordens judiciais, o que pode comprometer a eficácia das reformas. Em alguns casos, as decisões estruturais enfrentam dificuldades para serem implementadas na prática, devido à falta de mecanismos de fiscalização e ao descumprimento por parte das autoridades envolvidas. A criação de comitês de monitoramento, com a participação de representantes da sociedade civil e de entidades públicas, é uma medida que tem se mostrado eficaz para superar esses desafios, ainda que enfrente limitações em sua execução.

Não se pode ignorar, todavia, que o uso crescente das *structural injunctions* e do ECI no Brasil também levanta questões sobre a chamada judicialização das políticas públicas, ou seja, a tendência de transferir para o Judiciário a responsabilidade pela formulação e implementação de políticas governamentais. Essa prática pode ser vista como uma resposta à inércia ou à ineficácia dos outros poderes do Estado, mas também suscita preocupações sobre o equilíbrio entre os poderes.

Para alguns juristas, a judicialização pode representar uma forma de ativismo judicial que compromete a separação de poderes e coloca em risco a segurança jurídica. No entanto, em um contexto de crises estruturais, no qual o Executivo e o Legislativo falham em assegurar os direitos fundamentais, a intervenção do Judiciário não é apenas justificada, mas necessária. Nesse sentido, a judicialização das políticas públicas pode ser entendida como uma expressão legítima da função constitucional do Judiciário de garantir a efetividade dos direitos.

## 8. PERSPECTIVAS FUTURAS PARA OS PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL

As perspectivas para o futuro dos processos estruturais no Brasil envolvem a necessidade de aprimorar as metodologias utilizadas na implementação das ordens judiciais. Isso inclui a criação de mecanismos mais robustos para monitorar e avaliar a execução das decisões e garantir que as *structural injunctions* e as medidas baseadas no ECI sejam cumpridas de forma eficaz (Jobim, 2022). O fortalecimento das parcerias com organizações da sociedade civil, a criação de comitês de acompanhamento e a realização de audiências públicas para discutir a implementação das ordens são estratégias que podem aumentar a transparência e a participação social.

O desenvolvimento de novas formas de governança colaborativa também é essencial. Nesse contexto, o Judiciário pode atuar como facilitador de diálogos entre os diferentes poderes e a sociedade, promovendo soluções conjuntas para os problemas estruturais (Violin, 2019). Essa abordagem colaborativa já tem sido adotada em alguns casos, mas precisa ser expandida para garantir que as reformas estruturais sejam sustentáveis e possam gerar mudanças reais e duradouras.

O Brasil enfrenta uma série de desafios estruturais, como a crise ambiental, o déficit habitacional, a precariedade no sistema de saúde e a superlotação das prisões. Cada uma dessas áreas demanda uma abordagem específica para a aplicação das *structural injunctions* e do ECI, com intervenções adaptadas às particularidades de cada contexto. A capacidade do Judiciário de se adaptar às novas demandas será crucial para a continuidade e a relevância dos processos estruturais como instrumentos de promoção da justiça social.

Para fortalecer os processos estruturais, é importante que o Brasil continue a trocar experiências com outros países que enfrentam desafios semelhantes. A jurisprudência comparada, especialmente com a Colômbia e com os Estados Unidos, oferece importantes lições sobre como lidar com a resistência institucional e garantir a eficácia das medidas estruturais. A cooperação internacional pode contribuir para o desenvolvimento de boas práticas e para a legitimação das reformas promovidas pelo Judiciário. Além disso, o fortalecimento do diálogo entre os poderes é essencial para superar os obstáculos que surgem na implementação das ordens estruturais. O Judiciário deve, portanto, atuar em harmonia com os demais poderes, respeitando a separação de funções e promovendo uma governança colaborativa que envolva todos os atores relevantes.

Adicionalmente, em um contexto de crescente polarização política, a garantia de independência judicial é um desafio constante. A atuação do Judiciário em processos estruturais, por sua própria natureza, envolve decisões que podem ter repercussões políticas significativas. Por isso, é fundamental que os tribunais mantenham sua imparcialidade e atuem de forma transparente, garantindo que suas decisões sejam implementadas com base em critérios técnicos e jurídicos sólidos, e não em pressões políticas. A transparência é essencial para legitimar as decisões estruturais e para assegurar que as medidas implementadas realmente atendam às necessidades da população. A criação de mecanismos de controle social – como a inclusão de organizações da sociedade civil nos comitês de monitoramento e a realização de audiências públicas para discutir a execução das ordens – é uma forma de assegurar a transparência e a responsabilidade das instituições.

## CONCLUSÃO

Os processos estruturais são uma inovação importante para a atuação do Judiciário, especialmente no contexto brasileiro, no enfrentamento ao desafio de proteger os direitos fundamentais e promover a justiça social em situações de crise. Desde sua origem, como resposta a crises sistêmicas nos Estados Unidos, até sua adaptação na América Latina, esses processos demonstraram a capacidade de provocar reformas significativas em instituições e políticas públicas, ultrapassando a reparação de danos individuais e alcançando mudanças abrangentes e duradouras. No Brasil, o uso das *structural injunctions* e do conceito de estado de coisas inconstitucional mostra o potencial transformador dessas ferramentas, mesmo diante de desafios substanciais na implementação (Vieira, 2015).

A análise das experiências nas cortes constitucionais americanas, principalmente nos Estados Unidos e Canadá, revela que os processos estruturais evoluíram como mecanismos de intervenção judicial capazes de lidar com violações sistemáticas de direitos (Campos, 2016). Nos Estados Unidos, a origem das *structural injunctions* remonta a casos históricos, como *Brown v. Board of Education*, no qual o Judiciário assumiu um papel ativo na execução de reformas estruturais para garantir o fim da segregação racial nas escolas. De forma semelhante, no Canadá, com o caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*, a abordagem estrutural foi essencial para assegurar os direitos das minorias linguísticas e o monitoramento contínuo para garantir a implementação efetiva das decisões. Essas experiências mostram que os processos estruturais são fundamentais para lidar com problemas institucionais crônicos e promover a justiça em uma perspectiva coletiva.

No contexto latino-americano, especialmente na Colômbia e no Brasil, o conceito de ECI tem sido utilizado para enfrentar situações de violação massiva de direitos, como as condições degradantes nos sistemas prisionais e a proteção de populações vulneráveis (Garavito, 2010). A importação desse conceito para o Brasil, com a ADPF 347 (STF, 2015), marca uma mudança no papel do Supremo Tribunal Federal, que passa a atuar não apenas como intérprete da Constituição, mas como agente de transformação social. Ao reconhecer o colapso do sistema prisional como um estado de coisas inconstitucional, o STF adotou medidas estruturais para reformar o sistema e garantir os direitos fundamentais dos detentos. Essa atuação destaca a importância de um Judiciário ativo e comprometido com a efetivação dos direitos constitucionais.

A conclusão deste estudo indica que os processos estruturais podem ser uma resposta eficaz aos desafios do sistema jurídico brasileiro, especialmente em cenários de omissão estatal. A experiência das cortes americanas demonstra que, embora o Judiciário possa intervir para garantir a proteção dos direitos, o sucesso dessas intervenções depende de uma abordagem integrada e colaborativa entre os poderes do Estado e a sociedade civil.

A análise comparativa ora realizada revela que, tanto nos Estados Unidos quanto na Colômbia, a efetividade das ordens estruturais está diretamente relacionada ao estabelecimento de mecanismos de monitoramento contínuo, à cooperação interinstitucional e à adaptação das metodologias para lidar com as especificidades dos problemas enfrentados.

Como se infere, a jurisprudência comparada, especialmente as experiências de outras cortes americanas, oferece valiosas lições para o aperfeiçoamento das práticas brasileiras em processos estruturais que tratam, por exemplo, da gestão do meio ambiente (ADPF 743), da saúde indígena (ADPF 709) e do orçamento secreto (ADPF 859). A adaptação das metodologias de monitoramento e avaliação, com a definição de critérios claros para a aplicação das ordens estruturais, é essencial para que o Judiciário consiga atuar de forma mais eficaz e garantir que as reformas implementadas resultem em mudanças reais e sustentáveis.

Assim, o futuro dos processos estruturais no Brasil dependerá de avanços em três frentes principais: o aprimoramento das metodologias de intervenção; o fortalecimento do diálogo com os outros poderes e a sociedade civil; e a promoção de uma governança colaborativa que envolva múltiplos atores. O Judiciário deve continuar a evoluir para responder às novas demandas sociais e emergências estruturais, utilizando as *structural injunctions* e o ECI de forma criteriosa e responsável. Somente por meio dessas medidas será possível garantir que essas ferramentas protejam os

direitos fundamentais e contribuam para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, alinhada aos princípios constitucionais e às expectativas democráticas.

Portanto, a análise comparativa com as cortes americanas e a reflexão sobre os desafios enfrentados no Brasil evidenciam que os processos estruturais podem cumprir um papel crucial na promoção da justiça social e na efetivação dos direitos consagrados na Constituição. Contudo, é imperativo que o Judiciário se adapte continuamente, aprimore suas estratégias e mantenha um equilíbrio cuidadoso entre a intervenção necessária e o respeito à separação de poderes, garantindo, assim, a legitimidade de suas decisões e a transformação positiva da realidade social.

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Verbitsky, Horacio S/ Habeas Corpus, 03 de maio de 2005**. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonomabuenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-0otseupmocsollaf>. Acesso em: 04 ago. 2024.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de La Nación. **Mendoza Beatriz Silvya y Otros C/ Estado Nacional y Otros S/ Daños y Perjuicios (daños Derivados de La Contaminación Ambiental del Río Matanza - Riachuelo nº M. 1569. XL. ORI)**, 2008. Disponível em: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=647639>. Acesso em: 05 ago. 2024.

BERGALLO, Paola. **Mendoza, Riachuelo y la Corte Suprema: hacia una nueva mirada sobre los derechos económicos, sociales y culturales en Argentina**. Buenos Aires: Editora Conocimiento, 2015.

BRASIL. Justiça Federal no Ceará. **Ação Civil Pública nº 0002012.48.2006.4.05.8100**. Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/wp-content/uploads/2010/11/sentencaCirurgiasOrtopedicas.pdf>. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347/DF, 2015**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 04 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 709/DF, 2020**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5952986>. Acesso em: 09 jul. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

CANADÁ. Suprema Corte. **Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)**, [2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62. Julgado em 6 nov. 2003.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: Principles and Policies**. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014.

COURTIS, Christian. **El Caso Verbitsky: la Corte Suprema y los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en Argentina**. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, 2005.

DANTAS, Marcelo. **Educação e direitos linguísticos no Brasil: reflexões a partir do caso Hunsrik**. 2017.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes; 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**, n. 75, p. 11-48, jan./mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital de Arkansas. **Holt v. Sarver**, 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970), 18 de fevereiro de 1970. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/309/362/2096340/>. Acesso em: 22 set. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>. Acesso em: 14 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 349 U.S. 294, 1955. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/349/294/>. Acesso em: 17 jun. 2024.

FISS, Owen M. **The Civil Rights Injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1979.

GARAVITO, César Rodríguez. **Corte Constitucional y el Estado de Coisas Inconstitucional: Innovación judicial y resistencia institucional en Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

JOBIM, Nelson. **Decisões estruturantes e o controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

JOBIM, Marco Félix; ALFF, Hannah Pereira. The Structural Procedure and the Right to Education in Minority Languages: Compared Analysis of the Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education) Case in Canada and the Hunsrik in Brazil. **Revista Brasileira de Direito e Justiça / Brazilian Journal of Law and Justice**, v. 6, p. 10-25, jan./dez. 2022. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/direito>. Acesso em: 25 ago. 2024.

LANDA ARROYO, César. **El Tribunal Constitucional del Perú y los Derechos Fundamentales**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

PERU. Tribunal Constitucional. **Processo nº 02579-2003-H/TC, 2004**. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02579-2003-HD.html>. Acesso em: 12 ago. 2024.

PERU. Tribunal Constitucional. **Processo nº 03426-2008-PHC/TC, 2010**. Disponível em: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html>. Acesso em: 13 ago. 2024.

PERU. Tribunal Constitucional. **Processo n° 03149-2004-AC/TC, 2005**. Disponível em: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03149-2004-AC.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2024.

ROULEAU, Paul S.; SHERMAN, Linsey E. **Judicial Remedies for Minority Language Education Rights: The Doucet-Boudreau Case**. 2009.

SANTANA, Felipe Viegas. Processos estruturais no Brasil: a atuação do Poder Judiciário na tomada de decisões em litígios policêntricos. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 96, n.1, 2024.

SARAIVA, Paulo. **Ação Civil Pública e Desastres Ambientais: O caso de Mariana e Brumadinho**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

UPRIMNY, Rodrigo; VILLEGAS, Isabel Cristina Jaramillo. **Justicia Constitucional y Protección de Derechos en Colombia: Análisis de Impacto de la Corte Constitucional**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BEZERRA, Marcelo Torelly. **A Judicialização da Política e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

VIEGAS, Felipe. **Entre o remédio e o veneno: é preciso impor limites aos processos estruturais**. Consultor Jurídico, 18 set. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-set-18/entre-o-remedio-e-o-veneno-e-preciso-impor-limites-aos-processos-estruturais/>. Acesso em: 17 out. 2024

VIOLIN, Juliano. **A Evolução das Injunções Estruturais no Sistema Jurídico Norte-Americano**. Curitiba: Editora Juruá, 2019.



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



.....

# A LUTA POR JUSTIFICAÇÃO DO MOVIMENTO LGBTQIA + NAS CORTES CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DO CASO 303 CREATIVE LLC V. ELENIS E OUTROS PRECEDENTES<sup>1</sup>

.....

*THE STRUGGLE FOR JUSTIFICATION OF THE LGBTQIA+  
MOVEMENT IN CONSTITUTIONAL COURTS: AN ANALYSIS OF  
THE CASE 303 CREATIVE LLC V. ELENIS AND OTHER CASES*

Daniel Piñeiro Rodriguez<sup>2</sup>  
Plínio Gevezier Podolan<sup>3</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O Caso 303 *Creative Llc Et. Al. V. Elenis* (sob as lentes do J. Neil Gorsuch). 2. O voto dissidente da J. Sonia Sotomayor e outros casos. 3. A injusta dominação do passado reclama espaço no presente: a luta constante por justificação da comunidade LGBTQIA +. Considerações finais. Referências.

---

1 - O presente trabalho é fruto de substanciais contribuições inéditas feitas pelo coautor à produção originalmente publicada em “Caderno UNDB – Estudos Jurídicos Interdisciplinares” (Rodriguez, 2024).

2 - Doutorando e Mestre em Direito pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Foi doutorando visitante na *Goethe Universität Frankfurt* durante o semestre de inverno de 2023, = momento em que teve a oportunidade de frequentar o Colóquio de Teoria Política liderado pelo Prof. Dr. Rainer Forst. Além disso, atua como Procurador Federal (PGF/AGU). E-mail: pineiro.rodriguez@gmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5981-7718>.

3 - Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Professor da Escola da Magistratura do Trabalho da 23ª Região. Juiz do Trabalho. E-mail: pliniopodolan@gmail.com ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3509-5401>.



**RESUMO:** O presente artigo analisa as razões lançadas no caso *303 Creative LLC v. Elenis*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu, por maioria, que a lei antidiscriminatória do Estado do Colorado, quando aplicada para proteger casais homossexuais frente à discriminação na oferta de serviços de *web design*, ofende a liberdade de expressão. A análise do precedente realiza o cotejamento dos argumentos utilizados tanto nos votos majoritários quanto nos votos dissidentes, adotando-se, para tanto, uma metodologia analítica, comparando-o com outras decisões de Cortes Constitucionais. Ao final, à luz da teoria de justiça como não dominação, de Rainer Forst, adota-se uma postura crítica, na qual se salienta que a importância dos procedimentos institucionalizados de justificação para a proteção do Estado Democrático de Direito, face ao avanço de forças regressivas do ponto de vista moral.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito da antidiscriminação. LGBTQIA +. Luta por justificação. Jurisdição Constitucional. Teoria da Justiça.

**ABSTRACT:** *The present article analyzes the reasons presented in the case 303 Creative LLC v. Elenis, in which the United States Supreme Court, by majority, found that the anti-discrimination law of the State of Colorado, when applied to protect same-sex couples from discrimination in the provision of web design services, infringes on freedom of expression. The analysis of the precedent involves a comparison of the arguments used both in the majority and dissenting opinions, adopting an analytical methodology for this purpose, and comparing it with other decisions of Constitutional Courts. Finally, in light of Rainer Forst's theory of justice as non-domination, a critical stance is adopted, highlighting the importance of institutionalized justification procedures for the protection of the Democratic State, in the face of the advance of morally regressive forces.*

**KEYWORDS:** *Anti-discrimination law. LGBTQIA+. Struggle for justification. Constitutional Jurisdiction. Theory of Justice.*

## INTRODUÇÃO

“*What a difference five years makes*”. Essa é a única conclusão compartilhada entre os juízes constitucionais da Suprema Corte dos Estados Unidos em um dos julgamentos mais polêmicos dos últimos anos – e cujo desfecho entrou para o rol dos grandes equívocos históricos do Tribunal Constitucional mais influente do mundo. Por maioria, o colegiado entendeu que a lei antidiscriminatória do Estado do Colorado, quando aplicada para proteger casais homossexuais frente à discriminação na oferta de serviços de *web design*, viola a liberdade de expressão.

A frase que abre esse breve comentário foi inicialmente proferida pela Juíza Sonia Sotomayor, cujo voto dissidente faz alusão ao caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm’n* (2018). Naquela oportunidade, a Corte analisou se a confeitaria *Masterpiece Cakeshop*, em Lakewood, no Estado do Colorado, poderia recusar-se a vender bolos de casamentos a casais homossexuais, tendo em vista que Jack Phillips, proprietário e confeitoiro do estabelecimento há mais de 20 anos, ostentava convicções religiosas contrárias a uniões de pessoas do mesmo sexo. Muito embora o julgamento tenha sido desfavorável ao casal Charlie e David, o voto do J. Kennedy limitou os efeitos da decisão à repercussão *inter partes*, pois o caso constituiria uma situação excepcional; convicções de ordem religiosa, afirmou a Corte, não permitiriam reconhecer uma regra geral que autorizasse proprietários de negócios e outros atores da economia e da sociedade a negar acesso igualitário a bens e serviços (Estados Unidos da América, 2018). Haveria, isso sim, uma vedação geral à apresentação de objeções filosóficas e religiosas ao casamento gay, quando o intuito fosse restringir o acesso igualitário de grupos sociais legalmente protegidos.

Cinco anos depois, porém, não foi esse o entendimento firmado pelo mesmo Tribunal, no peculiar caso *303 Creative LLC v. Elenis*. Na realidade, a Corte fez o oposto: pela primeira vez na história, garantiu que estabelecimentos privados com atendimento ao público tenham o direito constitucional de recusar atendimento, em razão de crenças religiosas, a membros de uma determinada classe, ainda que esta seja protegida por lei (Estados Unidos da América, 2023). Assim, para evitar que os fundamentos de justificação utilizados no voto do Juiz Neil Gorsuch, que formou maioria, toquem as margens do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, mostra-se necessário analisá-los à luz das razões apresentadas por Sotomayor. Será feita, portanto, uma análise crítica do precedente, adotando-se como marco teórico a abordagem político-filosófica de Rainer Forst, a qual permitirá apresentar breves considerações finais sobre os perigos da regressão moral nas Cortes Constitucionais.

### 1. O CASO 303 CREATIVE LLC ET. AL. V. ELENIS (SOB AS LENTES DO J. NEIL GORSUCH)

Antes de iniciar atividades empresariais em um novo ramo comercial – a confecção de *websites* de casamentos –, Lori Smith decidiu precaver-se de possíveis interferências estatais em sua liberdade de expressão, e isso em função de uma legislação específica: a *Colorado Anti-Discrimination Act (CADA)*. Nesse novo ofício, a sra. Smith receava que o Estado do Colorado pudesse obrigá-la a criar “*uma expressão na qual ela não acredita*” (Estados Unidos da América, p.2). É que a sra. Smith não poderia suportar ser compelida a criar sites para casamentos que ela não apoia, em virtude de suas convicções religiosas: de acordo com a sua visão de mundo, o casamento deve ser reservado apenas à união entre um homem e uma mulher.

Uma alteração na lei do Estado do Colorado expandiu o rol previsto pela Lei Federal dos Direitos Civis de 1964 (*Civil Rights Act of 1964*), que proíbe a discriminação em estabelecimentos públicos e privados, com base em raça, cor, religião, ou origem nacional. Assim, da mesma forma que a maioria dos entes federados dos Estados Unidos – à exceção de cinco deles – a *Colorado Anti-Discrimination Act (CADA)* também passou a proibir a discriminação com base em critérios de idade, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

Submetida a questão à apreciação da Suprema Corte dos Estados Unidos, o Juiz Gorsuch salientou em seu voto que a Sra. Smith não teria problemas em oferecer serviços de *website* e *design* gráfico a todos os clientes, independentemente de raça, credo, sexo ou orientação sexual. Entretanto, ela jamais criou expressões que contradigam suas próprias opiniões – a exemplo de produções que incentivem a violência, diminuam outra pessoa ou desafiem suas crenças religiosas (Estados Unidos da América, I, A, p. 2). Assim, invocando o direito fundamental à liberdade de expressão, assegurado pela I Emenda da Constituição dos Estados Unidos, Lori Smith postulou à justiça o direito de não ser compelida a “dizer algo que ela não acredita”.

A forma como o caso de Lori Smith foi levado à Corte chama atenção, em especial pelo esforço em circunscrever sua nova atividade – rememore-se: empresarial – em um âmbito de criação bastante íntimo. Tal como descrito nos autos, todos os textos e imagens dos seus *websites* seriam “criações originais”, “de natureza expressiva”, e seriam produzidos consoante à visão que ela e sua empresa, a *303 Creative*, têm sobre a celebração do matrimônio. Além disso, toda e qualquer pessoa que acessasse esse material saberia que “o *website* é um trabalho de arte original da Sra. Smith e da *303 Creative*” (Estados Unidos da América, 2023, p. 5).

Após rememorar a apresentação do caso, o J. Gorsuch conclui que a sra. Lori Smith planejava desenvolver uma atividade “puramente discursiva” – “*pure speech*” –, fruto de sua liberdade de expressão e, portanto, de fato protegida pela I Emenda. Nessa linha de raciocínio, J. G invocou diversos precedentes nos quais se compreende ter sido corretamente assegurado esse direito, inclusive o histórico precedente *Boy Scouts of America v. Dal* (Estados Unidos da América, 2000).

James Dale era praticante do escotismo desde 1978 – à época contando com oito anos de idade – e permaneceu vinculado ao grupo até os dezoito anos, sendo novamente admitido em 1989, já como membro adulto. Entretanto, em julho de 1990, após um jornal local veicular a informação de que Dale estava como copresidente de uma Aliança Gay/Lésbica, sua filiação ao grupo de escoteiros foi sumariamente revogada. À semelhança do caso de Lori Smith, Dale argumentou que a lei de acomodações públicas de Nova Jersey respaldaria o seu reingresso ao clube. Entretanto, revertendo a decisão da Corte de Nova Jersey, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o grupo de escoteiros, por não constituir um espaço público, mas sim particular, não poderia ser obrigado a manter associados que não compartilhassem os mesmos valores da associação – e o grupo era contrário a “práticas” homossexuais. À época, a Corte considerou os escoteiros “uma associação expressiva”, o que, portanto, atrairia a incidência da I Emenda, que também “protege o direito de um indivíduo de expressar sua opinião, independentemente de o governo considerar seu discurso sensato e bem-intencionado ou profundamente ‘equivocado’” (Estados Unidos da América, 2023, p. 8).

Foi também esse o entendimento majoritário firmado no caso *303 Creative v. Elenis*: seria preciso fazer valer a máxima que impede os Estados de interferirem no “livre mercado das ideias”,

pois, “de tempos em tempos”, afirmou J. Gorsuch, “governos neste país têm buscado testar esses princípios fundamentais” (Estados Unidos da América, 2023, II, p. 7). E avança:

Assim como a Sra. Smith busca se envolver em discurso protegido pela Primeira Emenda, o Colorado busca obrigá-la a fornecer um discurso que ela não deseja expressar. Como observou o Décimo Circuito, se a Sra. Smith oferece *sites* de casamento celebrando casamentos que ela aprova, o Estado pretende “forçá-la a criar sites personalizados” celebrando outros casamentos que ela não aprova [...]. O Colorado busca obrigar esse discurso a fim de “eliminar certas ideias ou pontos de vista do diálogo público” (Estados Unidos da América, 2023, p. 10-11).

J. Gorsuch afirmou que um entendimento diverso implicaria reconhecer legitimidade ao Estado para “forçar todo tipo de artistas, redatores de discursos e outros cujos serviços envolvem discurso a expressar o que não acreditam sob pena de sanção”; permitiria aos governantes exigirem que um diretor de cinema muçulmano produzisse um filme com mensagens sionistas; ou, ainda, permitiria impor a um designer de *sites*, casado com outro homem, o dever de criar *sites* para uma organização que apoiasse publicamente a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo (Estados Unidos da América, 2023, p. 7).

Ao abordar o caso *Masterpiece Cakeshop*, julgado cinco anos atrás, J. Gorsuch registrou que, de fato, os Estados *podem* “proteger pessoas gays, assim como [...] podem proteger outras classes de indivíduos, na aquisição de quaisquer produtos e serviços que escolham, nas mesmas condições oferecidas a outros membros do público”. Entretanto, haveria que se proteger, também, as “vozes” isoladas, como a de Lori Smith, pois um Estado não poderia “cooptar a voz de um indivíduo para seus próprios propósitos” (Estados Unidos da América, 2023, p. 15).

J. Gorsuch sustentou ser difícil acreditar que estivesse analisando o mesmo caso que a J. Sotomayor, concordando em apenas um ponto: “quanta diferença o tempo pode fazer”. Essa frase, no entanto, serve para revisitar precedentes que, na sua visão, demarcavam corretamente um compromisso irrestrito da Corte com a liberdade de expressão, invocando inclusive o caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* (1977), no qual o Tribunal protegeu o direito de nazistas marcharem por uma cidade onde viviam muitos sobreviventes do Holocausto. Por fim, Gorsuch lamentou o entendimento da divergência: em sua visão, ela representaria “uma tendência infeliz de alguns em defender os valores da Primeira Emenda apenas quando consideram a mensagem do orador simpática”. E acrescentou: “se liberdade significa algo, significa o direito de dizer às pessoas o que elas não querem ouvir” (Estados Unidos da América, 2023, p. 25).

A partir da leitura do voto que angariou maioria no Tribunal, a pergunta central a ser respondida na resolução do caso seria a seguinte: o Estado pode forçar alguém a abandonar sua consciência e oferecer serviços que expressam não a sua própria mensagem, mas a “mensagem preferida do Estado (Estados Unidos da América, 2023, p. 25)? Antes de fazer avançar a análise acerca do voto dissidente, porém, é preciso questionar esta indagação: por que o voto do J. Gorsuch centrou sua análise integralmente na pessoa da sra. Lori Smith, e não na sua empresa, a *303 Creative LLC*?

Para Eduardo Gill-Pedro(2023), Professor da *Lund University*, na Suécia, o J. Gorsuch alterou o eixo central da discussão ao ignorar que a principal petionária não era a Sra. Smith, mas sim a *303 Creative LLC*. Isso é relevante porque a lei do Estado do Colorado impõe à empre-

sa o dever de não discriminar. A esse ponto, porém, o voto majoritário deu pouca importância, transformando a *303 Creative* em meras “vestes” do indivíduo. Isso fica claro quando o voto majoritário afirma que “os oradores [não] perdem suas proteções da Primeira Emenda ao empregar a forma corporativa para disseminar sua expressão”. De acordo com Gill-Pedro, porém, essa é uma interpretação perigosa, pois “a extensão de direitos fundamentais às empresas pode limitar severamente a capacidade dos Estados de regular essas empresas”, retirando-lhes o dever de aderir às estruturas políticas de responsabilidade e de controle presentes na ordem normativa dentro da qual operam – e de cuja proteção usufruem para lucrar com suas atividades comerciais. Ademais, Gill-Pedro recorda o papel moral desempenhado pelos direitos fundamentais: “se estendermos a proteção dos direitos humanos a entidades corporativas artificiais, corremos o risco da ‘desumanização’ dos direitos humanos” (Gill-Pedro, 2023).

Eis, portanto, um dos principais pontos que demarca a divergência entre os dois polos desse julgamento: enquanto a maioria focalizou a liberdade do discurso, o voto dissidente destacará a parcialidade que essa leitura implica: por mais “expressivas” que sejam as produções de Lori Smith, elas são materializadas, ao fim e ao cabo, por condutas que são passíveis de regulação estatal.

## 2. O VOTO DISSIDENTE DA J. SONIA SOTOMAYOR E OUTROS CASOS

As lentes com as quais a Juíza Sotomayor analisa o caso são bastante diferentes. Na sua visão, o entendimento majoritário protegeu a conduta da empresa, que deve atrair a incidência da lei antidiscriminatória do Colorado, pois “o ato de discriminar nunca constituiu expressão protegida pela Primeira Emenda” (Estados Unidos da América, 2023).

O voto dissidente destacou que leis antidiscriminatórias apresentam uma dupla finalidade: i) garantir igualdade de acesso a bens e serviços publicamente ofertados; ii) proteger a igual dignidade de todas e todos que participam do mercado comum. Nesse sentido, a lei estadual do Colorado não poderia constituir “regulação de discurso” pelo simples fato de não incidir em discursos, tampouco obrigar ninguém a iniciar atividades comerciais em um determinado ramo de oferta de bens e serviços. Entretanto, “se uma empresa escolhe lucrar no mercado público, que é estabelecido e mantido pelo Estado, o Estado pode exigir que a empresa cumpra uma norma legal de não discriminação”. Isso é particularmente importante para que “grupos historicamente marcados por um *status* de segunda classe não sejam privados de bens ou serviços em condições iguais” (Estados Unidos da América, 2023).

O exemplo trazido pelo voto dissidente elucida bem a questão: “A empresa poderia, por exemplo, oferecer apenas sites de casamento com citações bíblicas descrevendo o casamento como sendo entre um homem e uma mulher”, ou se recusar e incluir a clássica frase “*love is love*” (“amor é amor”). No entanto, “Tudo o que a empresa precisa fazer é oferecer seus serviços sem considerar as características protegidas dos clientes”, ou seja, recusar-se a prestar serviços a casais gays. Se a oferta neutra e igual dos seus serviços gera efeitos sobre sua liberdade de expressão, trata-se de um efeito incidental, pois a regulação do Estado “é neutra em relação ao conteúdo” (Estados Unidos da América, 2023).

Sotomayor apresentou inúmeros exemplos para demonstrar que o campo de incidência das leis antidiscriminatórias é o das condutas, e não dos discursos:

Outro exemplo pode ajudar a ilustrar o ponto. Uma fotógrafa profissional é geralmente livre para escolher seus temas. Ela pode ganhar a vida tirando fotos de flores ou celebridades. O Estado não regula essa escolha. No entanto, se a fotógrafa abre um negócio de fotografia de retratos ao público, a empresa não pode negar a qualquer pessoa, por causa de raça, sexo, origem nacional ou outra característica protegida, o pleno e igual desfrute de quaisquer serviços que a empresa escolhe oferecer. Isso é verdade mesmo que os serviços de fotografia de retratos sejam personalizados e expressivos. Se a empresa oferece fotos escolares, não pode negar esses serviços a crianças multirraciais porque a proprietária não quer criar nenhum discurso indicando que casais inter-raciais são aceitáveis. Se a empresa oferece fotos corporativas, não pode negar esses serviços a mulheres porque a proprietária acredita que o lugar da mulher é em casa. E se a empresa oferece fotos para passaporte, não pode negar esses serviços a mexicano-americanos porque a proprietária se opõe à imigração do México (Estados Unidos da América, 2023).

Outros tantos exemplos poderiam somar-se aos citados. E se o proprietário de um estabelecimento comercial, sendo católico, se recusasse a atender evangélicos, muçulmanos, judeus, espíritas, ateus e vice-versa? E se homens, proprietários de comércio, se recusassem a atender mulheres? Afinal, um homem poderia alegar que, segundo sua convicção pessoal, baseada em crença religiosa, no exercício de sua liberdade de expressão, mulheres são seres “inferiores”, ou são “pecadoras”, ou deveriam ser “submetidas” à vontade dos seus maridos, os únicos que estariam autorizados a praticar atos de comércio e, portanto, acessar e comprar produtos em seu estabelecimento. Seria uma tal liberdade de convicção validada para justificar a restrição ao comércio para esses grupos?

O voto dissidente torna evidente os riscos que a Corte corre ao firmar o entendimento de que a Lei Antidiscriminatória do Colorado viola a liberdade de expressão de Lori Smith, lembrando como a parcial declaração de inconstitucionalidade da Lei dos Direitos Civis de 1875 – especialmente sobre o igual tratamento em estabelecimentos comerciais – pavimentou o caminho à segregação racial no país: “os estados do Sul revogaram os estatutos de acomodações públicas e os substituíram por leis de Jim Crow [...]”, fazendo com que, na prática, o direito geral de acesso igualitário fosse substituído pelo regime “*separate but equal*” – “separados, mas iguais” (Estados Unidos da América, 2023). Ademais, embora as consequências dessa nova decisão afetem especificamente a comunidade LGBTQIA +, sua lógica poderá ser estendida a outras minorias. Basta lembrar, como fez Sotomayor, que “a oposição ao casamento inter-racial” era frequentemente justificada pela crença de que o “Deus Todo-Poderoso [...] não pretendia que as raças se misturassem” (Estados Unidos da América, 2023).

A referência, aqui, é ao precedente *Loving v. Virginia* (1967), julgado pela mesma Corte nos anos de 1960. O caso dizia respeito a Mildred Jeter, uma mulher negra, e Richard Loving, um homem branco, recém-chegados ao estado da Virgínia após celebrarem seu casamento, em junho de 1958, sob as leis do Distrito de Columbia. No entanto, em outubro de 1958, após alterações legislativas no novo Estado em que fixaram residência, os Lovings foram formalmente acusados perante o Tribunal do Circuito do Condado de Caroline por violarem a recente proibição estatal quanto à celebração de casamentos inter-raciais. Proferida a sentença, o casal foi condenado a um ano de prisão. Entretanto, o juiz de primeira instância suspendeu a decisão pelo período de vinte e cinco anos, sob uma condição: os Lovings deveriam deixar o estado da Virgínia e não retornar, como casal, pelos mesmos vinte e cinco anos. Na tétrica fundamentação da sentença, o juízo afir-

mou que o “Deus Todo-Poderoso criou as raças branca, negra, amarela, malaia e vermelha, e as colocou em continentes separados. E, se não fosse pela interferência com seu arranjo”, não haveria justificação para a existência de casamentos inter-raciais. Na visão do órgão julgador, “o fato de Ele ter separado as raças” demonstraria que “Ele não pretendia que as raças se misturassem” (Estados Unidos da América, 1967). Muito embora a Suprema Corte tenha proferido, em 1967, o entendimento unânime em favor dos Lovings, o caso deixa claro que a luta das minorias sociais é – e sempre será – uma luta dinâmica e discursiva por justificações.

Outro caso que pode servir de exemplo para a reflexão aqui proposta é o *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States* (1964). Em virtude da proibição de discriminação do *Civil Rights Act*, de 1964, o proprietário do citado motel, em Atlanta, no estado da Geórgia, alegou que essa lei violava seu direito de liberdade e de propriedade, uma vez que o Estado, mais especificamente, uma lei nacional, não poderia criar óbices para o livre exercício de sua atividade econômica. O óbice alegado, no caso, consistia em obrigá-lo a aceitar hóspedes negros em seu estabelecimento, uma vez que as pessoas negras passaram a ser protegidas, ao menos formalmente, de qualquer tipo de discriminação ou *apartheid*. Em que pese a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos não tenha acolhido a tese do citado motel, o principal argumento jurídico utilizado não foi, necessariamente, o da não discriminação, mas sim sobre o fato de que essa conduta empresarial poderia causar um impacto negativo no comércio da região. Assim, portanto, analisando-se o viés econômico, deu-se prevalência à norma civil de abrangência nacional. Como se depreende, aqui também a controvérsia se cingiu, de um lado, à liberdade de comércio – assim como da liberdade de expressão do proprietário refletida sobre as condutas do seu comércio – e, de outro lado, “o dever de não discriminar” (Estados Unidos da América, 1964).

No início deste século, porém, entra em campo uma potente influência midiática digital, capaz de propagar aquilo que Ute Sacksofsky (2021) denominou como “delírio de gênero” (*Gender-Wahn*): um eco neoconservador de antigas vozes que insistem em afirmar “a existência de ‘diferenças naturais’ para mobilizar uma ‘maioria moral’ da classe trabalhadora branca e ressentida” (Rios, 2023). Trata-se do mesmo movimento, sob novas vestes, que busca excluir, discriminar e subjugar pessoas LGBTQIA +, que sempre ocorreu com o apoio de leis e instituições contemporâneas aos diferentes locais e períodos históricos. É o que rememora Sotomayor em seu voto:

Pessoas LGBT existem desde o início da história humana. E assim como elas sempre existiram, outros procuraram negar sua existência e excluí-las da vida pública. Aqueles que subordinaram as pessoas LGBT frequentemente o fizeram com o apoio da lei. Durante a maior parte da história americana, havia leis que criminalizavam a intimidade entre pessoas do mesmo sexo. *Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. 644, 660-661 (2015). “Gays e lésbicas também foram proibidos da maioria dos empregos governamentais, barrados do serviço militar, excluídos pelas leis de imigração, alvos da polícia e sobrecarregados em seus direitos de associação.” *Id.*, às 661. “Essas políticas funcionavam para criar e reforçar a crença de que homens gays e lésbicas constituíam uma ‘classe inferior’” (Estados Unidos da América, 2023) (tradução nossa).

Com a grande repercussão do caso *303 Creative LLC v. Elenis*, seus reflexos sociais já podem ser notados. Christine Gieger, proprietária do salão de beleza *Studio 8 Hair* em Michigan, anunciou na página do *Facebook* do estabelecimento que deixará de atender clientes transgêneros e *queers*. Na postagem, Gieger afirma que qualquer “humano [que] se identifica como outra coisa

que não um homem ou uma mulher, por favor, busque serviços em um salão para animais de estimação. Você não é bem-vindo neste salão. *Ponto final*’ (Miesen, Jodi; Johnson, Jacob, 2023, grifo nosso). Entretanto, cabe novamente questionar qual o “ponto” desse ponto final imaginário, que sempre reclama espaço, mas nunca resiste à interrogação crítica.

### 3. A INJUSTA DOMINAÇÃO DO PASSADO RECLAMA ESPAÇO NO PRESENTE: A LUTA CONSTANTE POR JUSTIFICAÇÃO DA COMUNIDADE LGBTQIA +

À luz das lições de Rainer Forst (2021), esse seria “o ponto” dos que buscam preservar uma histórica posição de dominância sobre “tudo o que está associado ao Outro da razão, seja isso entendido em termos de loucura, irracionalidade, emoções, afetos, corporeidade ou imaginação”<sup>4</sup>; ou seja, todos os que podem ser simbolicamente associados como “*sujeitos negros, queer, femininos, colonizados e subalternos*” (Forst, 2021, p. 84, grifo nosso).

Nesse âmbito, o direito como produto de uma construção social, histórica e econômica dominante (Warat, 1994, p. 16), ao mesmo tempo em que é instrumentalizado pela posição hegemônica do saber (Carneiro, 2023, p. 40-87) para interditar a possibilidade e coexistência fraterna – fraternidade essa presente na dimensão dos direitos humanos do Outro (Carvalho, 2021, p. 365) –, também pode servir como ferramenta de reação contra-hegemônica. Nesse sentido, há um direito mais profundo – um direito moral –, que nunca deixará de reivindicar espaço: o direito fundamental e moral à justificação. É ele que impulsiona indivíduos historicamente subordinados a reivindicar “igualdade justificatória” (Forst, 2021, p. 84), isso é: o direito de ser digno de justificar e o direito de ser digno de justificação.

Forst define a justiça como “força e grandeza humanas de se opor às relações de dominação arbitrária – às relações entre indivíduos, classes ou grupos que falsamente aparecem como inexoráveis”. O conceito de arbitrariedade é o seu oposto: “é a dominação ‘sem razão’, como uma dominação insuficientemente justificada” (Forst, 2018, p. 51). Portanto, a constituição de uma ordem justa, de pessoas livres e iguais, solicita que a sociedade seja erguida “com base em procedimentos de justificação institucionalizados”, para que “nenhum lado possa simplesmente projetar suas razões sobre o outro; antes, deve se *justificar discursivamente*” (Forst, 2018, p. 51, grifo nosso).

O espaço institucional para a busca da “justificação exemplar” é – ou, ao menos, deveria ser – o das Cortes Constitucionais; é nelas que se encadeia “uma metalinguagem reflexiva e regulatória do próprio Judiciário” (Abboud; Campos, 2022, p. 27), a partir da qual se dá publicidade ao entendimento tido como mais razoável – nunca único – sobre os valores políticos de justiça consagrados em determinada Constituição (Rawls, 2001, p. 279). Isso significa que aos membros de um Tribunal Constitucional não é facultado partir de visões de mundo mais abrangentes, que desviam dos valores políticos eleitos pelo texto constitucional, para julgar casos como o de Lori Smith/ 303 Creative LLC. Quando isso ocorre, a justiça erra o alvo do justo e acerta uma limitada concepção de “bem”, aderente apenas a uma comunidade ética específica. Mas, quem elege a co-

4 - Emmanuel Lévinas, também conhecido como “o filósofo do Outro”, considera o outro uma entidade indiscernível, mas que passou a ser inteligibilizada pela ontologia tradicional. Assim, tornado objeto passivo da razão, suprimiu-se a sua alteridade. Tal alteridade é percebida no “rosto” do outro, que, para o filósofo, ultrapassa a face: “rosto e discurso estão ligados. O rosto fala. Fala, porque é ele que torna possível e começa todo discurso” (Lévinas 1982, p. 79). Esse rosto, no entanto, “não é visto. Ele é o que não se pode transformar num conteúdo, que o nosso pensamento abarcaria” (Lévinas, 1982, p. 78). Desse modo, considerar a alteridade do outro, que espelha o infinito, implica respeitá-lo em sua diferença.

munidade a ser contemplada pela justiça? A primeira questão da justiça, afirma Forst, é o poder (Forst, 2018, p. 38). E, ao tratar de poder, as Cortes Constitucionais, mesmo que colegiadas, não asseguram, só por isso, um consenso jurídico que derive de um pluralismo razoável, sobretudo quando suas composições não guardam correspondência factual com a diversidade social sobre a qual suas decisões reverberam.

Nesse sentido, a racionalidade hegemônica não apenas inferioriza outros saberes, marginalizando-os, tal como acontece com a teoria *queer* (Halberstam, 2020, p. 41), mas também promove uma cultura de epistemicídio (Carneiro, 2023, p. 87), que visa subjugar ou neutralizar grupos socialmente mais vulneráveis. Para além dessa razão hegemônica, não se pode ignorar que toda racionalidade, inclusive a jurídica, pode ser precedida de outra que a sustenta e a contamina, qual seja, uma racionalidade artilosa (Souza, 2020, 263), que mascara o argumento vulgar em jurídico, afetando, a priori, a linguagem e sua significação, para que a finalidade da não discriminação – alçada ao patamar de direito humano – seja contraposta com inferior valoração ao direito de propriedade ou de expressão. A dimensão individual aqui se sobrepõe à dimensão da alteridade (Lévinas, 2020, p. 211).

Aliás, essa estratégia de mudar o foco da análise é, frequentemente, usada para corroer sistemas democráticos que são minados pelo “ur-fascismo” (Eco, 2023, p. 44): um modelo totalizante, mas não necessariamente totalitário, que se entranha nas instituições, mesmo nas autopromovidas democracias, e tem como um dos seus fundamentos o retorno à tradição, o retorno a um supostamente saudoso passado em prol da manutenção de um poder tido como ameaçado.

Nesse sentido, a equivocada decisão da Suprema Corte dos EUA talvez revele, em si mesma, não um mero equívoco. Sua racionalidade, que se reveste de juridicidade, pressupõe “uma dupla e obstinada recorrência discursiva e comportamental [...] que cumpre liquidar o Outro de qualquer modo” (Souza, 2020, p. 88). Como antes mencionado, o voto do Juiz Gorsuch, adotado para a decisão final, deliberadamente não fez uma cisão clara entre a pessoa jurídica, então petionante, e a pessoa física. Construir uma narrativa de proteção a uma empresa equiparando-a a um ser humano representa um recurso jurídico preordenado, com a finalidade de fazer valer sua convicção pessoal à despeito do sistema normativo de proteção às pessoas vítimas de discriminação. Essa decisão não estimula, como agenda social, a inclusão, o acolhimento da diferença, pelo contrário, apenas reforça e legitima a exclusão. Com tal decisão, reforça-se a ideia de que grupos distintos devem ser apartados uns dos outros, em vez de se promover, como é próprio do liberalismo político, um pluralismo razoável (Rawls, 2003, p. 45).

É por isso também que os deveres da justiça não devem ser reduzidos a deveres “humanistas” ou “humanitários”, sob pena de suprimirem “elementos essenciais da justiça social e política”. O voto do Juiz Gorsuch falha nesse quesito, pois não se desonera do ônus argumentativo que carrega ao tentar justificar uma falácia: a “*falácia da caracterização da conduta comercial como liberdade de expressão*” (Rios, 2023, grifos nossos).

Tal falácia facilmente se revela quando se verifica que, para a abertura de qualquer atividade comercial, alguns critérios prévios, definidos pelo Estado, precisam ser seguidos, como licenças sanitárias e ambientais, inspeção local para funcionamento seguro e contra incêndios, registro dos produtos comercializados, entre tantas outras exigências que não podem ser recusadas por objeção de consciência. Essas exigências não visam impedir a atividade econômica, mas

proteger a coletividade de condutas empresariais irregulares ou ilícitas. Dizer que a liberdade de expressão e de comércio é absoluta, não comportando qualquer controle, implica malferir toda a plêiade de normas protetivas contra o arbítrio do indivíduo, admitindo-se um retrocesso.

Espera-se um controle mínimo da atividade comercial privada, a exemplo das disposições de defesa aos consumidores, por se compreender imprescindível proteger a coletividade, assim vista de forma indistinta, ainda que em mitigação à convicção individual de quem abre uma empresa e que não está obrigado a abri-la. Para deixar mais evidente o caráter falacioso do argumento utilizado, o Estado proíbe que se constitua uma empresa cuja finalidade seja o cometimento de crimes. Não se poderia, portanto, considerar dentro da esfera da liberdade empresarial a possibilidade de se abrir uma empresa privada de assassinos, de tráfico de drogas, de tráfico de pessoas, condutas todas proibidas pelo Estado. Tampouco, se poderia admitir uma empresa, como outrora existiu, de escravização e comércio de pessoas negras, a qual poderia, inclusive, fundamentar sua liberdade de comércio numa expressão religiosa<sup>5</sup>. Qual seria, portanto, a razão jurídica a justificar que, sob a escusa da liberdade, uma empresa possa ofender e negar a existência de outras pessoas? Discriminar alguém pela sua condição humana é, em qualquer democracia, considerado um ato ilícito.

Para Roger Raupp Rios, é simplesmente equivocada a conclusão de que “o dever de não discriminar grupos protegidos na oferta pública de serviços infringiria a liberdade de expressão” (Rios; Mello, 2023):

A liberdade de expressão diz respeito à emissão de uma mensagem, não se prestando a proteger condutas ilegais. Há condutas que são expressivas (como queimar a bandeira nacional para expressar pacifismo ou se negar a cantar o hino nacional para expressar repúdio ao racismo); elas não implicam restrição a direitos de quem quer que seja, ainda que desagradem e incomodem a alguns.

Deixar de atender um grupo protegido, ao contrário, ofende o direito de acessar a bens e serviços livre de discriminação ilegal, o direito de igualdade e o direito à proteção da dignidade humana, sem esquecer o impacto diferenciado na própria liberdade de indivíduos pertencentes a grupos subordinados.

Não há que se confundir, portanto, a regulação da conduta comercial<sup>14</sup> com violação da liberdade de expressão. Como se pode perceber sem dificuldade, o dever de oferecer refeições sem discriminação racial (imposição de um agir sem discriminação) não compromete a liberdade de expressão de eventual convicção racista por determinado prestador de serviços racista; o que deflui dessa obrigação é a ilegitimidade de atuar de forma racista no mercado (Rios; Mello, 2023).

O dever de não discriminação se constrói a partir das injustiças do passado que ressoam no presente. Nessa seara, o desafio que se impõe consiste em demonstrar as razões não ditas das decisões judiciais que não apenas podem retroceder na consolidação dos direitos humanos e fundamentais, mas revolver concepções interpretativas que pareciam superadas. Não é demais lembrar que o direito “dá a garantia de que, salvo revolução capaz de pôr em causa os próprios fundamentos da ordem jurídica, o porvir será à imagem do passado, servindo para a lógica da con-

5 - Por séculos, a passagem bíblica que versa sobre a maldição de Cã foi usada como argumento religioso para justificar a escravização dos povos africanos (Gomes, 2022, p. 74).

servação, universalização ou normalização ao ponto de vista dos dominantes” (Bourdieu, 1989, p. 245). Nesse sentido, diferentemente da Suprema Corte dos Estados Unidos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro acertou em reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (Sarlet, 2015, posição 3543), isso é, afirmou como vetor hermenêutico e requisito democrático indispensável a necessidade de que observância dos preceitos fundamentais constitucionais não sejam exigidos apenas na relação entre o Estado e o indivíduo, mas também entre particulares. Assim se manifestou o Min. Celso de Mello, em seu voto, na ADO n. 26, que reconheceu a omissão do Estado brasileiro e reconheceu a homotransfobia como crime de racismo:

Regimes democráticos não convivem com práticas de intolerância ou, até mesmo, com comportamentos de ódio, pois uma de suas características essenciais reside, fundamentalmente, no pluralismo de ideias e na diversidade de visões de mundo, em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva de cidadãos, que se sintam livres e protegidos contra ações promovidas pelo Estado ou praticadas por particulares que lhes restrinjam o pleno exercício de suas prerrogativas e liberdades constitucionais por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero (Brasil, 2020, p. 105).

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no entanto, não constitui fenômeno isolado; é, ao contrário, um reflexo de algo mais amplo, insidioso, e que vem abalando sólidas democracias constitucionais: uma estrutural crise de justificação. Tal crise se faz presente, ensina Forst, quando o “autoentendimento de uma ordem se desloca a ponto de perder seu próprio conceito”, gerando regressões pontuais em relação a certas conquistas democráticas, sem afetar o funcionamento do sistema como um todo. O sintoma mais claro desse fenômeno é a recusa de reconhecimento: quando movimentos claramente segregacionistas passam a ser “compreendidos como democráticos, experimentamos uma crise de justificação que pode levar à regressão” (Forst, 2023, p. 217).

Assim, frente à aproximação da “vitória do irracional”, corre-se o risco real da ascensão de uma nova Era pós-democrática, em que o Estado de Direito é deposto por um novo: o “Estado da Irrazão” (“*The Rule of Unreason*”). Nele, não há apenas perda de qualidade dos processos de justificação das principais instituições sociais e políticas; há, principalmente, “um sério defeito na compreensão de si mesmo e dos outros como sujeitos iguais de justificação. Grupos sociais inteiros são excluídos como irrelevantes do espaço de justificação, que é fechado e distorcido por justificações” que ocultam interesses reservados a ideologias comunitárias, e assim intencionam justificar o injustificável (Forst, 2023, p. 219). Eis o equívoco da maioria formada na Suprema Corte dos Estados Unidos ao julgar o caso *303 Creative LLC v. Elenis*: transformou-se o direito geral de acesso em um injustificável e sombrio direito geral de exclusão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um ditado popular que afirma existir, em qualquer crise, também uma oportunidade. Tal oportunidade, porém, está aberta a todos: tanto àqueles que ostentam um pensamento “progressista” como àqueles cujo pensamento é mais regressivo. Formas virulentas de pensar têm contaminado a cultura de fundo de sociedades hegemônicas a ponto de tornar impossível retornar à situação anterior sem antes deixar, vitimadas pelo caminho, inúmeras conquistas democráticas. Se o cerne da indesejada regressão moral é obstaculizar o direito à igual justificação a todos os

indivíduos, a alternativa que resta a nós, progressistas, é apostar no progresso, isso é, na evolução social e política das relações de justificação – o que deve ocorrer não somente nas ruas, na arte e, de modo amplo, na política, mas também nas Cortes Constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A caminho do constitucionalismo global: por uma antropofagia hermenêutica. ABBUOD, Georges; CAMPOS, Ricardo; TEUBNER, Gunther (Et. Al). **Constitucionalismo global**. 2022.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26**. Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno. Julgado em: 13 jun. 2019. Publicado em: 06 out. 2020. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ado%2026&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ado%2026&sort=_score&sortBy=desc). Acesso em: 20 ago. 2024.

CARNEIRO, Sueli. **Dispositivo de racialidade**: a construção do outro como não ser como fundamento do ser. Rio de Janeiro: Zahar, 2023.

CARVALHO, Felipe Rodolfo de. **Outramente**: o direito interpelado pelo rosto do outro. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

ECO, Umberto. **O fascismo eterno**. Tradução de Eliana Aguiar. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court. **303 Creative LLC et al. v. Elenis et al.** Washington, 30 de junho de 2023. Disponível em [https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-476\\_c185.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-476_c185.pdf) Acesso em: 20 jul 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. Decision n. 16-111. **Masterpiece Cakeshop, LTD., et al. V. Colorado Civil Rights Commission et al.** Syllabus: Kennedy J, 4 de junho de 2018. Disponível em: [https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111\\_j4el.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf)>. Acesso em: 19 mai. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **Boy Scouts of America v. Dale**. Decision n. 99-699. 28 de junho de 2000. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep530/usrep530640/usrep530640.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **Heart Atlanta Motel, Inc v. United States**. Decision n. 515. 14 de dezembro de 1964. Disponível em: Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States :: 379 U.S. 241 (1964) :: Justia US Supreme Court Center. Acesso em: 19 ago. 2024.



ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **National Socialist Party of America v. Village of Skokie**. Decision n. 76-1786. 14 de junho de 1977. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep432/usrep432043/usrep432043.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **National Socialist Party of America v. Village of Skokie**. Decision n. 76-1786. 14 de junho de 1977. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep432/usrep432043/usrep432043.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). Supreme Court of the United States. **Loving v. Virginia**. Decision n. 395. 12 de junho de 1967. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep388/usrep388001/usrep388001.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2024.

FORST, Rainer. **Justificação e crítica**: perspectivas de uma teoria crítica da política. Tradução: Denilson Luis Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

FORST, Rainer. **Noumenale Republik**: kritischer Konstrutivismus nach Kant. 2021. FORST, Rainer. The rule of unreason. Analyzing (anti-)democratic regression. **Constellations**, n. 30, p. 217–224, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12671>. Acesso em: 19 mai. 2024.

GILL-PEDRO, Eduardo. Protecting the free speech of companies? The US Supreme Court decision in 303 Creative LLC v. Elenis. **Oxford Human Rights Hub**. 2 ago. 2023. Disponível em: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/protecting-the-free-speech-of-companies-the-us-supreme-court-decision-in-303-creative-llc-v-elenis/>. Acesso em: 19 mai. 2024.

GOMES, Laurentino. **Escravidão**: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares, v. 1. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2022.

HALBERSTAM, Jack. **A arte queer do fracasso**. Tradução: Bhuvli Libanio. Recife: Cepe, 2020.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução: Pergentino Pivatto [et. al]. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

LÉVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito**. Tradução: João Gama. Lisboa: Edições 70, 1982.

MIESEN, Jodi; JOHNSON, Jacob. Traverse City hair salon no longer servicing certain LGBTQ members. **9and10news**. Disponível em: <https://www.9and10news.com/2023/07/11/traverse-city-hair-salon-no-longer-servicing-lgbtq-members/>. Acesso em: 19 mai. 2024.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

RIOS, Roger Raupp, MELLO, Estivalet de. A ofensiva neoliberal ao direito da antidiscriminação: a expansão da liberdade protegida no Supremo Tribunal Federal e na Suprema Corte dos EUA. **Rev Direito Práx** [Internet]. 2023, jul;14(3):1874–903. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2023/78331> Acesso em: 19 mai. 2024.

RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. What a difference five years makes! Uma análise crítica do caso 303 Creative LLC v. Elenis e a luta por justificação do movimento LGBTQIA + nas Cortes Constitucionais. **Cadernos UNDB – Estudos Jurídicos Interdisciplinares**, [S. l.], v. 7, n. 1, páginas do artigo, 2024. Disponível em: <https://periodicos.undb.edu.br/index.php/cadernosundb/article/view/212>. Acesso em: 2 ago. 2024.

SACKSOFSKY, Ute. Wenn Rechtfertigungen brüchig werden. Verfassungsgerichte in der Diskriminierungs-bekämpfung am Beispiel der Geschlechterordnung vor dem Bundesverfassungsgericht, p. 604 – 631. In: FORST, Rainer; GÜNTHER, Klaus (org.). **Normative Ordnungen**, Berlin, 2021.

SARLET, Ingo. Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional (e-book). 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Crítica da Razão Idolátrica**: tentação de Thanatos, necroética e sobrevivência. Porto Alegre: Zouk, 2020.

WARAT, Luis Alberto. Senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. In: **Introdução geral ao direito moderno**: interpretação da lei – temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.



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





.....

# INCLUSÃO SOCIAL DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO POR MEIO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSÁVEL

.....

*SOCIAL INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE LABOR MARKET THROUGH SOCIALLY RESPONSIBLE PUBLIC CONTRACTING*

Mário Miranda de Oliveira<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Conceitos e panorama normativo brasileiro. 2. Os objetivos da contratação pública socialmente responsável (CPSR). 3. Sustentabilidade, um conceito amplo. 4. A fase preparatória da contratação pública socialmente responsável (CPSR). 5. Cláusulas sobre o aspecto da execução do contrato e elementos sócio-sustentáveis relativos às pessoas com deficiência. 6. Da função fiscalizatória nos contratos públicos. Conclusões. Referências.

---

1 - Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal (2019/2023), com título reconhecido e apostilado pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em 01/09/2023. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade de Lisboa-Portugal (2019/2020). Especialista em Análise e Avaliação de Propostas em Procedimento de Contratação Pública pela Faculdade de Direito de Lisboa-Portugal (2019). Pós-graduado em Direito Constitucional pelo IEC/PUC/MINAS (2009). Pós-graduado em Direito Público pelo CAD/Universidade Gama Filho (2001). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas (2001). Advogado militante no foro de Belo Horizonte (2001-2003) até o ingresso na Advocacia-Geral da União (2003). Atualmente exerce as funções de Procurador Federal. E-mail: mario.miranda@agu.gov.br.



**RESUMO:** O objetivo do presente artigo foi investigar, por meio de uma pesquisa bibliográfica, dogmática e jurisprudencial, de que forma a contratação pública socialmente responsável (CPSR) se configura como uma ferramenta do Estado brasileiro para promover a inclusão social das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Quanto à metodologia, esta é uma pesquisa dedutiva, qualitativa, descritiva, bibliográfica e documental, pautada essencialmente no estudo da doutrina nacional e internacional, da jurisprudência e da legislação pátria. Para esse propósito, analisou-se, sob o ponto de vista normativo-dogmático, a nova lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como o Estatuto da Pessoa com Deficiência e as normas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro sobre a temática. A partir dessa fundamentação, buscou-se defender o contrato público como uma forma de intervenção estatal, na medida em que um dos seus objetivos é concretizar a sustentabilidade social. Nessa análise, constatou-se que o “agir sustentável”, inobstante sua amplitude conceitual, impõe o dever da realização de um desenvolvimento nacional inclusivo, que absorva externalidades sociais. Assim, a eleição de obrigações contratuais sócio-sustentáveis e sua respectiva fiscalização é, dentre tantas formas, uma maneira de concretizar o fundamento da dignidade da pessoa humana, por meio da CPSR, notadamente na realização do valor trabalho digno aos deficientes. Ao final, concluiu-se que a consagração de meios de se absorver externalidades sociais é um mandamento cogente que deve ser ampliado cada dia mais no âmbito da CPSR.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratação pública socialmente sustentável. Direito ao trabalho. Inclusão social. Pessoas com deficiência. Obrigações contratuais.

**ABSTRACT:** *This article aims to investigate, through bibliographical, dogmatic and jurisprudential research, how Socially Responsible Public Procurement (SRPP) — Contratação Pública Socialmente Responsável (CPSR) — is one of the ways in which the Brazilian State promotes social inclusion related to access to the decent job market for people with disabilities. Regarding the methodology, the research is characterized by being deductive, qualitative, descriptive, bibliographic and documentary, based essentially on the study of national and international doctrine, jurisprudence and national legislation. For this purpose, it was based, from a normative-dogmatic point of view, on the new Law of Public Procurement and Administrative Contracts, as well as on the Statute of Persons with Disabilities, norms inserted in the Brazilian legal system. To this end, it sought to delimit the public contract as one of the forms of state intervention in society, and should have as one of its objectives the realization of social sustainability. It was found that “sustainable action”, despite its conceptual breadth, imposes a duty to achieve inclusive national development, absorbing social externalities. The election of socio-sustainable contractual obligations and their respective supervision is, among many other ways, a way of realizing the foundation of human dignity, through the SRPP, notably in the realization of the value of dignified work for the disabled. In the end, it is concluded that the consecration of means and ways of absorbing social externalities is a compelling mandate that must be expanded more and more within the scope of the SRPP.*

**KEYWORDS:** *Socially sustainable public procurement. Right to work. Social inclusion. People with disabilities. Contractual obligations.*

## INTRODUÇÃO

A contratação pública socialmente responsável (CPSR) é uma ferramenta da administração pública criada com os objetivos de: promover empregos, requalificar mão de obra, prezar por trabalhos dignos, proporcionar inclusão social, reprimir a discriminação, promover a igualdade de gênero, a acessibilidade e efetivar normas de cunho social. Nessa seara, convencionalmente, o conceito de sustentabilidade – considerado em sua amplitude de sentidos – deve permear todas as atividades produtivas e orientar as ações tanto no setor público quanto no privado. Para os fins deste artigo, considera-se aqui o conceito de “sustentabilidade social”, no âmbito da contratação pública, e sua conexão com a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, efetivada por meio das cláusulas e obrigações consagradas no contrato administrativo. Esse é um conceito-chave, pois entende-se que, para além dos objetivos tradicionais da contratação pública, como a aquisição de um produto, obra ou serviço, outros (e novos) valores gravitam em torno desse processo. Isso é, a contratação deve atender a fins mais amplos, no sentido de agregar novos valores introduzidos pelas entidades adjudicantes.

Existe uma significativa porcentagem de pessoas com deficiência em nossa sociedade. Segundo a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS/OMS), aproximadamente 12% da população da América Latina e do Caribe – percentual que representa cerca de 66 milhões de pessoas – vive com pelo menos uma deficiência<sup>2</sup>. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no Brasil, essa população representa 8,9%, isso é, são 18,6 milhões de pessoas que vivem com, pelo menos, uma deficiência<sup>3</sup>.

Apesar da alta representatividade desse grupo em termos numéricos, a Pesquisa Nacional da Saúde (PNS)<sup>4</sup>, no ano de 2019, sinalizou que o nível de ocupação das pessoas com deficiência foi de 26,6% naquele ano, menos da metade do percentual encontrado para as pessoas sem deficiência, 60,7%. Dos empregados, cerca de 55,0% das pessoas com deficiência estavam na informalidade, enquanto para as pessoas ocupadas sem deficiência esse percentual foi de 38,7%. Diante dessa diferença, eis o desafio da contratação pública socialmente responsável (CPSR): a externalidade social relacionada ao acesso ao emprego do deficiente.

Ao assumir uma função indutora de comportamentos e transformadora de realidade (Breus, 2015, p. 238), o ordenamento jurídico brasileiro revela seu papel de regulador e garantidor, utilizando os contratos públicos, por exemplo, para conciliar o desenvolvimento nacional sustentável com a prossecução de políticas horizontais, dentre elas, a inclusão de pessoas com deficiência<sup>5</sup> no mercado de trabalho. Nesse quadro, a obrigação estatal de primar pela inclusão das pessoas com deficiência tem absoluta compatibilidade com o conceito de sustentabilidade social, que, neste artigo, será aplicado e restrito às contratações públicas. É o que passamos a tratar.

2 - Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/topicos/deficiencia>>.

3 - Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/julho/brasil-tem-18-6-milhoes-de-pessoas-com-deficiencia-indica-pesquisa-divulgada-pelo-ibge-e-mdhc>>.

4 - Disponível em: <<https://abrir.link/VIXku>>.

5 - Essa ideia foi desenvolvida com base nos seguintes textos: Canotilho, 2003a, p. 351-354; p. 351-352; Loureiro, 2010, p. 90-95, 98; Gonçalves, 2008, p. 159-160; Sousa, 2013, p. 73 e 98.

## 1. CONCEITOS E PANORAMA NORMATIVO BRASILEIRO

Nossa Constituição recente estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (RFB) a “dignidade da pessoa humana” (Brasil. Constituição Federal/1988, art. 1, III) juntamente ao “valor social do trabalho”. Na sequência, ainda no título I, elenca como objetivos orientadores do Estado-nação, nomeadamente em seu artigo 3.º, II, III e IV: “garantir o desenvolvimento nacional”; “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Brasil, 1988).

Ademais, é também objetivo da República brasileira o desenvolvimento sustentável<sup>6</sup>. O desenvolvimento compatível com a Constituição é qualificado, adjetivado, marcado por e como o “selo” da sustentabilidade, considerando o entrelaçamento tópico-sistemático dos dispositivos que tratam do tema. Nos termos da Carta Magna, espera-se “[...] o desenvolvimento continuado e durável, socialmente redutor de iniquidades estruturais, tendo como titular as presentes e futuras gerações” (Freitas, 2013, p. 265). A prevalência dos direitos humanos, por sua vez, é um dos nortes de atuação da República, em suas relações internacionais, nos termos do art. 4º da CRFB.

No que diz respeito ao tema elegido aqui, além de um regramento direto<sup>7</sup> sobre os direitos das pessoas com deficiência, há alguma permeabilidade de nosso sistema constitucional à ampliação dessas garantias, conforme o § 3.º do art. 5.º da Constituição. Nesse âmbito, foi conferido *status* de norma constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos aprovados, em dois turnos, pelo Congresso Nacional. Assim, o Decreto 6.949, de 2009, promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CNUDPD) e seu Protocolo Facultativo, submetidos à específica tramitação constitucional pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008. Além disso, ao versar sobre o tema, o STF já reconheceu tal *status* de Emenda Constitucional em diversos julgados<sup>8</sup>, “o que reforça o compromisso internacional assumido pelo País na defesa dos direitos e garantias das pessoas com deficiência”<sup>9</sup>. Não se pode deixar de mencionar que a CRFB de 1988 consagrou, também, de maneira direta, um extenso rol de direitos sociais, seja no art. 6º ou nos 34 incisos do art. 7º. O art. 7º, XXXI, especificamente sobre o tema, preceitua: “XXXI - proibição

6 - A consagração de valores e princípios sustentáveis, vistos sob um amplo aspecto, pode ser conferida no preâmbulo e nos arts. 1.º, 3.º, 170.º, 174.º, 186.º, 192.º, 195.º, 200.º, 205.º, 219.º e 225.º da Constituição de 1988. Desse modo, refiro-me a um conceito de sustentabilidade amplo, previsto no texto constitucional.

7 - Especial regramento, em âmbito constitucional, acerca da pessoa com deficiência. Conferir: art. 5.º, XXXI; art. 23.º, II; art. 24, XIV; art. 37.º, VIII; art. 40.º, § 4º-A; art. 100.º, § 2.º; art. 201.º, § 1.º, I; art. 203.º, IV e V; art. 208.º, III, art. 227.º, § 2.º, e art. 244.º da Constituição Federal/1988.

8 - “A ordem constitucional brasileira, inaugurada em 1988, trouxe desde seus escritos originais a preocupação com a proteção das pessoas portadoras de necessidades especiais, construindo políticas e diretrizes de inserção nas diversas áreas sociais e econômicas da comunidade (trabalho privado, serviço público, previdência e assistência social). Estabeleceu, assim, nos arts. 227, § 2º, e 244, a necessidade de se conferir amplo acesso e plena capacidade de locomoção às pessoas com deficiência, no que concerne tanto aos logradouros públicos quanto aos veículos de transporte coletivo, determinando ao legislador ordinário a edição de diplomas que estabeleçam as formas de construção e modificação desses espaços e desses meios de transporte. Na mesma linha afirmativa, há poucos anos, incorporou-se ao ordenamento constitucional a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da CF, o qual foi internalizado por meio do Decreto presidencial 6.949/2009. O art. 9º da convenção veio justamente reforçar o arcabouço de proteção do direito de acessibilidade das pessoas com deficiência” (ADI 903, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22-5-2013, P, DJE de 7-2-2014). No mesmo sentido, conferir: RMS 32.732 AgR., Rel. Min. Celso de Mello, j. 3-6-2014, 2ª T, DJE de 1º-8-2014.

9 - Cf. Recurso Extraordinário (RE) 1.237.867. Relator: Min. Ricardo Lewandowski.

de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (Brasil, 1988).

A previsão normativa constitucional tem reflexo (Raimundo, 2013, p. 579) direto e imediato em toda a base normativa (Kelsen, 1991), se considerarmos os sistemas jurídicos “tradicionais”<sup>10</sup>, como o brasileiro, por exemplo. A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (ou Estatuto da Pessoa com Deficiência) foi publicada em 2015 e, após um período de *vacatio legis* de 180 dias, entrou em vigor em 2016. Com o Estatuto houve, em verdade, a ampliação da temática relacionada à pessoa com deficiência, considerando a Lei n. 10.098/2000, regulamentada pelo Decreto n. 5.296/2004, que “estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida” (Brasil, 2000). Nesse contexto, ao conectar a legislação relativa à pessoa com deficiência e a contratação pública, a Constituição de 1988 consagrou, em seu art. 37.º, XXI, o procedimento prévio de licitação como regra geral para as contratações públicas, além da submissão aos princípios da administração pública, previstos no *caput* do referido artigo.

Em 1º de abril de 2021, foi publicada uma nova legislação que disciplina as Licitações e os Contratos Administrativos, a Lei n. 14.133, que revogou a Lei 8.666/1993 e a Lei 10.520/2002, que instituiu a modalidade licitatória pregão; e parte da Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações (RDC). A *vacatio legis* dessa nova lei seria de 2 anos (Brasil. Lei 14.133/2021, art. 193), porém, havia a opção de aplicação imediata, desde que não existisse a mescla das legislações e institutos (Brasil, 2021).

A nova lei de contratações públicas previu diversas formas de absorção das externalidades sociais, não somente ligadas à inclusão do deficiente, ao, por exemplo: (I) consagrar uma reserva de mão de obra à mulher vítima de violência doméstica, bem como aos egressos do sistema prisional; (II) prestigiar o uso de mão de obra local; (III) sinalizar que as obras e serviços de engenharia devem observar, dentre outros aspectos, a proteção a valores de interesse patrimonial-cultural que sejam acessíveis às pessoas com deficiência; (IV) estabelecer proibições acerca das participações no processo licitatório, fixando vedações claras à participação de pessoas físicas ou jurídicas condenadas por empregar crianças e adolescentes ou por manter trabalhadores em condição análoga a de escravo; (V) eleger como critério de desempate e prestigiar o agente econômico que empregue políticas de equidade de gênero; (VI) colocar como requisito da habilitação a declaração do cumprimento dos direitos trabalhistas, bem como dos requisitos mínimos de reserva de cargos para pessoas com deficiência e para trabalhadores reabilitados em gozo de benefícios da Previdência Social; (VIII) contemplar hipóteses de contratação direta, por dispensa, de associações ou cooperativas destinadas à coleta de materiais recicláveis, formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda; (IX) contemplar as hipóteses de contratação direta, por dispensa, de associações de pessoas com deficiência, cujos serviços sejam prestados também exclusivamente por pessoas com deficiência; (X) e, por fim, estabelecer como cláusulas obrigatórias, bem como na execução, a observância ao número mínimo de vagas para pessoas com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz.

10 - “À formulação das regras de reconhecimento das normas jurídicas, segue-se a aplicação hierarquizada. A estrutura do sistema estaria representada por uma pirâmide normativa, composta no vértice da Norma Fundamental, recurso lógico/pressuposto de validade de um sistema hierárquico, deduzindo-se, formalmente, a delegação da validade da norma superior. A linhagem formal ascendente é o fundamental para o reconhecimento e conseqüente validade formal da norma jurídica” (Rosa, 2016).

Inobstante o extenso rol relacionado às possibilidades de absorção das externalidades sociais, trataremos aqui apenas das possibilidades de trabalho das pessoas com deficiência, com especial foco nas obrigações contratuais eleitas no contrato administrativo. A administração pública brasileira, em função da base normativa supra, tem o ônus de implementar uma igualdade material, sob o enfoque do “pleno exercício dos direitos” dos sujeitos desse grupo.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – ou Estatuto da Pessoa com Deficiência –, que não difere da CNUDPD<sup>11</sup> (nos termos do Decreto 6.949/2009, art. 1.º), observa como os possíveis impedimentos de longo prazo vivenciados por pessoas com deficiência, sejam eles de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, podem “**obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas**” (Brasil, 2015, grifos meus). O entendimento de que esse grupo pode experimentar barreiras capazes de impedir o fluxo amplo dos seus direitos, conforme destacado na citação, sinaliza que a efetiva participação social deve ser uma preocupação de todos os destinatários das normas. Dito em outros termos, a garantia desse direito fundamental – o direito ao trabalho – viabiliza o sustento próprio, de seus familiares e dependentes, fato que está conectado, diretamente, à dignidade do indivíduo. Nesse âmbito, a obrigação de propiciar um ambiente de trabalho acessível e inclusivo é voltada tanto para pessoas jurídicas de direito público como de direito privado (Brasil, 2015).

Nos termos da lei, num primeiro momento, a caracterização da pessoa com deficiência esteve restrita a conceitos médicos<sup>12</sup>. Com as alterações na forma como se afere a deficiência, fruto da reflexão social acerca do tema, a conceituação passou a ser fundamentada em um modelo de avaliação biopsicossocial (Brasil, 1988; 2015). Nesse contexto, buscar a “melhor interpretação” possível é o papel do exegeta, considerando a plêiade normativa acima referida, que deve priorizar o prestígio à técnica para os fins sociais aos quais se destina a norma, nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Brasil, 1942).

## 2. OS OBJETIVOS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SOCIALMENTE RESPONSÁVEL (CPSR).

As finalidades tradicionais do processo de contratação, na busca pelo permanente interesse público<sup>13</sup>, são: (i) adquirir bens e serviços indispensáveis para o desempenho do *munus* institucional; (ii) executar obras estruturais para os serviços públicos de regulação, fomento, etc.; e (iii) entregar serviços públicos, seja diretamente ou por delegações ou concessões (Gonçalves, 2013b). Contudo, novos objetivos foram aglutinados na contratação pública socialmente responsável (CPSR), conforme salienta Estorninho:

Às finalidades e preocupações tradicionais da contratação pública foram-se *somando* novas preocupações e novas finalidades. A contratação pública, a par dos seus objetivos imediatos, de aquisição de bens, construção de obras públicas, prestação de serviços, entre outros, pode e deve servir como instrumento de realização das mais variadas políticas públicas, nomeadamente ambientais e sociais (Estorninho, 2016a, p. 305).

11 - Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 25 out. 2021.

12 - “O ‘modelo médico’, que surgiu no final da Primeira Guerra Mundial, é baseado no fato de que uma lesão ocorrida no corpo de uma pessoa levava à deficiência, ou seja, levava-se em consideração apenas as consequências da doença que se manifestam externamente no corpo da pessoa, sem considerar os fatores externos ou ambientais, que interferem no desenvolvimento de cada pessoa” (Campelo, 2016, p.21).

13 - “os contratos públicos pode dizer-se que têm como função primária a de serem veículos para a aquisição ou alienação de propriedade ou prestação de serviços para a prossecução dos fins públicos; o interesse público é o vínculo, interno à actividade da entidade que os outorga, que perenemente condiciona todos os seus contratos” (Raimundo, 2013a, p. 75-76).

Com uma pluralidade de valores e finalidades públicas latentes, nada mais correto que esses valores se desdobrem no próprio procedimento de aquisição, com ou sem competição. Nesse sentido, valores sócio-sustentáveis devem ser considerados e concretizados nos procedimentos de compras públicas, na medida em que:

“[...] *la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede – y debe, diría ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. [...]*” (Gimeno Feliú, 2013, p. 39 e ss.; Gimeno Feliú, 2014, p. 39 e ss, grifos meus).<sup>14</sup>

Termos como contratação estratégica, contratação sustentável, transversal, regulatória, suplementar, estimuladora, dirigida, colateral, metacontratual e agregada são sinônimos, muitas vezes, utilizados nessa tarefa de “reintrodução” de políticas horizontais no procedimento de compras<sup>15</sup> que caracterizam a contratação pública socialmente responsável (CPSR).

Com a aglutinação das políticas horizontais na contratação pública socialmente responsável (CPSR), consagra-se um poderoso mecanismo interventivo estatal dirigido (*targeted procurement*), visando um resultado mais amplo, sem deixar de lado os fins tradicionais da contratação pública. Uma *idée-force* de valor sustentável com multidimensionalidade<sup>16</sup>. Nessa perspectiva, a CPSR diz mais respeito sobre “o que comprar”, do que “como comprar” (Pernas García, 2013a), uma vez que se considera os valores qualitativos ou quantitativos mitigados, em detrimento de valores apenas quantitativos. Em outras palavras, esse direcionamento está “para além do comprar” (Estorninho, 2013a, p. 420).

O estímulo econômico, a concretização de políticas públicas e sociais, a realização de inovações em aquisições e serviços, bem como na proteção de direitos e valores ambientais, são os objetivos da CPSR. Esta, por sua vez, deve moldar a atuação do Estado e ser executada também no contrato público<sup>17</sup>, “para a obtenção de resultados socialmente valiosos” (Raimundo, 2022, p. 83). Na CPSR o *munus* de planejamento<sup>18</sup>, a condução jurídica, a fiscalização administrativa em poder da administração pública são reforçados como responsabilidade Estatal.

14 - Em tradução livre: “A contratação pública não pode ser considerada como um fim em si mesma, mas deve ser encarada como um poder ou instrumento jurídico a serviço dos poderes públicos para o efetivo cumprimento dos seus fins ou políticas públicas. Ou seja, a contratação pode – e deve, diria eu – ser uma técnica que permite atingir objetivos sociais, ambientais ou de investigação, na convicção de que envolve uma compreensão adequada de como os fundos públicos devem ser canalizados”.

15 - Essa ideia foi desenvolvida a partir dos seguintes textos: Carvalho, 2019, p. 50-60; Guimarães; Moreira, 2015, p. 106-109; Bernal Blay, 2013, p. 163; Rodrigues, 2013, p. 19; Ferraz, 2009, p. 133-142; Breus, 2015, p. 220; Gonçalves, 2010, p. 7; Raimundo, 2013, p. 397; Raimundo, 2022, p. 86; Rodrigues, 2013, p. 202; Câmara & Nohara, 2014, p. 43; Aymerich Cano, 2013, p. 92; Matei & Matei, 2012, p. 497-511.

16 - Essa ideia foi desenvolvida com base nos seguintes textos: Moreira Neto, 2014, p. 577; Schooner, Gordon & Clark, 2008; Breus, 2015, p. 220; Sachs, 2004, p. 25 e ss.

17 - Ideia desenvolvida com base nos seguintes textos: Fisher, 2013, p. 2 e ss.; Dragos & Neamtu, 2014, p. 301 e ss.; Gomes, 2013, p. 60 e ss.; Estorninho, 2006, p. 48 e ss.

18 - “A privatização ‘inicia-se por uma primeira fase de preparação ou planificação, destinada a avaliar os benefícios e os custos e a considerar as possibilidades, os termos e os limites da privatização projetadas. Do ponto de vista jurídico, são analisadas e ponderadas as determinantes e as diretrizes da privatização, ou seja, os fatores jurídicos e as indicações supra-legislativas, de natureza metaconstitucional, de direito constitucional positivo (r. g., estrutura da Administração, princípio da legalidade, cláusulas constitucionais do Estado Social) [...] o facto de a privatização se apresentar como um processo de resultado incerto exige que nesta fase de planificação se efetue um prognóstico sobre as suas previsíveis consequências, projetando-se, por isso, um regime que previna e amortecia os efeitos negativos que a operação de privatização possa desencadear” (Gonçalves, 2008, p. 156-157).

Creemos ser impossível não validar esse modo de atuação estatal enquanto “[...] *instrumento eficaz para la consecución de objetivos políticos, ambientales y sociales*”, na medida em que parte da “[...] *imposición de cambios que contribuyan a mejorar el medio ambiente, los derechos sociales*” (Pernas García, 2011, p. 13 e ss)<sup>19</sup>. O escopo do contrato público se torna mais elaborado à medida que há o reconhecimento das “externalidades positivas” (*spillover effects*) (Campos, 2011, p. 127). Com a nova amálgama, a união das finalidades contratuais e as externalidades internalizadas (Breus, 2015, p. 221), “o contrato tenderá a fixar relações ‘preços-quantidades’ que se aproximam do ótimo social” (Araújo, 2006, p. 553).

Na Lei Geral brasileira, temos menção direta à principiologia que consagra o desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos do processo licitatório, conforme se verifica no artigo 11.º da nova legislação: esse processo “tem por objetivos: IV – [...] o desenvolvimento nacional sustentável”. Salienta-se que essa preocupação não é apenas uma questão doméstica brasileira, pois está inserida em um contexto macro, transnacional. Trata-se de uma responsabilidade de direito público internacional, firmado perante a ONU por meio de uma agenda de desenvolvimento mundial, assinada em 2015, por mais de 150 lideranças do mundo. Nesse documento, foram fixados 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que devem ser cumpridos até 2030; dentre os quais, destacam-se os ODS 1, 8 e 10, relacionados à temática do trabalho digno para as pessoas com deficiência.

A CPSR, ao considerar a questão laboral PcD como um campo fértil para a atuação social, sem abrir mão dos fins tradicionais de toda e qualquer contratação, deve identificar e se adequar às legislações sociais e laborais; estimular mercados socialmente conscientes; ter uma governança socialmente responsável; apoiar a inclusão e a integração social; e assegurar uma despesa pública cada vez mais eficaz.

### 3. SUSTENTABILIDADE, UM CONCEITO AMPLO

Na lição de Freitas, podemos conceituar sustentabilidade como “[...] o dever ético e jurídico-político de viabilizar o bem-estar no presente, sem prejuízo do bem-estar futuro, próprio e de terceiros” (Freitas, 2019, p. 15). Já sobre o princípio da sustentabilidade, leciona:

Trata-se de princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (Freitas, 2019, p. 45).

Apesar de não ser nova, essa temática tem ganhado cada vez mais espaço no debate público<sup>20</sup> atual. Nesse sentido, Costa e Góes pontuam que:

19 - Em tradução livre: Acreditamos ser impossível não validar esse modo de regulação estatal como “[...] um instrumento eficaz para a consecução de objetivos políticos, ambientais e sociais”, na medida em que parte da “[...] imposição de mudanças que contribuam para melhorar o meio ambiente, os direitos sociais”.

20 - “Em que pese tenha sido alavancada juridicamente há pouco tempo, a ideia de sustentabilidade não é recente como a maioria julga, a começar pelas cimeiras conduzidas pela Organização das Nações Unidas, nos idos de 1970, quando de fato se tomou consciência de que existem limites ao crescimento, e que o desenvolvimento econômico-produtivo impensado e agressivo aos ecossistemas colocaria a humanidade em situação de ameaça a sua existência (risco sistêmico)” (Góes, 2014, p.180-181).

[...] o desenvolvimento sustentável digno de toda a sociedade deve considerá-la como um todo, não se admitindo o desenvolvimento social excludente e iníquo. Isto quer dizer que a sustentabilidade social pressupõe que toda e qualquer sociedade, em nível local e global, que tenha como característica a desigualdade, é designada pela presença de diferenças de níveis de bem-estar, em que determinados grupos vivem com muito, enquanto outros vivem com pouco ou com apenas o suficiente para sobreviver, sem possibilidade de conceber a autodeterminação individual e/ou coletiva (Costa; Góes, 2016, p. 669).

O conceito de sustentabilidade perpassa por um núcleo mínimo formado pelas dimensões social, ambiental e econômica (United Nations, 2002), a despeito das críticas que consideram essa “trina” constitutiva reducionista (Veiga, 2016, p. 15-16). Em verdade, trata-se de uma conceituação plurívoca, pois “o princípio da sustentabilidade ou do desenvolvimento sustentável é um conceito polissêmico que comporta múltiplas dimensões ou vertentes, as quais podem ser agrupadas em basicamente três: ambiental ou ecológica, econômico-financeira e social” (D’Oliveira, 2017).

Na atualidade identificamos cerca de oito vertentes que gravitam em torno da sustentabilidade, quais sejam: social, ambiental, econômica, ética, cultural, educacional, orçamentário-financeira e jurídico-política. Parte da doutrina também considera o termo meio ambiente como uma expressão-chave, um macroconceito do qual poderíamos extrair: meio ambiente natural, laboral, artificial e cultural (Fensterseifer, 2008, p. 164). Por sua vez, Moniz sinaliza: “enquanto «conceito de ligação» (*Verbundbegriff*) a sustentabilidade possui uma pluridimensionalidade que aponta para os desafios atinentes a sustentabilidade ambiental, mas também a sustentabilidade financeira e fiscal e a sustentabilidade social” (Moniz, 2018, p. 24). Caberá ao administrador público englobar em suas ações as vertentes possíveis da sustentabilidade<sup>21</sup>.

Ainda que diante dessa abertura do conceito à plurissignificação, interessa ao recorte temático deste artigo a dimensão social da sustentabilidade, com foco sobretudo no direito ao trabalho da pessoa com deficiência – uma das obrigações previstas no contrato administrativo. Isso porque, o aspecto social é o justificador do atual conceito de contratação pública socialmente responsável (CPSR) voltada à inclusão de PcDs no mercado de trabalho, característica da contratação que deve partir, desde o início, do procedimento, como passamos a expor.

#### 4. A FASE PREPARATÓRIA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SOCIALMENTE SUSTENTÁVEL (CPSR)

Nos processos de contratação, nos quais exista a competição, podemos constatar três fases principais: a fase interna ou preparatória; a seleção do fornecedor; e, por fim, a execução contratual. Os objetivos a serem alcançados com a contratação são estabelecidos na fase interna, a partir do planejamento do procedimento. A eficiência e a qualidade dos serviços prestados, bem como a relevância do impacto econômico e regulador da atividade de contratação pública, passam necessariamente pela gênese do procedimento.

Na nova lei brasileira, o planejamento foi elevado ao *status* de princípio e, conforme se depreende do artigo 5.º, ganhou extenso e novo regramento, tornando-se, por consequência, mais

21 - “Essa norma enquadradora é importante por comunicar que o objectivo é equilibrar as dimensões de eficiência económica, sustentabilidade ambiental e desenvolvimento social, e não escolher uma delas em detrimento das demais” (Raimundo, 2022, p. 86).

passível de controle. O planejamento, positivado nos artigos 18.º a 27.º, sinaliza a importância da temática dispensada pelo legislador brasileiro. Trata-se de uma mudança total de paradigma, considerando as anteriores e revogadas legislações que nada previam sobre essa relevante etapa.

Quando se estabelece uma padronização para a fase prévia, desenhando como o planejamento deve ocorrer, em quais valores deve mirar, dentre outros aspectos, otimiza-se e previne-se problemas para os agentes responsáveis pela contratação, bem como se customiza a satisfação do interesse público, único alvo da atividade estatal. Dessa forma, temos na fase do planejamento como momento propício não somente para o pensar, mas para a inserção das políticas horizontais relacionadas à sustentabilidade social, notadamente, a inclusão laboral digna e sustentável da pessoa com deficiência.

## **5. CLÁUSULAS SOBRE O ASPECTO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO E ELEMENTOS SÓCIO-SUSTENTÁVEIS RELATIVOS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

No âmbito da contratação pública, destaca-se alguns pontos permeáveis à introdução de políticas horizontais sócio-sustentáveis, a saber: (I) a fundamentação prévia da decisão de contratar; (II) a definição da forma da contratação e do objeto do contrato por meio de definições técnicas; (IV) a definição do tipo de procedimento que será adotado; (V) a confecção dos documentos necessários ao procedimento, como editais, minutas etc.; (VI) a seleção/admissão de concorrentes; (VII) o estabelecimento dos requisitos de habilitação ou os critérios de seleção; (VIII) os critérios de julgamento; e (IX) as cláusulas e condições do contrato que balizarão sua execução (Gomes; Caldeira, 2017, p. 52-55).

Como dito, a eleição de obrigações contratuais é, também<sup>22</sup>, o momento para a consecução das políticas horizontais (Garcia; Ribeiro, 2012, p. 250-251), notadamente as sócio-sustentáveis. É o momento em que os anseios da contratação pública social serão colocados à prova, com a absorção das externalidades sociais. Tudo o que foi feito previamente visa à celebração do contrato administrativo. Nesse sentido, Correia Salienta que o contrato “[...] representa o momento culminante do procedimento contratual, o que significa caber em relação a qualquer ato pré-contratual, e, portanto, também à adjudicação, a perspectiva de estar em causa um ‘ato ordenado ao contrato’” (Correia, 1987, p. 647, 649).

O Decreto 7.746/2012, com suas alterações, disciplina que as práticas sustentáveis podem constar tanto na especificação do objeto como nas obrigações contratuais (Brasil, 2012). Presentes nos documentos, editais e chamados dos processos licitatórios, os aspectos da execução do contrato delimitam o modo de cumprimento da proposta, além de especificar as condições de natureza social. Portanto, as cláusulas contratuais devem ser claras, indicar um destinatário, especificar quais os objetivos sociais devem ser alcançados e quais serão as sanções no caso de descumprimento. Trata-se de uma prévia sinalização – em observância aos princípios da transparência, da vinculação ao objeto do contrato e da igualdade – que indica como determinada obrigação deverá ser cumprida.

22 - “Segundo a Comissão Europeia as condições de execução contratual são mais favoráveis aos incentivos sociais, enquanto as especificações técnicas aos objetivos ambientais. No entanto, ambas devem ter uma ligação direta ao objeto contratual em causa e respeitar os princípios da não discriminação e transparência” (Gomes, 2016, p. 109-110).

A contratação sob o viés social – com estreita ligação com os direitos sociais – relacionada à inclusão da pessoa com deficiência (McCrudden, 2004, p. 257-267; Alonso; Molina, 2013, p. 187)<sup>23</sup> no mercado de trabalho pode se relacionar: (a) à aplicação de medidas cuja finalidade seja a igualdade salarial no trabalho; (b) ao fornecimento de equipamentos acessíveis, com a devida especificação para o uso de PcDs, que reafirmem o compromisso com o valor da dignidade laboral; (c) ao treinamento para o uso dos equipamentos acessíveis, visando o melhor desempenho laboral; (d) à manutenção de serviços de apoio às pessoas com deficiência; (e) ao aumento (dupla política) da participação de mulheres com deficiência no mercado de trabalho; (f) à manutenção de postos de trabalho remoto, para viabilizar a convivência familiar de empregados com deficiência ou que tenham dependentes nessas condições; (g) à contribuição para a promoção da inovação ou de emprego científico ou qualificado; (h) à conciliação da vida profissional com a vida familiar e pessoal<sup>24</sup> de todos os trabalhadores afetos à execução do contrato que abranjam, notadamente, horários diferenciados e compatíveis com atividades dos filhos dependentes com deficiência; (i) a qualquer prática cujo objetivo seja promoção do emprego (Schooner, 2002) e a melhoria das condições de trabalho das PcDs; (j) à garantia de que sejam ofertados, nos contratos compatíveis, bens consumíveis com certificação de comércio justo; (k) à destinação de vagas para pessoas (dupla política) cuja classificação da deficiência seja moderada ou grave; (l) ao chamamento, com prioridade para pessoas com deficiência desempregadas (dupla política), de longa duração; (m) a formações e qualificação dos jovens trabalhadores com deficiência no âmbito dos contratos que serão adjudicados; (n) à valorização da contratação coletiva; (o) à saúde e segurança do pessoal envolvido no processo produtivo, com o especial enfoque para as necessidades particularizadas das pessoas com deficiência; (p) a cursos de formação sobre igualdade de gênero e de combate ao assédio sexual/moral no trabalho; (q) a toda e qualquer cláusula que se relacione com a observância das convenções fundamentais da OIT e com condições relacionadas ao trabalho e ao emprego; (r) à identificação exata e à fiscalização dos eventuais subcontratantes, de modo a serem exigidas as mesmas obrigações dos contratantes; (s) à defesa dos direitos humanos (McCrudden, 2007, p. 90-92); (t) à preservação de ativos importantes na formação do capital social da comunidade (Rossetti, 2017, p. 123-124).

Isso posto, não basta garantir o acesso ao trabalho e ao emprego, insta qualificá-lo como digno, nos termos e definições da OIT<sup>25</sup>. Para que a dignidade do trabalho seja concretizada, é preciso o cumprimento de requisitos mínimos, como (1) segurança e saúde no ambiente laboral, o que inclui um espaço com condições adequadas e livre de acidentes; (2) padrões salariais remuneratórios justos e igualitários (Brasil. Decreto 11.795/2023); (3) inclusão do trabalhador nos sis-

23 - “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007: [...] Art. 27 Trabalho e emprego - 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação” (Resende; Vital, 2008).

24 - “Assim, de forma meramente exemplificativa, pode referir-se a possibilidade de exigir, nas peças do procedimento, o cumprimento de condições de execução do contrato que promovam diversos objetivos globais entendidos como desejáveis - sustentabilidade ambiental e circularidade, incluindo a promoção dos chamados circuitos curtos de distribuição, conciliação entre trabalho e vida familiar, igualdade de gênero, entre outras (artigo 42.º/6, em elenco reforçado com a revisão de 2021)” (Raimundo, 2022, p. 86).

25 - Nos termos da Organização Internacional do Trabalho, o trabalho produtivo digno propicia ao trabalhador uma remuneração equitativa; segurança no ambiente laboral; proteção social para a sua família; melhores perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social; liberdade para expressar as suas preocupações; organização e participação nas decisões que afetam sua vida; e igualdade de oportunidades e de tratamento, sem diferenciação de gênero.

temas previdenciários de proteção social; (4) igualdade de oportunidade no acesso e na execução das atividades, sem diferenciação de gênero; (5) e observância dos direitos legalmente instituídos (lei nacional, convenção laboral, dentre outras).

As cláusulas e obrigações contratuais são, portanto, um instrumento fundamental para a realização<sup>26</sup> dos direitos das pessoas com deficiência. No aspecto sócio-sustentável, a Lei 14.133/2021 prevê como desdobramento de uma obrigação legal aquela reafirmada no contrato administrativo, a saber: “a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz” (Brasil, 2021).

A própria lei de benefícios previdenciários – Lei 8.213/1991 – já sinalizava a obrigatoriedade de absorção de beneficiários reabilitados ou de pessoas com deficiência, aspecto agora reforçado pela previsão de apresentação de uma declaração que ateste o cumprimento das exigências legais de reservas de cargos (na forma do novo artigo 63.º, IV, já referido neste artigo) ainda na fase de habilitação. A lei supracitada, 14.133/2021, estabelece requisitos mínimos de empregabilidade, a depender do tamanho da empresa, cujo cumprimento e fiscalização também compete à administração pública contratante e, por óbvio, ao órgão oficial responsável pela checagem das normas trabalhistas e previdenciárias.

Se se imaginar que os contratos de prestação de serviço e fornecimentos contínuos podem atingir o prazo máximo de 10 anos, conforme a previsão legal mais recente (Brasil, 2021), em detrimento do prazo quinquenal previsto na lei anterior, visualiza-se uma excepcional hipótese de recolocação profissional<sup>27</sup>, que, por óbvio, dependerá do cumprimento dos deveres inerentes ao contrato de trabalho. O que a lei aqui viabiliza é o acesso ao emprego, sendo a permanência uma obrigação personalíssima a cargo de cada trabalhador, com deficiência ou não.

Dentro da temática relacionada à conciliação de vida profissional e familiar/pessoal, no âmbito da relação estatutária entre servidor público e administração, foi aprovada a Lei 13.370/2016 – que alterou o art. 98.º, §3.º, da Lei 8.112/1990, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos federais. Procedeu-se à extensão de horário especial de trabalho do servidor público PcD que tenha cônjuge, filho ou outro dependente com deficiência e à revogação da exigência de compensação de carga horária nesses casos.

Por sua vez, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que julga, como regra, trabalhadores da iniciativa privada, entendeu que seria aplicável a redução da jornada, assim como os direitos acima, ao trabalhador cujos filhos sejam PcDs, conforme dois julgados paradigmas, a saber:

26 - “Estas considerações surgem recebidas nas novas Diretivas da contratação Pública: o aprofundamento de preocupações de índole ambiental ira conduzir a que as autoridades adjudicantes prevejam a fixação de condições especiais de execução do contrato – admissíveis, desde que se encontrem relacionadas com o respetivo objeto e sejam publicitadas nos documentos do procedimento e, por conseguinte, não constituam pretexto para a vulneração do princípio de igualdade de tratamento e não discriminação entre os operadores económicos” (Moniz, 2018, p. 56-57).

27 - “A título de exemplo: no caso de contratos referentes a serviços executados de forma contínua, uma frequente substituição do fornecedor privado, que aconteceria em caso de contratos curtos, poderia gerar óbices para a própria atividade administrativa, dadas as naturais dificuldades que sempre surgem na fase inicial de qualquer prestação de serviço, como treinamento de colaboradores, adaptação do serviço às necessidades individuais do comprador, ou resolução de problemas técnicos relacionados à instalação de equipamentos, por exemplo” (Ferreira, 2020, p. 189).

RR - 10409-87.2018.5.15.0090<sup>28</sup> e TST-AIRR-607-91.2017.5.06.0012<sup>29</sup>. Dessa forma, em sede de contratos públicos, cujos trabalhadores são regidos pela CLT, bem como os instrumentos internacionais dos quais a República brasileira é signatária, a redução da jornada é devida. Trata-se de mais uma obrigação/direito que deve constar nos contratos públicos, sendo mais um exemplo do uso da ferramenta contratual para satisfação dos interesses sociais.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal julgou uma ADI em que se questionava o não deferimento de percentual de vaga a PcDs, relacionados a uma função específica (trabalho marítimo). Do julgado, depreendemos que o não acesso a algum mercado de trabalho deve ter conexão com a atividade desempenhada, não podendo ocorrer, *a priori*, qualquer juízo discriminatório que vede a acessibilidade a determinado segmento laboral. Vejamos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16-A DA LEI 7.573/1986, INSERIDO PELO ART. 1º DA LEI 13.194/2015. CONVENÇÃO DE NOVA YORK. EXCLUSÃO DOS TRABALHADORES MARÍTIMOS EMBARCADOS DO CÁLCULO PARA APURAÇÃO DAS VAGAS RESERVADAS A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (ART. 93 DA LEI 8.213/1991) EM EMPRESAS DE NAVEGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL OU CONVENCIONAL AO TRABALHO DE PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA EM EMBARCAÇÕES. PROTEÇÃO E INTEGRAÇÃO SOCIAL DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ISONOMIA. ACÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 1. A Convenção de Nova York, a qual tratou dos direitos das pessoas com deficiência, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional (Decreto 6.946/2009), nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal. 2. A deficiência física, por si só, não incapacita generalizadamente o trabalhador para o desempenho de atividades laborais em embarcações, não existindo exigência legal ou convencional de plena capacidade física para toda e qualquer atividade marítima. A eventual incompatibilidade entre determinadas atividades e certas limitações físicas não justifica a exclusão do trabalho marítimo do alcance da política pública de inclusão social das pessoas com deficiência. 3. A exclusão de postos de trabalho marítimo embarcado do cálculo destinado a apurar o número de vagas destinadas aos deficientes (art. 93 da Lei 8.213/1991) é desprovido de razoabilidade e desproporcionalidade, caracterizando-se como diferenciação normativa discriminatória. 4. A previsão dificulta arbitrariamente o acesso de pessoas com deficiência ao trabalho nas empresas de navegação, pois diminui a disponibilidade de vagas de trabalho para pessoas com deficiência. 5. Ação Direta julgada procedente (ADI 5760, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 25-09-2019 PUBLIC 26-09-2019).

Mesmo que não disciplinadas, especificamente, em alguma lei, em função do princípio da juridicidade, poderá haver, em sede de eleição de obrigação contratual, obrigações que sejam compatíveis com o conjunto normativo, conectados ao conceito de objeto contratual, visando como resultado a proteção dos direitos sociais e laborais. Justen Filho pontua sobre a abertura:

28 - “ACÓRDÃO - (3ª Turma) RECURSO DE REVISTA. AUTORA MÃE DE CRIANÇA COM SÍNDROME DE DOWN E BEXIGA NEUROGÊNICA. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO, SEM DIMINUIÇÃO PROPORCIONAL DA REMUNERAÇÃO. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA IGUALDADE MATERIAL E DA ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. EXTENSÃO DO DIREITO AO CUIDADOR. PONDERAÇÃO DOS INTERESSES EM CONFLITO. THE COST OF CARING”.

29 - “TST - ACÓRDÃO - (8ª Turma) - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - REDUÇÃO DA JORNADA PARA FILHO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA SEM REDUÇÃO SALARIAL OU COMPENSAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA”.

Consideram-se aplicáveis as disposições legais sobre o tema, constantes da legislação. O contrato poderá ampliar a extensão dessa responsabilidade. Não é cabível, contudo, que a restrinja. [...] É válida cláusula que amplie a extensão da responsabilidade do particular (desde que tal já estivesse previsto no ato convocatório) (Justen Filho, 2014b, p. 493-494).

Frente ao exposto, essas seriam algumas formas de elencar obrigações contratuais sócio-sustentáveis aos contratos públicos, na forma da legislação brasileira, especialmente conectadas ao direito das pessoas com deficiência de terem acesso ao trabalho digno. Contudo, a efetividade de toda a construção da administração pública dependerá de uma eficiente fiscalização contratual, tema que passamos a tratar.

## 6. DA FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA NOS CONTRATOS PÚBLICOS

Sob pena de jogar por terra tudo o que tenha sido concretizado até o momento pela administração, a fiscalização da execução contratual ganha relevo, devendo ser, cada dia mais, objeto de aprimoramentos.

A celebração do contrato, por si só, não garante a prossecução das políticas horizontais relacionadas à sustentabilidade social. Nem mesmo o objeto do contrato, se considerado aquele restrito à contratação, estaria garantido. Não é incomum a verificação de obras inacabadas e executadas em descompasso com os planos construtivos, serviços prestados de forma incompleta e inadequada ou o fornecimento de bens que não atendem, de fato, ao objeto do contrato. Em verdade, o prejuízo à administração pode se tornar ainda maior em função do dispendioso procedimento de contratação, bem como do refazimento do objeto restrito do contrato, com a consequente falha nas políticas públicas horizontais.

Se no âmbito brasileiro, nos termos da Lei 14.133/2021, existe a obrigação legal da precisa definição do objeto, então, como consequência e corolário dessa obrigação, a execução do contrato deve ser fiel, precisa e dentro dos limites do que foi estabelecido. Nesse sentido, o Termo de Referência (TR) deve dispor sobre o modo como o contrato será fiscalizado, bem como a obrigação de capacitar os servidores para a fiscalização. Por sua vez, o edital brasileiro deve tratar desse tema, de modo a evidenciar como deverá ser a atuação da administração<sup>30</sup>. Prossegue a legislação afirmando, categoricamente, que o regime jurídico instituído pela nova lei confere poderes de fiscalização do contrato a cargo da administração pública, definindo-o como uma prerrogativa (Brasil, 2021). Trata-se, em verdade, de um dever de atuar da forma mais eficiente possível. Sobre esse dever fiscalizatório, pontua Motta:

É sabido que a Administração não tem apenas o direito de fiscalizar a execução da avença, mas o dever de fazê-lo. Esse dever deve ser exercido em todas as etapas do cronograma de execução, não podendo ser aditado o contrato sem que haja fundamento fático suficiente, comprovado mediante a fiscalização direta. A execução do contrato deverá, portanto, ser acompanhada pela Administração, mediante a fiscalização de um representante. [...]

O representante deve ser designado por ato formal da Administração [...] para fixação de responsabilidades, tendo como pontos essenciais os encargos de acompanhar a empresa contratada na execução do objeto, e de alertar a autoridade competente para a ocorrência de atrasos e fatos passíveis de sanção. [...]

É, portanto, inaceitável o contratado omisso ou relapso, e a atitude do contratante que, por tolerância ou negligência, deixe de aplicar sanções devidas (Motta, 2005, p. 502-503).

30 - Essa ideia foi desenvolvida com base na Lei 14.133/2021, especificamente a partir dos artigos: 6.º, XXIII; 18.º; 25.º; e 40.º.

Sendo assim, é indispensável que a administração pública designe um ou mais servidores, caso entenda necessário, podendo, inclusive, contratar uma empresa especializada para a função. Os designados deverão estar cientes das responsabilidades inerentes ao gerenciamento de um contrato administrativo, bem como ser capazes de desempenhar a contento a função que lhes for atribuída. Essas considerações decorrem diretamente dos ditames legais relativos ao fiscal do contrato, preposto da contratada, livro de ocorrências e assessoramento jurídico ao fiscal, institutos que potencializam a boa gestão dos contratos<sup>31</sup>. A “fiscalização constante e rigorosa do cumprimento das obrigações contratuais impostas ao contratado, a cargo de profissional com experiência na área, com a aplicação oportuna de sanções sempre que houver conduta culposa” (Terra; Csipai; Uchida, 2015, p. 258-259), é um ônus que não pode ser exercido de forma relapsa pela administração.

Do mesmo modo, a observância aos percentuais de reserva de vagas deve ser objeto de constante monitoramento por parte da administração pública, já que é cláusula obrigatória em todos os contratos: “a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz” (Brasil, 2021). Nesse âmbito, a lei prevê que o requisito social deve ser fiscalizado “ao longo de toda a execução do contrato”, considerando os aspectos obrigatórios descritos acima (Idem).

O descumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista na Lei 14.133/2021 é motivo para a extinção do contrato, conforme pode-se verificar na redação do art. 137:

constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações: [...] IX - não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz (Brasil, 2021).

Durante a execução contratual, caso não exerça de forma eficiente seu *munus*, a administração pública também poderá vir a ser responsabilizada por danos que o contratante causar a terceiros, conforme entendimento também sumulado pelo Superior Tribunal do Trabalho (TST) do Brasil, por meio do verbete da súmula 331, V<sup>32</sup>. A responsabilização se aplica aos casos em que a administração pública for comprovadamente omissa quanto à fiscalização de determinados contratos que envolvam tomar mão de obra e, conseqüentemente, quanto à verificação do cumprimento da legislação que obriga depósitos, recolhimentos e pagamento de tributos e contribuições sociais decorrentes da relação de emprego.

É dever da administração atuar vigilante frente ao perene interesse público também na fase da fiscalização da execução contratual, uma vez que, por óbvio, tal interesse público não se

31 - Essa ideia foi desenvolvida com base na Lei 14.133/2021, especificamente a partir dos arts. 117.º, §2.º e §3.º; e 118.º (Brasil, 2021).

32 - “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do n.º IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 [...] IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada [...]”.

esgota na celebração do contrato. Uma atuação deficiente demonstrará a falência, com potenciais prejuízos ao erário, de todo o processo até aqui estruturado (Kunzlink, 2009, p. 369-407), declarando a ineficácia do bloco de legalidade. Assim como o interesse público é permanente, a fiscalização contratual também deve ser, não se limitando a fases específicas, inobstante a eleição de momentos fiscalizatórios mais intensos – quando dos pagamentos, por exemplo – ser uma medida que contribua com a logística e com o planejamento empresarial na execução do contrato (TCU, Acórdão 526/2013).

Dessa forma, como corolário do interesse público permanente que fundamentou a contratação pública socialmente responsável (CPSR), a eleição de características e formas de execução não submetidas à concorrência e imperativas, relacionadas à acessibilidade ao trabalho digno, a fiscalização contratual deve ser vigilante e eficiente, de modo a assegurar as expectativas de entregas por meio do contrato público e concretizar, assim, os direitos das pessoas com deficiência.

## CONCLUSÕES

A sociedade tem passado por momentos de grandes mudanças. O direito, como um dos instrumentos que acompanha esse processo de “mutação” (Coelho, 1983, p. 416), não está imune a uma realidade de reveses. A crise do emprego, a diminuição do poder aquisitivo frente ao fenômeno da inflação, a diminuição dos direitos sociais e a desaceleração das economias – local, regional, nacional e global – formam uma realidade preocupante que coloca em xeque a própria função estatal. Nesse cenário, quando novos valores, ideias ou conceitos são agregados (ou mesmo quando alguns existentes passam a preponderar) a um sistema, é natural que ajustes sejam demandados em relação à realidade pré-existente. A lição é antiga, considerando que devemos estar conscientes dos reflexos e impactos das medidas que escolhemos, frente às alternativas postas (Holmes, 1897, p. 474).

Nesse cenário, verifica-se a necessidade de se balancear a eficiência econômica, por exemplo, por meio de metas sociais, porque as escolhas não devem ser excludentes, e as medidas devem coexistir (Sjáfell; Wiesbrock, 2016, p. 4), principalmente em tempos de desafios econômicos, crises de emprego e agravamentos dos débitos sociais (Klingler, 2020). Em resposta a esses desafios, o ordenamento jurídico brasileiro já consagra a contratação pública como um relevante instrumento de intervenção social, ratificando por meio dela o desenvolvimento nacional sustentável.

As administrações, partindo das normas vigentes e atuando em absoluta fidelidade ao interesse público, têm atribuições para a eleição de pontos e características que estariam fora do ambiente concorrencial, dentro de um procedimento que é eminentemente concorrencial. Pareados, ligados e juntos aos princípios fundantes da contratação pública, como a concorrência, a igualdade e a legalidade, redefinem o modo da compra pública. Nesse âmbito, a inclusão laboral digna da pessoa com deficiência é uma medida que deve ser prestigiada pelo Estado em todas suas formas de atuação, sendo a contratação pública apenas um exemplo de como isso pode acontecer. A tônica, se considerarmos as mudanças legislativas ocorridas no Brasil, é que os elementos sócio-sustentáveis permeiem, cada vez mais, todo o processo de contratação pública.

Ao manter o enfoque no momento da eleição das obrigações contratuais, encontramos o melhor terreno para a absorção das externalidades sociais, notadamente a hipótese de franquear o trabalho digno a uma parcela significativa da população com deficiência – grupo que solicita ao Estado

um olhar mais interventor. Desse modo, o Estado, a partir do seu poder regulador, deve consagrar as obrigações contratuais sociais cogentes e fora do âmbito transacional, observadas as balizas regulamentares, sempre guiado pelo objetivo de absorver as externalidades sociais, notadamente a absorção laboral digna das pessoas com deficiência. Trata-se de uma nova redefinição do estatuto da contratação pública, com a salvaguarda de condicionamentos em matéria social e laboral, dentre outros.

Sob esse viés, a concorrência deve ampliar a nova roupagem, de modo a coexistir com – e incentivar – o *best social value*, redefinindo o que venha a ser a maior vantagem a partir da correção de desigualdades vivenciadas por um estrato social que necessita de maior intervenção do Estado (Gonçalves, 2010, p. 7-8; Trepte, 2004, p. 134-135).

Usar o poderoso contrato público como uma ferramenta de atuação transversal e implementadora de políticas horizontais é colocar em prática, cada vez mais, um mandamento cogente, notadamente diante das hipóteses de introdução de características ou de formas do objeto e do cumprimento de contrato, sem a possibilidade de transação ou ponderação, todas as vezes que os sistemas assim permitirem

Dessa forma, sob a perspectiva dos valores consagrados pela República Federativa do Brasil, firmes na existência de um desenvolvimento nacional indissociavelmente sustentável e considerando as portas de entrada nos sistemas de compras públicas aqui analisadas, conclui-se pelo dever da inserção de obrigações contratuais, inegociáveis e imperativas, que concretizem políticas que prevejam a absorção das externalidades sociais, todas as vezes que existir tal hipótese, à vista do objeto do contrato, notadamente o acesso e a manutenção do trabalho digno para as pessoas com deficiência.

É preciso coragem<sup>33</sup>, nos dizeres do escritor brasileiro Guimarães Rosa, para uma mudança de paradigma mais acentuada.

## REFERÊNCIAS

ALONSO, Alma Patrícia Dominguez; MOLINA, Jose Antônio Moreno. Contratos Públicos y Políticas de Apoyo a las Personas con Discapacidad. In: PERNAS GARCÍA, J. Jose (Dir.). **Contratación** Pública Estratégica. Pamplona: Thomson Reuters; Aranzadi, 2013.

APARICIO TOVAR, Joaquín. **Introducción al derecho social da la Unión Europea**: Unión Europea. Albacete, España: Editorial Bormazo, s.d.

ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter. Public Procurement and horizontal policies in EC law: general principles. In: ARROWSMITH, S.; KUNZLIK, P. (Ed.). **EG Procurement Law: New Directives and New Directions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ARROWSMITH, Sue. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter (Coord.). **Social and Environmental Policies in Ec Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

33 - “O correr da vida embrulha tudo. A vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem” (Rosa, 1988, p. 278).



ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AYMERICH CANO, Carlos. Crisis Económica y Contratacion Pública. In: PERNAS GARCIA, J. José (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters; Aranzadi, 2013.

BARNARD, Catherine. **Para ir corajosamente**: cláusulas sociais em aquisições públicas. Cambridge: Trinity College, 2015.

BATTISTINI, Niccolò; STOEVSKEY, Grigor. Alternative scenarios for the impact of the COVID-19 pandemic on economic activity in the euro area. **ECB Economic Bulletin**, Frankfurt, n.º 3, p. 25-30, 2020. Disponível em: <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/ecbu/eb202003.en.pdf>>. Acesso em: 03/08/2024.

BERNAL BLAY, Miguel Angel. El desarrollo de políticas activas de empleo através de los contratos públicos. In: PERNAS GARCIA, J. José (Dir.). **Contratación Pública estratégica**. Pamplona: Thomson Reuters; Aranzadi, 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

BREUS, Thiago Lima. A funcionalização da contratação pública para a realização de políticas públicas (horizontais). **Revista de Direito Público da Economia — RDPE**, Belo Horizonte, ano 13, n.º 51, p. 219-241, jul./set. 2015.

CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. **Tratado de direito administrativo**: licitações e contratos administrativos. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPOS, Diogo Duarte de. A admissibilidade de políticas secundárias na contratação pública: a consideração de fatores ambientais e sociais. In: Coleção PLMJ. v. 4. Coimbra: Coimbra ed., 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003a.

CARVALHO, Raquel. **Direito da contratação pública**. Porto: Universidade Católica Ed., 2019.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria e crítica do direito**. Curitiba, HDV, 1983.

CORREIA, J. M. Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

COSTA, Ilton Garcia da; GÓES, Winnicius Pereira de. A Diretiva 2014/24/UE como guia de contratualizações sustentáveis de políticas públicas sociais. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, Itajaí, v. 21, n.º 2, p. 656-690, maio/ago. 2016. p. 677-678. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v21n2.p656-690>. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9099/>>. Acesso em: 03/08/2024.

D'OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. Contratação pública sustentável no direito europeu e português: reflexões sobre a sua evolução e a Diretiva 2014/t4/EU. **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, jan., 2017.

DRAGOS, Dacian; NEAMTU, Bogdana. Sustainable Public Procurement: Life-Cycle Costing in the New EU Directive Proposal. **European Procurement & Public Private Partnership Law Review**, v. 8, n.º 1, p. 19-30, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.21552/EPPPL/2013/1/159>>. Acesso em: 04/08/2024.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de direito dos contratos públicos**: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2013.

ESTORNINHO, Maria João. Por uma visão ética da contratação pública. In: SOUSA, Marcelo Rebelo, PINTO, Eduardo Vera-Cruz. (Coord.). **Liber Amicorum**: Fausto de Quadros. Lisboa, Almedina, 2016. v. 2.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 9, n.º 37, p.133-142, jul./set. 2009.

FERREIRA, Ednaldo. A influência da duração do contrato na implementação de políticas sociais e ambientais através da Contratação Pública. **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, n. 24, p. 177-192, ago. 2020.

FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 4, n.º 1, 2014 p. 201-213. Disponível em: <[https://www.publicacaoes-academicas.uniceub.br/RBPP/article/download/2668/pdf\\_1](https://www.publicacaoes-academicas.uniceub.br/RBPP/article/download/2668/pdf_1)>Acesso em: 05/08/2024.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GIMENO FELIÚ, José María. La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad. In: GIMENO FELIÚ, José María et al. **Observatorio de los contratos públicos**: las nuevas directivas de contratación pública. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2015. p. 37-105.



GÓES, Winnicius Pereira de. A contratualização de políticas públicas sociais. **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, n.º 10, jan. abr. 2014.

GOMES, Carla Amado; CALDEIRA, Marco. Contratação pública “verde”: uma evolução (eco) lógica. **Revista da AGU**, Brasília, v. 16, n.º 4, p. 52, out./dez. 2017. DOI: <<http://dx.doi.org/10.25109/2525-328X.v.16.n.04.2017.2119>>. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/2119>>. Acesso em: 06/08/2024.

GONÇALVES, Pedro Costa. A regulação do mercado da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos** — RCP, Belo Horizonte, ano 3, n.º 3, p. 201-208, mar./ago. 2013b.

GONÇALVES, Pedro Costa. A reforma europeia da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos** – Reforma Europeia da Contratação Pública, Coimbra, n.º 11, ago. 2016.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos contratos públicos**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2021.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Las clausulas ambientales en la contratación pública**. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 2019. E-book. cap. X, posição 6677. (Derecho, Instituto Garcia Oviedo, n.º 4).

GUIMARÃES ROSA, João. **Grande Sertão**: veredas. 36. impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento Nacional Sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei nº 12.349/10. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, n.º 210, ago. 2011. Seção Contratações Sustentáveis.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MATEI, Ani. I.; MATEI, Lucica. Modernização do Mercado de Compras Públicas: rumo a uma estratégia de marketing público específico no mercado único. **Societal Innovations Global Growth**, 1, p. 497-511, 2012.

MCCRUDDEN, Christopher. **Buying Social Justice**: equality, government procurement, and legal change. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MCCRUDDEN, Christopher. Using public procurement to achieve social outcomes. **Natural Resources Forum**, v. 28, n.º 4, nov. 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Tutela do ambiente e preparação do procedimento de Contratação pública no contexto de revisão do Código dos Contratos Públicos. **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, p. 23-69, mar. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a Lei Geral de Licitações - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação: RDC**. 2. ed., atual., rev. e aum. São Paulo, Malheiros, 2015.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações & contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão, parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. A ONU e o meio ambiente. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 07/08/2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. 13 out. de 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 08/08/2024.

PERNAS GARCÍA, J. José. PERNAS (Dir.). **Contratación Pública Estratégica**. Pamplona: Aranzadi, 2013.

PERNAS GARCÍA, José. **Contratacion Pública Verde**. La Ley. Madrid, 2011.

RAIMUNDO, Miguel Assis. **A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público**. Lisboa: AAFDL, 2013.

RAIMUNDO, Miguel Assis. **Direito dos Contratos Públicos: introdução: regime de formação**. Lisboa: AAFDL, 2022. v. 1.

RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (coord.). **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência comentada**. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.



RODRIGUES, Nuno Cunha, **A Contratação Pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2013.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano 1, v. 1, n.º 1, abr. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: estudos sobre a Constituição, direitos fundamentais e a proteção ao ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

SEMPLE, Abigail. The Link to the Subject-Matter: a glass ceiling for sustainable public contracts. In: SJÅFJELL, Baete; WIESBROCK, Anja (Ed.). **Contratos públicos sustentáveis ao abrigo da legislação da UE**: novas perspectivas sobre o Estado como parte interessada. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

UNITED NATIONS. Johannesburg Declaration on Sustainable Development. Joanesburgo: UN Department of Economic and Social Affairs, 2002. Disponível em: <[https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD\\_POI\\_PD/English/POI\\_PD.htm](https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm)>. Acesso em: 09/08/2024.

VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Ed. 34, 2016. Ebook.

## DOCUMENTOS LEGISLATIVOS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto 10.932, de 10 de janeiro de 2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência

da República, [1999]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2024.

**BRASIL. Decreto 4.377 de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em: 22 ago. 2024.

**BRASIL. Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2024.

**BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.** (Vide Decreto-Lei nº 127, de 1967). Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1943]. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 06 nov. 2024.

**BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943.** (Vide Decreto-Lei nº 127, de 1967). Regulamento. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1943]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2024.

**BRASIL. LEI 10.048, de 8 de novembro de 2000.** Dá prioridade de atendimento às pessoas que específica, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l10048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2024.

**BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2024.

**BRASIL. Lei 14.133 de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2024.

**BRASIL. Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1989]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2024.



BRASIL. **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2024.



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 00016-2023-  
CONSUNIAO-CGU-AGU**

.....





ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA DA UNIÃO

**PARECER n. 00016/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU**

**NUP: 00400.002107/2023-84**

**INTERESSADA: CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

**ASSUNTO: Inidoneidade de pessoas naturais e jurídicas que pratiquem infrações administrativas ambientais especialmente graves, conforme define.**

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS. CONSULTA. PRÁTICA DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS AMBIENTAIS ESPECIALMENTE GRAVES. DEFINIÇÃO, PARA FINS DESTES PARECER. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE CONDUTA INIDÔNEA ATOS ANTIJURÍDICOS ESPECIALMENTE GRAVES, AINDA QUE PRATICADOS FORA DO ÂMBITO DA LICITAÇÃO OU DO CONTRATO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 155, INCISO X, DA LEI N. 14.133/2021, SEGUINDO O PARECER N. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS NORMATIVOS E DE RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. O respeito ao direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é insito às contratações públicas e ao espírito da Lei n. 14.133/2021, com previsão expressa do desenvolvimento nacional sustentável como princípio e como objetivo.
2. O cometimento de infrações que abalam o meio ambiente de forma especialmente grave é conduta que agride valor essencial à Constituição Federal e cuja preservação é necessária para a manutenção da própria vida.
3. A prática de infrações ambientais especialmente graves pode se enquadrar na conduta "comportar-se de modo inidôneo", prevista no artigo 155, inciso X, da Lei n. 14.133/2021 como infração administrativa e, conseqüentemente, atrair a aplicação da penalidade de "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar", prevista no artigo 156, inciso IV, da referida lei.
4. Consideram-se especialmente lesivas ao meio ambiente, para os efeitos deste parecer, as condutas tipificadas como infrações ambientais que, em tese, correspondam aos tipos penais considerados, por si, de maior potencial ofensivo, quando houver violação qualificada ao meio ambiente.
5. Será considerada violação qualificada ao meio ambiente: a) para as infrações de incêndio e desmatamento, a lesão a áreas superiores a 1.000ha (mil hectares); b) para a infração de elaboração ou apresentação de documento falso a órgãos ambientais, a presença de dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa, e c) para a infração de maus-tratos a cães e gatos, a ocorrência de morte do animal.
6. A aplicação de qualquer sanção mencionada neste parecer depende, para a sua validade, da observância dos princípios constitucionais relacionados ao devido processo legal.
7. Devem ser observadas todas as disposições legais referentes ao prazo prescricional, inclusive ao seu termo inicial, conforme determina o artigo 158 da Lei n. 14.133/2021, considerado o momento da lavratura do auto de infração, nos termos do art. 96 do Decreto n. 6.514/2008.
8. A possibilidade de apuração concomitante da infração revela a necessidade de, em tal hipótese, imprimir racionalidade tanto à instauração de procedimento tendente à declaração de inidoneidade quanto à aplicação das sanções, em harmonia com o artigo 22, §§ 2º e 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.
9. Eventual declaração de inidoneidade em razão de infrações administrativas especialmente lesivas ao meio ambiente, na forma definida neste parecer, terá seus efeitos cessados no caso em que, no âmbito criminal ou no âmbito do processo administrativo de apuração de infração ambiental regido pelo Decreto n. 6.514/2008, for reconhecida a inexistência do fato ou a negativa de autoria. Nas demais hipóteses, deverá prevalecer a autonomia da instância licitatória/contratual.
10. Em razão da autonomia das instâncias responsabilizadoras, a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar não exime os responsáveis do ressarcimento de eventuais danos ambientais causados à Administração Pública (artigo 156, § 9º da Lei n. 14.133/2021), e/ou ao meio ambiente, sendo, neste último caso, imprescritível a pretensão de reparação civil (Tema 999 da Repercussão Geral).
11. No âmbito do Poder Executivo federal, a aplicação da sanção de inidoneidade, nos termos do artigo 156, § 6º, inciso I, da Lei n. 14.133/2021, deve ser feita por ato de Ministro de Estado ou, no âmbito da Administração Indireta, por ato da autoridade máxima da entidade.
12. A prática de infração ambiental especialmente grave pode configurar razão de interesse público para fins de encerramento do contrato administrativo, nos termos do artigo 78, inciso XII, da Lei n. 8.666/1993, e do artigo 137, inciso VIII, da Lei n. 14.133/2021.
13. O enquadramento do cometimento de infrações ambientais especialmente graves como comportamento inidôneo alcança os licitantes submetidos ao regime jurídico da Lei n. 12.462/2011 (artigo 47, inciso VI), caso em que devem ser observadas as disposições específicas desse diploma legal, mormente no que diz respeito à abrangência da sanção, à sua duração, ao termo inicial do prazo prescricional e à autoridade competente para sua aplicação.
14. Em respeito à segurança jurídica, a interpretação fixada neste parecer deve ter aplicação prospectiva, alcançando as infrações ambientais especialmente graves cujos autos tenham sido lavrados após a sua publicação.

#### **I. Relatório**

1. Trata-se de consulta formulada pelo Senhor Consultor-Geral da União, que solicitou a esta Consultoria da União a

análise, em tese, da possibilidade da aplicação de medidas sancionatórias previstas no âmbito de licitações e contratos administrativos, às pessoas naturais e jurídicas responsáveis pela prática de infrações ambientais especialmente graves.

2. Foram conduzidas reuniões junto à Procuradoria Nacional de Defesa do Clima e do Meio Ambiente – PRONACLIMA, órgão de assistência direta e imediata ao Advogado-Geral da União, que encaminhou subsídios no PARECER n. 00013/2023/PNDCMA/AGU (Seq. 10), aprovado pelo DESPACHO n. 00147/2023/PNDCMA/AGU (Seq. 11).

3. A referida peça opinativa, após elencar as razões pelas quais entende plausível a restrição pretendida, assevera: “considerando que a inidoneidade é penalidade extremamente grave, urge buscar no Direito Penal - que já é informado pelo princípio da subsidiariedade - critérios para definição das condutas que podem dar ensejo à aplicação desta penalidade”. O despacho de aprovação, expedido pela Procuradora-Chefe da PRONACLIMA, corrobora essa linha de ideias, ao afirmar:

Pondero, por fim, que por se tratar de uma análise genérica, recomendamos que sejam buscados parâmetros abstratos na lei penal. Sabe-se que em concreto, outros tipos penais poderiam ter repercussões graves, mas é preciso estabelecer um parâmetro abstrato com segurança. Tal ponderação se faz com o intuito de contribuir com a avaliação conclusiva da CGU.

4. Ressalte-se que a consulta foi realizada em caráter geral e abstrato, sem abordar situações concretas ou específicas, de modo que, na presente peça opinativa, o tema será enfrentado em termos gerais.

5. É o relatório do essencial.

## II. Esclarecimentos preliminares

6. No início do corrente ano e em resposta aos graves fatos ocorridos no dia 8 de janeiro de 2023, foi aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União o Parecer n. JM-01, que adotou, para os fins do artigo 41 da Lei Complementar n. 73/1993, o Parecer n. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, aprovado pelos Despachos n. 00125/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, 00290/2023/GAB/CGU/AGU. A peça opinativa foi assim ementada:

PARECER. CONSULTA. LICITAÇÕES. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PRÁTICA DE ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS. ATENTADO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA "MORALIDADE". ART. 37, CAPUT, DA CARTA DA REPÚBLICA. ARTS. 5º, 155, X; E 156, IV, TODOS DA LEI N. 14.133/21. COMPORTAMENTO INIDÔNEO. PENALIDADE APLICÁVEL. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR OU CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 158, § 4º, DA LEI N. 14.133/21. ART.47, "CAPUT" C/C INCISO VI DA LEI N. 12.462/11. IMPEDIMENTO PARA LICITAR OU CONTRATAR. RESCISÃO CONTRATUAL. INTERESSE PÚBLICO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. ART. 78, XII, DA LEI N. 8.666/93. ART. 137, VIII, DA LEI N. 14.133/21.

I - A prática de desenvolver, ou ainda, estimular ações atentatórias aos Poderes da República consubstancia violação ao Estado Democrático de Direito e ao princípio "republicano", recebendo alta carga de reprovabilidade do ordenamento jurídico pátrio.

II - A contratação administrativa de pessoas, físicas ou jurídicas, que praticaram ou instigaram atos atentatórios ao Estado Democrático de Direito pode ser vista como incompatível com o princípio da "moralidade" estabelecido no art. 37, caput, da Constituição Federal, bem como com os princípios do "interesse público", da "segurança jurídica" e do "desenvolvimento sustentável", previstos no art. 5º da Lei n. 14.133/21.

III - A prática ou incitação de atos antidemocráticos pode ser interpretada como conduta passível de caracterização da conduta de "comportar-se de modo inidôneo", prevista no art. 155, inciso X, da Lei n. 14.133/21, como infração administrativa.

IV - Encampada a inteligência do item "III", as pessoas físicas ou jurídicas que praticaram ou estimularam atos antidemocráticos, quando figurarem como licitantes ou contratadas no regime jurídico estabelecido pela Lei n. 14.133/21, estarão sujeitas à responsabilização administrativa, mediante a aplicação da penalidade de "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar", prevista no inciso IV, do art. 156, da Nova Lei de Licitações.

V - A aplicação da sanção de "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar" deve observar o prazo prescricional quinquenal estabelecido no § 4º, do art. 158, da Lei n. 14.133/21.

VI - A Administração Pública possui o prazo de 5 (cinco) anos, contados da ciência do fato, para instaurar o devido processo administrativo com o desiderato de apurá-lo.

VII - A instauração do processo administrativo para a apuração do fato demarca a interrupção do lapso temporal prescricional quinquenal para a responsabilização do agente licitante ou contratado em razão da prática de infração administrativa, nos termos do art. 158, § 4º, da Lei n. 14.133/21.

VIII - A aplicação da penalidade de "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar" pressupõe a realização do devido processo legal, nos termos do disposto no art. 158 da Lei n. 14.133/21, com a devida oportunidade ao interessado do exercício dos direitos ao "contraditório" e à "ampla defesa"; e sobretudo, a efetiva comprovação do desenvolvimento da conduta ilícita pelo administrado.

IX - A aplicação da sanção de "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar" não exclui a obrigação das pessoas físicas ou jurídicas responsáveis de ressarcir a Administração Pública dos prejuízos sofridos em decorrência de atos antidemocráticos, nos termos dispostos no art. 156, § 9º, da Lei n. 14.133/21.

X - a prática ou instigação ao cometimento de atos antidemocráticos podem ser compreendidas como condutas passíveis de caracterizar a infração administrativa de "comportar-se de modo inidôneo", prevista no art. 47, inciso VI, da Lei n. 12.462/11, por parte do licitante submetido ao regime jurídico daquele diploma normativo.

XI - A conduta de "comportar-se de modo inidôneo" é sancionada com a penalidade de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, nos termos do art. 47, caput c/c inciso VI, da Lei n. 12.462/11, desde que comprovada mediante devido processo legal administrativo,

com "contraditório" e "ampla defesa".

XII - O prazo prescricional aplicável à pretensão de penalizar "comportamento inidôneo" desenvolvido pelo licitante submetido ao Regime Diferenciado de Contratações Administrativas é de cinco anos, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado a conduta do agente.

XIII - É competente para aplicar a sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública, prevista no art. 47, caput, da Lei n. 12.462/11, a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento, a depender do caso concreto.

XIV - A aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública tem eficácia no âmbito do ente federativo em que foi aplicada e, na esfera federal, enseja o registro da penalidade do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF.

XV - O reconhecimento da prática ou a instigação à realização de atos antidemocráticos por parte do contratado é passível de caracterizar interesse público hábil a ensejar a rescisão do contrato administrativo, nos termos dos arts. 78, inciso XII, da Lei n. 8.666/93; e 137, inciso VIII, da Lei n. 14.133/21.

XVI - A rescisão contratual administrativa mencionada no item "XV" somente pode ser efetuada mediante a constatação das seguintes condições: a) a realização do devido processo legal administrativo, com a devida observância dos direitos ao contraditório e à ampla defesa do administrado contratado; b) efetiva comprovação da prática ou do fomento de atos antidemocráticos por parte do contratado; c) decisão administrativa explicitamente justificada declinando as razões de interesse público a ensejar a rescisão administrativa; d) o respeito aos direitos porventura adquiridos em decorrência do contrato administrativo; e e) avaliação da proporcionalidade das consequências práticas possíveis da rescisão da avença para a Administração Pública.

XVII - A restrição do direito de pessoas físicas ou jurídicas de participar de licitações ou contratações com a Administração Pública é medida de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, porquanto a regra é justamente a ampla possibilidade de competição para negociar com o Estado.

XVIII - A aplicação de medida ou sanção que venha a restringir ou impedir a participação de pessoas físicas ou jurídicas em licitações ou contratações públicas, caso não precedida da efetiva comprovação da conduta ilícita - no caso, a prática ou o incentivo à realização de atos antidemocráticos - poderá vir a configurar prática de desvio de finalidade.

XIX - É possível, em processo administrativo sancionatório, a utilização da prova emprestada, licitamente produzida, oriunda de processo judicial, desde que sejam resguardados os direitos substantivos ao "contraditório" e à "ampla defesa" do interessado.

XX - A atuação antidemocrática não se confunde com o regular exercício do direito à crítica decorrente do direito fundamental à "liberdade de expressão", consagrado no art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal.

7. O referido parecer enfrentou, pormenorizadamente, questões inovadoras surgidas a partir da Lei n. 14.133/2021, debruçando-se, de forma diligente, sobre aspectos doutrinários e jurisprudenciais que servem como norte para a aplicação do aludido diploma legislativo. Mais do que isso, a peça opinativa pode representar uma espécie de roteiro para a análise de questões paralelas ou semelhantes, como a que ora se enfrenta.

8. Dessa forma, quanto aos aspectos que envolvem a interpretação da Lei n. 14.133/2021 – os quais, por evidência, são os mesmos analisados no Parecer n. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU –, far-se-á menção aos fundamentos ali lançados. Também quanto a estes pontos, a sequência das observações segue o parâmetro estabelecido no mencionado Parecer, cujas conclusões já vinculam a Administração Pública federal, nos termos dos artigos 40 e 41 da Lei Complementar n. 73/1993.

9. Ainda em sede preambular, vale destacar a publicação da Portaria SEGES/MGI n. 720, de 15 de março de 2023, que "fixa o regime de transição de que trata o art. 191 da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional"; da Portaria SEGES/MGI n. 1.769, de 25 de abril de 2023, que "dispõe sobre o regime de transição de que trata o art. 191 da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional", bem como da Lei Complementar n. 198, de 28 de junho de 2023, que, dentre outras medidas, altera a Lei n. 14.133/2021. As diretrizes previstas nos referidos atos normativos devem ser levadas em consideração quando da instauração de procedimentos licitatórios e eventual prorrogação de contratos administrativos.

### III. Fundamentação

#### III.1. Meio ambiente e contratações públicas

10. O artigo 225 da Constituição da República assegura, em uma perspectiva transgeracional, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O § 4º do referido dispositivo confere, inclusive, *status* de patrimônio nacional à Floresta Amazônica brasileira, à Mata Atlântica, à Serra do Mar, ao Pantanal Mato-Grossense e à Zona Costeira, exigindo que a sua utilização seja feita "na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais".

11. Ressaltando a relevância do meio ambiente na ordem jurídica, o Supremo Tribunal Federal<sup>111</sup>, em consonância com a doutrina nacional e internacional, reconhece-lhe, desde há muito, o caráter de direito fundamental de terceira geração. Além disso, ao julgar o Tema n. 999 da Repercussão Geral<sup>121</sup>, a Corte fixou tese no sentido de que "é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental". No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já declarou a relevância do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, nos seguintes termos:

(...) A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as

**exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (...)**

(ADI n. 3540 MC, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 01/09/2005, Publicação em 03/02/2006; grifou-se).

12. A proteção ao meio ambiente, dever de todos, é, reconhecidamente, necessária para viabilizar a vida e a dignidade humanas.

13. Tanto é assim que a tutela infraconstitucional do meio ambiente se faz em múltiplas frentes, orientada pelos princípios regentes do direito ambiental. Pode-se citar, exemplificativamente, a Lei n. 6.938/1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente; a Lei n. 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza; a Lei n. 11.428/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa da Mata Atlântica; a Lei n. 12.651/2012, que é o atual Código Florestal; a Lei n. 14.119/2021, que institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; a Lei n. 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos e a Lei n. 12.187/2009, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima.

14. Além disso, a atuação para a defesa do meio ambiente é de competência comum entre os entes federativos, que devem, nos termos do artigo 23, VI, da Constituição Federal, “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”.

15. O cuidado com o referido bem jurídico tem assumido cada vez maior relevância no âmbito dos órgãos e instituições do Governo Federal, podendo-se mencionar, na Advocacia-Geral da União, por exemplo, a elaboração do Guia Nacional de Contratações Sustentáveis, pela Câmara Nacional de Sustentabilidade desta Consultoria-Geral da União, cuja 6ª Edição foi publicada em setembro de 2023, e a criação da Procuradoria Nacional de Defesa do Clima e do Meio Ambiente como órgão de assistência direta e imediata ao Advogado-Geral da União (cf. Decreto n. 11.328/2023).

16. Existe, ademais, um mandado constitucional de criminalização, de responsabilização administrativa e cível, contido no § 3º do artigo 225 da Constituição da República, que prevê que “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”.

17. Assim, há, no âmbito do direito sancionador, por exemplo, a Lei n. 9.605/1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências”, e o Decreto n. 6.514/2008, que “dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências”.

18. Apesar da inegável relevância da preservação do meio ambiente no ordenamento jurídico, é um evidente desafio para o Estado operacionalizar a sua defesa adequada. Exemplificativamente, tem-se que, em agosto de 2023, houve queda de 66% dos alertas de desmatamento na Amazônia<sup>31</sup>, embora no Cerrado tenha ocorrido o oposto nos meses de janeiro a julho<sup>34</sup>.

19. Desse modo, à luz do arcabouço legal e constitucional sobre o meio ambiente, é possível afirmar que o cometimento de infrações que abalam o referido bem jurídico de forma especialmente grave é conduta que agride um valor essencial à Constituição Federal e cuja preservação é necessária para a manutenção da própria vida.

20. Há uma inegável relação entre o respeito ao meio ambiente e a preservação da democracia. Nesse sentido, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal realizou, recentemente o Colóquio Internacional sobre Justiça Climática e Democracia. Na ocasião, como se extrai do *site* da Corte, a Ministra Cármen Lúcia enfatizou serem os referidos valores indissociáveis. Confira-se:

#### Consequências da destruição

Em sua participação, a ministra Cármen Lúcia destacou que, na ilusão de achar que pode submeter tudo e todos ao seu poder, a humanidade sofre as consequências da destruição que promoveu contra o meio ambiente. “A natureza obriga, ela não conhece fronteiras, ela se impõe soberanamente. E é isto que estamos vendo: que a forma de viver de um povo influencia o presente e o futuro”, disse.

#### República ecológica

Na sua avaliação, é preciso pensar e construir uma república ecológica planetária, na medida em que o mundo pertence a toda a humanidade, e as demandas para a construção de uma sociedade ecologicamente justa ultrapassam as fronteiras físicas<sup>35</sup>.

21. Além disso, houve a publicação, em setembro de 2023, da edição de Direito Ambiental da série *Supremo Contemporâneo*, em cuja apresentação a Ministra Rosa Weber destacou:

Os litígios ambientais apresentam-se na contemporaneidade como um dos temas jurídicos mais relevantes, em razão do seu caráter complexo e policêntrico, a envolver questão subjacente de caráter humanitário, cultural, ecológico e econômico, de abrangente impacto na tessitura social e na estrutura constitucional brasileira, notadamente no núcleo normativo do artigo 225 da Constituição Federal.

O desenho constitucional adotado nesse dispositivo, ao trazer uma normatividade de direito e deveres, impõe autêntico sistema de vinculação dos poderes constituídos, dos órgãos de Estado e da sociedade aos deveres de proteção quanto ao direito fundamental ao meio ambiente, motivo pelo qual proibida, no sistema constitucional, a proteção insuficiente, seja ela derivada de atos comissivos seja de atos omissivos.

22. Neste ponto, valho-me de raciocínio análogo ao utilizado nos itens 22 a 26 do Parecer n. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU<sup>[6]</sup>, para concluir, com base nos valores éticos norteadores do princípio da moralidade (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), que **seria contraditório que o Poder Público não utilizasse, no âmbito das licitações e contratações públicas, eventuais mecanismos existentes que lhe possibilitassem defender-se contra a contratação de pessoas naturais ou jurídicas que tenham praticado condutas especialmente gravosas à tutela do meio ambiente.**

23. Com efeito, a proteção ao meio ambiente permeia os comandos da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021), cujo artigo 5º assim dispõe:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do **desenvolvimento nacional sustentável**, assim como as disposições do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (Grifou-se).

24. A preocupação com os impactos ambientais está presente, na referida lei, desde a fase preparatória, na qual se exige que o estudo técnico preliminar contenha o elemento de “descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras (...)” (artigo 18, § 1º, inciso XII). Também na seção referente aos critérios de julgamento, admite-se que o impacto ambiental possa ser considerado para a definição do menor dispêndio, nos casos de julgamento por menor preço ou maior desconto (artigo 34, § 1º).

25. Pode-se citar, ademais, o artigo 42, inciso III, que permite, como meio para a prova de qualidade de produto similar ao de marcas indicadas no edital, “certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada”. Há, além disso, previsão de que as licitações de obras e serviços de engenharia respeitem a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras e a mitigação por condicionantes e compensação ambiental (artigo 45), bem como que a contratação de obras, fornecimentos e serviços seja feita mediante remuneração variável, que pode estar relacionada, inclusive, a critérios de sustentabilidade ambiental.

26. Resta saber, no entanto, se é possível inferir, da referida lei, algum mecanismo que permita impedir a celebração de contratos com pessoas naturais ou jurídicas que tenham sido responsáveis pela prática de infrações ambientais especialmente graves.

*III.II. Análise dos mecanismos da Lei n. 14.133/2021 para obstar a participação em licitações e a contratação de pessoas naturais ou jurídicas que tenham praticado infrações ambientais especialmente graves*

27. Inicialmente, é necessário enfrentar a questão sobre a existência, na Nova Lei de Licitações, de mecanismo suficiente para obstar a participação em licitações e a contratação de pessoas naturais ou jurídicas que tenham praticado infrações administrativas ambientais especialmente graves.

28. A rigor, um obstáculo nesse sentido não poderia ser imposto na fase de habilitação, em nenhuma de suas quatro modalidades, na medida em que elas estão expressamente definidas nos artigos 66 a 70 da Lei n. 14.133/2021 e não abrangem avaliação quanto à prática de crimes ambientais. Em outros termos, como bem ressaltado no Parecer n. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU a respeito da participação em atos antidemocráticos, a inabilitação decorre “da efetiva ausência de comprovação de aptidão jurídica, técnica, fiscal, social, trabalhista ou econômico-financeira para contratar com a Administração Pública”.

29. Passando-se à análise dos casos de impossibilidade de disputa de licitação ou participação na execução de contrato, em determinadas situações seria possível impedir a participação de pessoas físicas ou jurídicas impossibilitadas para tal em decorrência da imposição de sanção, como prevê o artigo 14, inciso III, da Lei n. 14.133/2021:

Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

I - autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;

**III - pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;**

IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;

V - empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;

VI - pessoa física ou jurídica que, nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.

§ 1º O impedimento de que trata o inciso III do *caput* deste artigo será também aplicado ao licitante que atue em substituição a outra pessoa, física ou jurídica, com o intuito de burlar a efetividade da sanção a ela aplicada,

inclusive a sua controladora, controlada ou coligada, desde que devidamente comprovado o ilícito ou a utilização fraudulenta da personalidade jurídica do licitante.

§ 2º A critério da Administração e exclusivamente a seu serviço, o autor dos projetos e a empresa a que se referem os incisos I e II do *caput* deste artigo poderão participar no apoio das atividades de planejamento da contratação, de execução da licitação ou de gestão do contrato, desde que sob supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade.

§ 3º Equiparam-se aos autores do projeto as empresas integrantes do mesmo grupo econômico.

§ 4º O disposto neste artigo não impede a licitação ou a contratação de obra ou serviço que inclua como encargo do contratado a elaboração do projeto básico e do projeto executivo, nas contratações integradas, e do projeto executivo, nos demais regimes de execução.

§ 5º Em licitações e contratações realizadas no âmbito de projetos e programas parcialmente financiados por agência oficial de cooperação estrangeira ou por organismo financeiro internacional com recursos do financiamento ou da contrapartida nacional, não poderá participar pessoa física ou jurídica que integre o rol de pessoas sancionadas por essas entidades ou que seja declarada inidônea nos termos desta Lei. (Grifou-se).

30. Neste ponto, há que se destacar que a sanção de impossibilidade de **participar da licitação** pode decorrer de diversos fatos geradores, a exemplo do artigo 81, § 3º, da Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições) e do artigo 46 da Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU).

31. É preciso analisar, de forma mais específica, se há, no ordenamento jurídico, dispositivo que imponha aos que praticarem infrações ambientais sanção que se enquadre no artigo 14, inciso III, da Lei n. 14.133/2021, ou seja, que vede a **participação em licitação**.

32. No que diz respeito aos crimes ambientais, em caso de cominação de pena de interdição temporária de direito a **pessoas naturais** (artigo 10 da Lei n. 9.605/1998), pode haver vedação à participação em licitações. Confira-se:

Art. 10. As penas de interdição temporária de direito são a proibição de o condenado contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de **participar de licitações**, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos. (Grifou-se).

33. Essa, no entanto, é a única hipótese em que a prática de um crime ambiental possibilitaria a aplicação da sanção de impedimento de participação em licitação. Além disso, essa proibição não é replicada, em relação às infrações ambientais, no Decreto n. 6.514/2008.

34. Isso porque as sanções para os crimes ambientais perpetrados por pessoas jurídicas e para as infrações administrativas praticadas por pessoas físicas ou jurídicas não incluem a vedação à **participação na licitação**, mas, apenas, a proibição de **contratar**. Confira-se, por oportuno, o teor dos artigos 22, inciso III e § 3º, da Lei n. 9.605/1998 e o artigo 20, inciso V e § 1º, do Decreto n. 6.514/2008:

**Lei n. 9.605/1998**

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

(...)

III - proibição de **contratar** com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

(...)

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos. (Grifou-se).

**Decreto n. 6.514/2008**

Art. 20. As sanções restritivas de direito aplicáveis às pessoas físicas ou jurídicas são:

(...)

V - proibição de **contratar** com a administração pública;

§ 1º A autoridade julgadora fixará o período de vigência das sanções previstas no *caput*, observados os seguintes prazos:

I - até três anos para a sanção prevista no inciso V;

II - até um ano para as demais sanções. (Grifou-se).

35. Portanto, ao menos em uma interpretação literal, o impedimento para disputar licitação ou participar da execução de contrato, nos termos do artigo 14, inciso III, da Lei n. 14.133/2021, dirige-se àqueles que estiverem, ao tempo da licitação, impossibilitados de dela participar em decorrência de sanção imposta. Em termos de infrações ambientais, a análise da legislação pertinente autoriza concluir que a penalidade de proibição de participação em licitações poderia ser imposta apenas a pessoas naturais e nos casos específicos em que lhes fosse cominada essa pena de interdição temporária de direito em um processo criminal, nos termos do artigo 10 da Lei n. 9.605/1998.

36. Em outros termos, a aplicação do artigo 14, inciso III, da Lei n. 14.133/2021 no procedimento licitatório em sentido amplo não abarcaria as pessoas jurídicas que praticassem infrações ambientais equiparáveis a crimes ambientais especialmente graves (seja em sede administrativa, seja em sede judicial), nem as pessoas físicas que, tendo-os praticado, não tivessem recebido, na via judicial, a sanção de proibição de participar de licitações.

37. Resta saber se, nessas hipóteses, ainda restaria algum instrumento que permitisse à Administração Pública evitar a participação dessas pessoas físicas ou jurídicas em procedimentos licitatórios.

38. O Parecer n. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU (itens 48 a 62), ao fazer um estudo detalhado sobre a aplicação

do artigo 155 da Lei n. 14.133/2021, esclarece a diferença entre o regime previsto na Lei n. 8.666/1993 – em que a configuração de infração administrativa depende da existência de um contrato – e aquele estabelecido na Nova Lei de Licitações, que se refere tanto ao “licitante” quanto ao “contratado”, para concluir que “a leitura do art. 155 da Lei n. 14.133/21 abre margem para o entendimento jurídico de que o licitante ou o contratado podem vir a ser responsabilizados administrativamente, no regime daquele diploma legal, por atos cometidos contra a Administração Pública, não necessariamente decorrentes de procedimento licitatório ou da execução de contrato administrativo”. Confira-se:

76. Ao que parece, quando o legislador desejou condicionar que a prática da conduta infracional ocorresse no contexto da realização de certame licitatório ou na execução de contrato administrativo, fê-lo explicitamente ao longo dos enunciados constantes dos incisos espalhados pelo art. 155 da Lei n. 14.133/21.

77. Nesse quadrante, é possível empreender leitura da Nova Lei de Licitações que permita concluir que as infrações que podem ensejar a responsabilização do licitante ou do contratado não necessariamente devem ser praticadas sob tais condições para que possam restar configuradas.

78. Na realidade, o que efetivamente se extrai da leitura do caput, do art. 155, da Lei de Licitações é que a condição de licitante ou de contratado é pressuposto da responsabilização a ser efetivada em razão das infrações previstas naquele dispositivo normativo. **Isto, todavia, não se confunde com o fenômeno da efetiva configuração do ilícito administrativo, o qual pode, a depender da previsão do tipo legal, ocorrer em contexto diverso das licitações e contratos administrativos.**

79. Veja-se, por exemplo, que os tipos administrativos previstos nos incisos X e XII, do art. 155, da Lei n. 14.133/21 - quais sejam, “comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza”; e “praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013” - com a sua redação aberta, não estabelecem como requisito que as condutas neles previstas, para que possam consubstanciar infração administrativa, devam necessariamente ter sido desenvolvidas no decorrer de certame licitatório ou da execução de contrato administrativo.

80. **Por essa leitura, seria possível que uma pessoa, física ou jurídica, que tenha efetivamente praticado os tipos praticados nos incisos X e XII da Lei n. 14.133/21 e que, posteriormente, venha a se apresentar a Administração como licitante ou como contratado, seja responsabilizada administrativamente por tais condutas.** (Grifou-se).

39. Desse modo, conforme anteriormente concluído no âmbito desta Advocacia-Geral da União, a pessoa física ou jurídica que cometa ato que se enluxe aos incisos X e XII do artigo 155 da Lei n. 14.133/2021, caso venha a se encontrar na condição de licitante ou contratado perante a Administração Pública, pode ser responsabilizada por essas condutas.

40. A sanção correspondente, nesses casos, é a prevista no artigo 156, § 5º, da Nova Lei de Licitações, qual seja, a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, a qual “(...) impedirá o responsável de **licitar ou contratar** no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos”.

41. Analisando-se os dispositivos do artigo 155 da Lei n. 14.133/2021, tem-se que a prática de infrações ambientais especialmente graves, nos termos a seguir definidos podem, em tese, ser classificadas como “comportar-se de modo inidôneo (...)”. Isso se evidencia não apenas pela estatura constitucional do direito ao meio ambiente, mas também pela sua destacada posição como diretriz para os procedimentos licitatórios e contratações públicas e como importante vetor democrático para o Estado brasileiro.

42. No entanto, vale ressaltar que essa conclusão não impede que o cometimento de outras infrações administrativas - inclusive de menor gravidade - também atraia a aplicação da inidoneidade, com base, por exemplo, no inciso XII do artigo 155 da Nova Lei de Licitações, que prevê como passível de responsabilização o licitante ou contratado que “praticar ato lesivo previsto no artigo 5º da Lei n. 12.846/2013”. Seria o caso, ao menos em tese, da infração prevista no artigo 77 do Decreto n. 6.514/2008 (“obstar ou dificultar a ação do Poder Público no exercício de atividades de fiscalização ambiental”), conduta que pode ser equivalente à do artigo 5º, inciso V, da Lei Anticorrupção (“dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”). Nesse caso, porém, como prevê o artigo 159 da Lei n. 14.133/2021, “os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei”.

43. Conforme argumentado, o conceito de comportamento inidôneo e a possibilidade de enquadrar nesta categoria atos praticados fora dos procedimentos licitatórios ou da execução do contrato foram trabalhados, de forma minudente, no Parecer n. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, que concluiu que “para a configuração do comportamento inidôneo aludido no inciso X do art. 155 da Lei n. 14.133/21 faz-se necessária a presença conjugada de dois elementos: a) a atuação antijurídica do agente; e b) o elevado grau de reprovabilidade da conduta a ponto de inviabilizar o relacionamento jurídico com a Administração Pública” (item 112).

44. Neste ponto, colhem-se das contribuições da PRONACLIMA, no **PARECER n. 00013/2023/PNDCA/AGU**, as seguintes considerações:

28. Se é certo que os princípios carecem, muitas vezes, de densidade normativa, diante do quadro de normas composto pela Lei 6.938, de 1981, e Lei 14.133, de 2021, foi construída densidade normativa mais do que suficiente para direcionar os recursos públicos – por meio das compras públicas – para o fomento de produtos e serviços que corroboram para o desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente.

29. O Plano de Implementação de Joanesburgo - elaborado na Cúpula Mundial do Desenvolvimento Sustentável de

Joanesburgo – reforça o arcabouço legal que sustenta as compras sustentáveis pelo Poder Público. A doutrina registra a relevância desse marco legal:

*Por fim, a conferência seguinte, denominada World Summit on Sustainable Development, ou Rio+10, realizada na cidade de Joanesburgo – África do Sul, em 2002, reforçou a urgência da conscientização da população e dos governos em geral quanto à necessidade de uma renovação frente ao arquétipo contemporâneo do consumismo voraz, por meio da publicação do chamado Plano de Implementação de Joanesburgo. Este impresso provia inúmeras orientações distribuídas ao longo de onze seções, dentre as quais, seu terceiro capítulo, intitulado “Alteração dos Padrões Insustentáveis de Produção e Consumo”, que destacava no artigo 19, alínea “c”, a premência da participação do Poder Público como indutor deste processo por meio das compras públicas.*

*Promover as políticas de compras públicas que incentivem o desenvolvimento e a disseminação de bens e serviços ambientalmente saudáveis. (ONU, 2002, p. 10)*

*Com efeito, este foi o primeiro tratado global a identificar a imprescindibilidade do Estado em assumir um papel mais ativo na proteção do meio ambiente, não somente cumprindo seu papel regulamentador, mas também como protagonista dos fatos, dada a relevância e o porte das contratações públicas. Consequentemente, instituiu-se então que esta meta deveria ser almejada por meio da realização de licitações sustentáveis, também denominadas “compras verdes”, “ecoaquisições”, “licitações positivas”, ou “compras ambientalmente amigáveis”, as quais visam a utilização do poder de compra do governo, através da preferência por produtos e serviços economicamente viáveis, ambientalmente corretos, socialmente justos (CHENG et al., 2018) e culturalmente aceitos, como ferramenta para intimar que as empresas que desejam firmar contratos com a administração pública se adequem aos padrões exigidos por esta nova doutrina, incrementando, inclusive, sua transparência (HOFACKER et al., 2012).<sup>[6]</sup>*

30. Em 2015, a Resolução n. 70/1 da Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Agenda 2030, que fixou os 17 objetivos do desenvolvimento sustentável, dentre eles, destaca-se o ODS 12 – “Assegurar padrões de produção e consumo sustentáveis”, e as seguintes metas:

1. Implementar o Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis, em articulação com entes federados.

2. Até 2030, alcançar a gestão sustentável e o uso eficiente dos recursos naturais.

(...)

7. Promover práticas de contratações e gestão públicas com base em critérios de sustentabilidade, de acordo com as políticas e prioridades nacionais.

31. É de clareza solar o dever jurídico do Estado em promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio das compras sustentáveis – essa leitura acerca do arcabouço nacional e internacional em matéria de meio ambiente

32. Reconhecido o dever de agir do Estado, temos como consectário lógico o necessário reconhecimento do dever estatal de não agir. Veja: é incoerente extrair do conjunto de princípios e normas do ordenamento jurídico que o Estado deve pautar sua conduta de uma determinada forma e acolher como válido, a partir desse mesmo ordenamento, um agir contrário.

45. No caso, como já mencionado, o respeito ao meio ambiente é um elemento constitutivo do Estado democrático de direito, de modo que as relações da Administração Pública podem e devem se pautar pela deferência a esse direito fundamental, que é essencial à preservação da vida de todos e de cada um dos seres humanos. **O Estado pautado pelo essencial e indispensável respeito ao meio ambiente não pode, por consequência lógica, ser obrigado a licitar ou contratar com infratores ambientais, quando tenha ciência de condutas especialmente graves por ele praticados, sobretudo quando tem à sua disposição instrumento legal de que possa se valer para evitar essa situação.**

### III.III. As infrações ambientais especialmente graves

46. Estabelecida essa possibilidade, cumpre densificar o que se propõe como conceito de infrações ambientais especialmente graves, para os fins deste parecer. De fato, as infrações administrativas ambientais, como se afirmou, estão tipificadas no Decreto n. 6.514/2008, que lhes comina sanções pecuniárias as quais, no entanto, “(...) não impedem a aplicação cumulativa das demais sanções previstas neste Decreto” (artigo 3º, § 1º).

47. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido que as infrações administrativas ambientais, desde que respeitado o art. 70 da Lei n. 9.605/1998, podem ser definidas via decreto:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ARMAZENAGEM DE PNEUS USADOS IMPORTADOS, SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO AMBIENTAL COMPETENTE. ART. 70 DA LEI 9.605/98. PENA DE MULTA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA. REVISÃO DO VALOR DA MULTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES.

(...)

2. A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa.

3. Hipótese em que o auto de infração foi lavrado com fundamento no art. 70 da Lei 9.605/98, c/c os arts. 47-A, do Decreto 3.179/99, e 4º da Resolução CONAMA 23/96, pelo fato de a impetrante, ora recorrente, ter armazenado 69.300 pneus usados importados, sem autorização do órgão ambiental competente.

4. Considera-se infração administrativa ambiental, conforme o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

(...)

6. Tem-se, assim, que a norma em comento (art. 47-A do Decreto 3.179/99), combinada com o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, anteriormente mencionado, conferia toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.

7. O valor da multa aplicada, por levar em conta a gravidade da infração e a situação econômica do infrator, conforme dispõe o art. 6º da Lei 9.605/98, além de não ter ultrapassado os limites definidos no art. 75 do mesmo diploma legal, não pode ser revisto em sede de mandado de segurança, pois exige dilação probatória, tampouco pode ser reexaminado em sede de recurso especial, conforme o disposto na Súmula 7/STJ.

8. Recurso especial desprovido, ressalvado o acesso da impetrante às vias ordinárias.

(REsp n. 1.080.613/PR, relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 23/6/2009, DJe de 10/8/2009).

48. Nessa linha de ideias, vale ressaltar que a Lei n. 9.605/1998 previu, em seu artigo 70, *caput*, que se deve considerar “infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. Como afirma Édís Milaré, trata-se de um tipo infracional aberto, que possibilita discricionariedade no exercício de subsunção a ser realizado pelo administrador. Confira-se:

Trata-se de um tipo infracional aberto, que possibilita ao administrador certa dose de discricionariedade na busca da subsunção do caso concreto na tipificação legal adotada, para caracterizá-lo como infração administrativa ambiental. Ora, como expresso na doutrina, essa modalidade de tipo é admitida inclusive na esfera penal; portanto, não pode haver dúvidas quanto à legalidade de sua utilização em matéria de infrações administrativas<sup>[7]</sup>.

49. Como tem se afirmado, “praticamente todas as infrações administrativas ambientais também podem ser tipificadas como crime, já que os tipos administrativos do Decreto 6.514/08 foram em sua maioria simplesmente copiados dos tipos criminais da Lei 9.605/98”<sup>[8]</sup>. Isso não significa que haja uma perfeita correspondência entre os tipos dos dois diplomas, inclusive porque há infrações administrativas que não configuram crime ambiental, a exemplo daquela prevista no artigo 76 do Decreto n. 6.514/2008<sup>[9]</sup>. Significa, porém, que a maioria das infrações administrativas ambientais se enlva a alguma conduta criminalmente tipificada.

50. Para fins da consulta realizada, tem-se como necessária a adoção de um critério que permita conferir tratamento diferenciado a infratores ambientais que tenham cometido ilícitos em razão da gravidade da conduta, em respeito à proporcionalidade e considerando tratar-se de restrição ao exercício pleno de atividade econômica. Sabe-se que a gravidade dos danos ambientais pode variar em função de diversos fatores. No entanto, tratando-se de estabelecimento de critério geral, que deve reger-se pela segurança na aplicação linear a toda a Administração Pública federal, não seria suficientemente seguro apenas relacionar o conceito pretendido à gravidade em concreto da infração ambiental.

51. Nesse sentido, o mencionado **PARECER n. 00013/2023/PNDCA/AGU** destacou a adequação de buscar-se critérios no direito penal, inclusive em relação aos preceitos secundários. Confira-se:

46. Especificamente quanto à subsidiariedade, destaco: “[E]m face dos bens jurídicos fundamentais o Direito Penal atua como *ultima ratio*, ou seja, como última instância de proteção aos bens imprescindíveis à sociedade. Isso significa que apenas será empregada a tutela penal quando todos os outros meios de proteção - cíveis e administrativos - não lograram êxito na guarda dos bens tutelados.” Considerando, portanto, que a responsabilização penal se dá como *última ratio* da ação estatal na proteção do meio ambiente e que se está buscando identificar as situações extremas que justificam a aplicação da pena de inidoneidade, há que se buscar os parâmetros inicialmente no Direito Penal.

47. A Lei 9.605, de 1998, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dali podem ser extraídos os parâmetros que apontam para os crimes ambientais de extrema gravidade. O art. 79, da Lei 9.605, de 1998, prevê que aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. Nesse microsistema jurídico, o tipo, a duração (ou valor) e o regime de cumprimento como critérios para qualificar a gravidade da conduta - critérios que podem também ser utilizados para caracterização da conduta inidônea.

(...)

53. É importante, ainda, ponderar que atingir essa economia efetivamente sustentável, denominada por alguns estudiosos como bioeconomia, é um processo em andamento, que exige enormes investimentos e inúmeras medidas por parte do Estado e sociedade. Assim, não se pode inviabilizar a contratação pública com pessoas jurídicas por qualquer conduta lesiva ao meio ambiente - em primeiro lugar que não estaria atendido o requisito da Lei 14.133, de 2021, que exige a gravidade da conduta e, em termos econômicos, poder-se-ia criar um grande colapso, especialmente em pequenas cidades.

54. Considerando que a inidoneidade é penalidade extremamente grave, urge buscar no Direito Penal - que já é informado pelo princípio da subsidiariedade - critérios para definição das condutas que podem dar ensejo à aplicação desta penalidade.

52. Semelhantemente, o **DESPACHO n. 00147/2023/PNDCA/AGU** afirma, em trecho transcrito no relatório:

Pondero, por fim, que por se tratar de uma análise genérica, recomendamos que sejam buscados parâmetros abstratos na lei penal. Sabe-se que em concreto, outros tipos penais poderiam ter repercussões graves, mas é preciso estabelecer um parâmetro abstrato com segurança. Tal ponderação se faz com o intuito de contribuir com a avaliação conclusiva da CGU.

53. Por isso, impende adotar como gradação para as **condutas consideradas especialmente graves em matéria ambiental** a categoria das infrações administrativas que possam se equiparar a condutas criminais de maior gravidade para o meio ambiente. Para fins deste parecer, ou seja, para possibilitar a severa sanção de inidoneidade, considera-se adequado adotar critérios capazes de alcançar as condutas que, de fato, causem especial lesão ao meio ambiente, sendo assim consideradas pelo próprio direito penal. Dentro desse rol, deve, ainda, haver uma violação qualificada ao meio ambiente, inferida a partir de critérios extraíveis da legislação criminal ambiental.

54. Dessa maneira, nos termos a seguir delineados, propõe-se considerar como conduta especialmente grave em matéria ambiental as infrações administrativas que, em primeiro lugar, correspondam aos tipos penais ambientais considerados, por si, de maior potencial ofensivo e, dentre eles, aqueles que revelem aptidão de violação qualificada ao meio ambiente. Passa-se ao detalhamento do referido critério.

55. Como se sabe, a Lei n. 9.605/1998 tutela uma ampla gama de condutas lesivas ao meio ambiente. Esses tipos penais, como é certo, respeitam o princípio da fragmentariedade em matéria penal, devendo-se considerar que, tendo o legislador validamente optado pela criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente, elas possuem gravidade apta a atrair a persecução penal do Estado contra os agentes que as pratiquem.

56. Apesar disso, existe uma variação na lesividade das condutas penais, o que, aliás, decorre da própria Constituição da República, pois, como já se decidiu no Supremo Tribunal Federal, “em tema de política criminal, a Constituição Federal pressupõe lesão significativa a interesses e valores (os chamados “bens jurídicos”) por ela avaliados como dignos de proteção normativa. Daí por que ela, Constituição, explicitamente trabalha com dois extremos em matéria de política criminal: os crimes de máximo potencial ofensivo (entre os quais os chamados delitos hediondos e os que lhe sejam equiparados, de parêntese com os crimes de natureza jurídica imprescritível) e as infrações de pequeno potencial ofensivo (inciso I do art. 98 da CF)”<sup>[10]</sup>.

57. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que existem condutas previstas na Lei n. 9.605/1998 que podem ser alcançadas pelo princípio da insignificância, o que lhes retira a tipicidade<sup>[11]</sup>. Em outros casos, a gradação da lesividade é feita na própria instituição dos preceitos secundários, que podem permitir a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei n. 9.099/1995, nomeadamente a transação penal e a suspensão condicional do processo, elencadas, respectivamente, nos artigos 76 e 89 do referido diploma legal<sup>[12]</sup>.

58. Há condutas criminosas, no entanto, que não admitem a incidência desses particulares institutos de *diversion* e, por isso, são consideradas pela doutrina como crimes de elevado ou maior potencial ofensivo, ou seja, os crimes para os quais é prevista pena mínima superior a um ano e, conseqüentemente, máxima superior a dois anos. Nesse sentido, colhe-se, em sede doutrinária:

Crimes de mínimo potencial ofensivo são os que não comportam a pena privativa de liberdade. (...)

Crimes de menor potencial ofensivo, por sua vez, são aqueles cuja pena privativa de liberdade em abstrato não ultrapassa dois anos, cumulada ou não com multa. São assim definidos pelo art. 61 da Lei 9.099/1995, e ingressam na competência do Juizado Especial Criminal, obedecendo ao rito sumaríssimo e admitindo a transação penal e a composição dos danos civis. O art. 98, I, da Constituição Federal faz menção às “infrações de menor potencial ofensivo”, expressão que também abrange todas as contravenções penais.

Crimes de médio potencial ofensivo, de seu turno, são aqueles cuja pena mínima não ultrapassa um ano, independentemente do máximo da pena privativa de liberdade cominada. Tais delitos admitem a suspensão condicional do processo, na forma delineada pelo art. 89 da Lei 9.099/1995.

**Crimes de elevado potencial ofensivo são os que apresentam pena mínima superior a um ano, ou seja, pelo menos de dois anos e, conseqüentemente, pena máxima acima de dois anos. Tais delitos não se compatibilizam com quaisquer dos benefícios elencados pela Lei 9.099/1995.**

Finalmente, classificam-se como crimes de máximo potencial ofensivo os que recebem tratamento diferenciado pela Constituição Federal. São os hediondos e equiparados (...), bem como os delitos cujas penas não se submetem à prescrição.<sup>[13]</sup> (Grifou-se).

59. Esse é o primeiro critério para o enquadramento das condutas que, encontrando paralelo no Decreto n. 6.514/2008, devem ser consideradas infrações ambientais especialmente graves para os fins deste parecer.

60. Vale, aqui, salientar que essa conclusão não é afastada pelo fato de esses crimes eventualmente admitirem acordo de não persecução penal, nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Isso porque, como se sabe, a utilização desse instrumento processual penal não tem o condão de indicar uma menor gravidade da conduta e, aliás, incide sobre a maioria dos crimes hoje previstos no ordenamento jurídico.

61. Adotando-se o critério proposto, tem-se que, atualmente, os crimes ambientais de maior potencial ofensivo são aqueles previstos nos artigos 32, § 1º-A; 41; 50-A e 69-A, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, quais sejam:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

(...)

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas *nocaput* deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Art. 41. Provocar incêndio em mata ou floresta:  
Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Art. 50-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente:  
Pena - reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

§ 1º Não é crime a conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família.

§ 2º Se a área explorada for superior a 1.000 ha (mil hectares), a pena será aumentada de 1 (um) ano por milhar de hectare.

Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão:  
Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

(...)

§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa.

62. Embora nem sempre seja possível fazer uma equivalência exata, é necessário elencar as infrações administrativas equiparadas aos tipos penais supratranscritos, especificando, quando necessário, as particularidades concretas.

63. Ao crime de prática de maus-tratos animais (art. 32 da Lei de Crimes Ambientais) corresponde a infração elencada no art. 29 do referido decreto. Confira-se:

Art. 29. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:  
Multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais) por indivíduo.

64. A aplicação, no entanto, deve ser restrita aos casos em que a própria lei penal define como de maior potencial ofensivo, ou seja, quando se tratar de cão ou gato.

65. Ao crime de incêndio (art. 41 da Lei de Crimes Ambientais) equipara-se a infração prevista no art. 58 do Decreto n. 6.514/2008:

Art. 58. Fazer uso de fogo em áreas agropastoris sem autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida:  
Multa de R\$ 1.000,00 (mil reais), por hectare ou fração.

66. Ao crime de desmatamento (art. 50-A da Lei de Crimes Ambientais) correspondem as seguintes infrações administrativas:

Art. 51. Destruir, desmatar, danificar ou explorar floresta ou qualquer tipo de vegetação nativa ou de espécies nativas plantadas, em área de reserva legal ou servidão florestal, de domínio público ou privado, sem autorização prévia do órgão ambiental competente ou em desacordo com a concedida:  
Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por hectare ou fração.

Art. 52. Desmatar, a corte raso, florestas ou demais formações nativas, fora da reserva legal, sem autorização da autoridade competente:  
Multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por hectare ou fração.

67. Por fim, ao delito previsto no art. 69-A da Lei de Crimes Ambientais equipara-se o disposto no artigo 82 do Decreto n. 6.514/2008:

Art. 82. Elaborar ou apresentar informação, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso, enganoso ou omissivo, seja nos sistemas oficiais de controle, seja no licenciamento, na concessão florestal ou em qualquer outro procedimento administrativo ambiental:  
Multa de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).  
Parágrafo único. Quando a infração de que trata o *caput* envolver movimentação ou geração de crédito em sistema oficial de controle da origem de produtos florestais, a multa será acrescida de R\$ 300,00 (trezentos reais) por unidade, estêreo, quilo, metro de carvão ou metro cúbico.

68. Considerando-se que a gradação necessária para a construção deste parecer se destina à imposição de uma penalidade severa, deve-se, adicionalmente, exigir que a violação ao meio ambiente seja considerada especialmente grave. Para isso, propõe-se adotar, dentro dos referidos tipos penais, hipóteses que denunciem violação mais contundente ao meio ambiente, seja na forma já graduada em lei, seja adotando-se interpretação analógica.

69. Dessa forma, em relação ao delito de desmatamento, o art. 50-A da Lei de Crimes Ambientais prevê, em seu § 2º, que “se a área explorada for superior a 1.000ha (mil hectares), a pena será aumentada de 1 (um) ano por milhar de hectare”. É razoável a adoção desse critério, qual seja, o da extensão territorial do dano, para considerar-se a infração especialmente grave. Apesar de não haver previsão equivalente para o delito previsto no art. 41 do referido diploma legislativo, é possível aplicar-se, analogicamente e para efeitos deste parecer, a mesma extensão territorial. Essa é uma interpretação viável, inclusive, porque na

infração administrativa correspondente ao incêndio (art. 58 do Decreto n. 6.514/2008, supratranscrito), o valor da multa aplicável varia de acordo com a quantidade de hectares atingidos.

70. Desse modo, consideradas as infrações administrativas equivalentes aos crimes previstos nos artigos 41 e 50-A da Lei de Crimes Ambientais, quais sejam, aquelas previstas nos artigos 51, 52 e 58 do Decreto n. 6.514/2008, devem ser consideradas especialmente graves, para os fins deste parecer, aquelas em que haja atingimento de áreas superiores a 1.000ha (mil hectares).

71. O recorte em função da extensão do território atingido se justifica não apenas pela existência do critério paralelo para aumento de pena na legislação criminal, mas também pela constatação de que o desmatamento é maior em locais com menor desenvolvimento social<sup>[14]</sup>. Ademais, o Balanço de Execução do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAM) e o Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento no Cerrado (PPCerrado)<sup>[15]</sup> revelaram a existência, ao menos no período analisado, de grandes polígonos de desmatamento superiores a 1.000ha:

TABELA 2. DISTRIBUIÇÃO DO TAMANHO DOS POLÍGONOS POR ANO. FONTE: ELABORADO PELO MMA, COM BASE NOS DADOS PRELIMINARES DO PRODES AMAZÔNIA LEGAL /INPE, 2019.

	menor que 10 ha	entre 10 e 20 ha	entre 20 e 50 ha	entre 50 e 100 ha	entre 100 e 500 ha	entre 500 e 1000 ha	maior que 1000 ha	
2004	13%	12%	18%	13%	25%	8%	10%	
2005	11%	14%	20%	14%	25%	8%	9%	
2006	11%	17%	25%	16%	22%	4%	4%	
2007	12%	19%	25%	15%	20%	4%	4%	
2008	15%	22%	22%	12%	17%	3%	4%	
2009	12%	28%	29%	10%	11%	4%	2%	
2010	26%	29%	25%	10%	10%	1%	1%	
2011	26%	27%	25%	10%	10%	3%	1%	
2012	21%	26%	23%	12%	13%	3%	1%	
2013	18%	25%	28%	11%	15%	4%	4%	
2014	10%	26%	29%	11%	15%	4%	3%	
2015	15%	21%	29%	13%	20%	5%	3%	
2016	18%	22%	21%	11%	19%	5%	4%	
2017	16%	21%	25%	13%	20%	6%	1%	
2018	17%	21%	21%	12%	20%	5%	5%	
2019p	12%	18%	21%	14%	23%	6%	6%	

72. Tem-se, assim, um critério apto a enquadrar, de fato, infratores que ofendam de forma mais grave o meio ambiente.

73. Quanto à infração contida no art. 82 do Decreto n. 6.514/2008, sua gravidade aumentada estará caracterizada na hipótese do art. 69-A, § 2º, da Lei de Crimes Ambientais, o qual prescreve que “a pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa”.

74. Por fim, quanto à infração prevista no art. 29 do Decreto n. 6.514/2008, quando praticada contra cães e gatos, deve ser considerada especialmente grave na hipótese prevista pela causa de aumento do art. 32, § 2º, da Lei de Crimes Ambientais, de acordo com o qual “a pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal”.

75. Estas, pois, seriam as hipóteses de infrações ambientais especialmente graves, para os fins deste parecer:

Infração	Previsão na Lei n. 9.605/1998	Previsão no Decreto n. 6.514/2008	Hipótese de especial gravidade, para fins deste parecer
Incêndio/ queimada em mata ou floresta	Art. 41. Provocar incêndio em mata ou floresta: Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.	Art. 58. Fazer uso de fogo em áreas agropastoris sem autorização do órgão competente ou em desacordo com a obtida: Multa de R\$ 1.000,00 (mil reais), por hectare ou fração.	Atingimento de área superior a 1.000ha (mil hectares).

<p>Desmatamento de floresta em terras públicas</p>	<p>Art. 50-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente: Pena - reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa. § 1º Não é crime a conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família. § 2º Se a área explorada for superior a 1.000 ha (mil hectares), a pena será aumentada de 1 (um) ano por milhar de hectare.</p>	<p>Art. 51. Destruir, desmatar, danificar ou explorar floresta ou qualquer tipo de vegetação nativa ou de espécies nativas plantadas, em área de reserva legal ou servidão florestal, de domínio público ou privado, sem autorização prévia do órgão ambiental competente ou em desacordo com a concedida: Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por hectare ou fração. Art. 52. Desmatar, a corte raso, florestas ou demais formações nativas, fora da reserva legal, sem autorização da autoridade competente: Multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por hectare ou fração.</p>	<p>Atingimento de área superior a 1.000ha (mil hectares).</p>
<p>Elaboração ou de apresentação enganosa ou incompleta de informação falsa, ou</p>	<p>Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (...) § 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa.</p>	<p>Art. 82. Elaborar ou apresentar informação, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso, enganoso ou omissivo, seja nos sistemas oficiais de controle, seja no licenciamento, na concessão florestal ou em qualquer outro procedimento administrativo ambiental: Multa de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Parágrafo único. Quando a infração de que trata o <i>caput</i> envolver movimentação ou geração de crédito em sistema oficial de controle da origem de produtos florestais, a multa será acrescida de R\$ 300,00 (trezentos reais) por unidade, estérco, quilo, metro de carvão ou metro cúbico.</p>	<p>Existência de dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa.</p>
<p>Maus-tratos animais de</p>	<p>Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: (...) § 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no <i>caput</i> deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.</p>	<p>Art. 29. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais) por indivíduo.</p>	<p>Ser praticada contra cães e gatos e ocasionar a morte do animal.</p>



76. É necessário esclarecer que não se trata, aqui, de antecipação de juízo criminal ou de processo administrativo ambiental sobre a conduta, mas de verificar a possibilidade de apuração própria, por ocasião do procedimento licitatório em sentido amplo ou execução contratual, **conferindo-se à Administração Pública instrumento apto a se defender de contratar com pessoa natural ou jurídica, quando tiver tomado ciência do cometimento de infração especialmente lesiva ao meio ambiente**. Esse é um esclarecimento necessário porque medidas análogas, relacionadas à proibição de licitar ou de contratar com o Poder Público, também podem resultar da imposição de penalidades previstas na Lei n. 9.605/1998 (arts. 10 e 22, III) e no Decreto n. 6.514/2008 (art. 20, V).

77. Nesses casos, como será abordado adiante, as apurações de responsabilidade podem ocorrer paralelamente e, em homenagem ao princípio da independência das instâncias, caminham de maneira autônoma, salvo nos casos em que há vinculação, como nas hipóteses de inexistência do fato ou negativa de autoria<sup>[16]</sup>.

78. Desse modo, a opção pela categoria da infração administrativa à qual corresponda um delito de maior potencial ofensivo se justifica pela equivalência da maioria das capitulações (o que justifica a concorrência de instâncias), bem como pela deferência à atuação da esfera judicial na apuração de condutas que sejam propriamente enquadráveis em tipos penais. Em outros termos, não se poderia considerar, no âmbito deste parecer, como inidoneidade ‘o cometimento de crime ambiental’, pois a verificação da conduta criminalmente relevante depende do término do processo judicial correspondente. No entanto, considerada a comum equivalência de tipos anteriormente referida, a Administração Pública pode e deve apurar as infrações de que tenha ciência. Vale ressaltar, ainda, que, conforme já se observou, “(...) na prática a imensa maioria das irregularidades ecológicas são identificadas pelos órgãos ambientais integrantes do Sisnama”<sup>[17]</sup>. É possível, portanto, que em diversas ocasiões, a Administração Pública tenha ciência da ocorrência de atos ilícitos antes dos demais órgãos fiscalizadores.

79. Por fim, é importante salientar que a utilização da presente classificação é adotada, **exclusivamente**, para os fins de aplicação de institutos da Lei n. 14.133/2021, nos termos adiante delineados, e não para a apuração, pelos órgãos do SISNAMA, de infrações ambientais. Em outros termos, adota-se o parâmetro para a atuação da Administração Pública, nos específicos casos em que agir promovendo procedimentos licitatórios ou celebrando contratos administrativos, a qual, como será adiante indicado, deverá ser pautada pela racionalidade, sobretudo quando houver outros procedimentos em curso ou concluídos sobre as mesmas condutas.

80. A gravidade das condutas delineadas no presente parecer refuta, desde logo, uma eventual alegação de restrição indevida ao livre exercício de atividades econômicas. Isso porque, em primeiro lugar, haverá de ser respeitado o devido processo legal, na forma do procedimento definido na própria Lei n. 14.133/2021 e atendendo-se às diretrizes básicas adiante descritas. Além disso, é necessário ressaltar que a livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica e nos termos do artigo 170 da Constituição Federal, deve observância obrigatória à “função social da propriedade” e à “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Dessa forma, é certo que o respeito ao meio ambiente é um elemento conformador do próprio princípio da livre iniciativa.

81. Em síntese, em relação à consulta realizada, é possível afirmar que as condutas tipificadas como infrações administrativas especialmente graves – assim consideradas as queimadas ilegais, incêndios ou desmatamentos em áreas superiores a 1.000ha (mil hectares); a elaboração ou fornecimento de documento falso, quando o seu uso ocasionar dano significativo ao meio ambiente e os maus-tratos de cães e gatos, quando haja a morte do animal – **são marcadamente antijurídicas (na medida em que contrariam previsões normativas) e têm um grau de reprovabilidade singularmente significativo e abstratamente reconhecido pelo legislador**, na medida em que afetam de maneira grave o bem jurídico tutelado, qual seja, o meio ambiente, cujo respeito norteia a atuação da Administração Pública na condução de licitações e contratos.

#### *III.IV. Diretrizes procedimentais básicas para a aplicação da sanção de inidoneidade*

82. É certo que a aplicação da sanção de inidoneidade – especialmente em razão de sua gravidade – deve obedecer ao disposto no artigo 158 da Lei n. 14.133/2021, observando-se as garantias constitucionais processuais.

##### **a) Prazo prescricional**

83. Neste ponto, deve-se atentar para o previsto no § 4º do referido dispositivo, que leva a refletir sobre que momento deve ser levado como termo inicial da contagem do prazo prescricional para a imposição da referida sanção, no caso da prática de crimes ambientais especialmente graves. Confira-se o teor do referido dispositivo:

Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do *caput* do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais

servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

(...)

§ 4º A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será:

- I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere *caput* deste artigo;
- II - suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013;
- III - suspensa por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

84. Dessa forma, para responder de maneira adequada à consulta formulada, seria necessário estabelecer o termo inicial da prescrição, que, conforme o dispositivo supratranscrito, é a ciência da infração ambiental especialmente grave pela Administração.

85. Em outras palavras, ciente a Administração Pública de conduta enquadrável como infração ambiental especialmente grave, seria possível a instauração do procedimento administrativo tendente à declaração de inidoneidade da pessoa física ou jurídica responsável pela sua prática.

86. Este momento, a toda evidência, deve ser considerado como o momento da lavratura do auto de infração (cf. art. 96 do Decreto n. 6.514/2008, cujo *caput* prevê que “constatada a ocorrência de infração administrativa ambiental, será lavrado auto de infração, do qual deverá ser dada ciência ao autuado, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa”).

87. Como bem alertado pela PRONACLIMA, no **PARECER n. 00013/2023/PNDCA/AGU**, “a autoridade administrativa tem o dever de divulgar dados acerca das autuações, conforme exige a Lei 10.650, de 2003, assim, definidos os tipos que darão ensejo à aplicação da penalidade, caberá ao gestor consultar as plataformas de consulta, no mínimo, dos órgãos ambientais federais, quais sejam, Ibama e ICMBio, disponível na rede mundial de computadores”.

#### b) Concorrência de instâncias

88. Neste ponto, é necessário esclarecer, mais uma vez, que a apuração realizada no âmbito do regime da Nova Lei de Licitações, a qual pode ensejar a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, não impede a atuação do Poder Judiciário, da administração ambiental, tampouco de outras instâncias que possam impor sanção semelhante.

89. Cite-se a possibilidade de o impedimento de licitar ser declarado em múltiplas instâncias, podendo decorrer, como acima exemplificado, da incidência do artigo 81, § 3º, da Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições) e do artigo 46 da Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU). Cada uma dessas hipóteses tem fundamento autônomo, de modo que não existe violação ao *ne bis in idem* em razão da eventual concorrência dessas instâncias.

90. Além disso, havendo decisão judicial ou oriunda da administração ambiental que – aplicando os artigos 10 ou 22, inciso III e § 3º, da Lei n. 9.605/1998, ou o artigo 20, inciso V e § 1º, do Decreto n. 6.514/2008 – tenha imposto penalidades de proibição de licitar ou de contratar em prazo maior, o procedimento administrativo instaurado com base na Nova Lei de Licitações que eventualmente conclua pela ausência de inidoneidade não tem o condão de invalidá-las.

91. Da mesma maneira, eventuais decisões judiciais ou administrativas que deixem de aplicar as mencionadas penalidades não impedem que os administradores responsáveis pelo processo licitatório ou pela execução do contrato administrativo promovam a apuração, à luz da constatação da idoneidade do licitante ou do contratado.

92. Essa potencial multiplicidade de sanções revela-se possível não apenas em razão da autorização constitucional no sentido de que os ilícitos ambientais sejam apurados em esferas autônomas, mas também porque, no caso, mesmo considerando-se a concorrência de instâncias administrativas, há fundamentos distintos para a imposição das sanções. Nesse sentido, em sede doutrinária, o Ministro Gilmar Mendes, Bruno Buonicore e Felipe De-Lorenzi afirmam:

No que diz respeito à multiplicidade de sanções, embora seja possível cogitar de um sistema em que há total vedação de aplicação cumulativa de sanções penais e administrativas em relação ao mesmo fato, viu-se que os legisladores constituintes entenderam, ao menos em relação aos atos de improbidade e aos ilícitos ambientais, que deve haver aplicação conjunta das sanções nos dois âmbitos. É descabido, por isso, falar de uma completa vedação de múltiplo sancionamento no ordenamento brasileiro. Assim, a cumulação entre sanções pode ser admitida, desde que haja “diversidade de instâncias, de fundamentação e de função sancionatória”, de forma que se deve verificar, **além da diversidade de autoridades responsáveis pelas punições, a existência de diferentes bases normativas para a imposição e de distintas funções cumpridas pelas sanções** <sup>[18]</sup>. (Grifou-se).

93. Aliás, a possibilidade de concorrência de punições administrativas ambientais, quando há amparo legal, já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, que “consolidou entendimento no sentido de que a multa aplicada pela Capitania dos Portos, em decorrência de derramamento de óleo, não exclui a possibilidade de aplicação de multa pelo IBAMA” (AgInt no REsp 2032619/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 13/03/2023, Publicação em 16/03/2023).

94. Apesar disso, no presente caso, o quadro de multiplicidade de sanções possíveis, que têm gradação temporal e não meramente econômica, demonstra a necessidade de imprimir racionalidade à instauração do procedimento tendente à declaração de inidoneidade, especialmente porque as decisões judiciais podem, em tese, impor prazos maiores para a sanção de proibição de contratar, o que é mais evidente quando se trata da pena restritiva de direitos da pessoa jurídica. Confira-se:

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

(...)

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

(...)

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

95. Nos casos em que já haja a referida imposição via decisão judicial pelas mesmas condutas potencialmente inidôneas de que tomou ciência a Administração Pública, não seria imprescindível a instauração do referido procedimento, pois o administrador pode considerar que a sanção aplicada judicialmente já protege a Administração Pública contra a contratação de empresas que tenham praticado as condutas versadas neste parecer.

96. Caso haja a referida instauração ou a verificação de comportamento inidôneo, será necessário que a Administração Pública, no momento de decretar a inidoneidade, considere demais sanções análogas, como determina o art. 22, §§ 2º e 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

(...)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

97. Seria, assim, recomendável uma compensação de sanções, no que cabível. Em sentido análogo, tratando de compensações entre as esferas penal e administrativa, é o trabalho anteriormente mencionado:

A ideia de que haja uma compensação das sanções parece, de fato, a solução mais adequada. Isso porque, embora as sanções possuam finalidades diversas, é uma exigência da proporcionalidade – proibição de excesso – que o resultado global da intervenção estatal sobre um indivíduo (ainda que em âmbitos distintos), como resposta à prática de um mesmo fato, não supere a sua gravidade, a qual é levada em conta por cada uma das normas que o valoram. Nesse sentido, uma forma de concretização dessa ideia foi recentemente proposta por Marion Bach, que sugere uma compensação parcial, no momento da aplicação, pelo julgador, das sanções penais e administrativas. Essa compensação deveria se dar em ambos os sentidos, ou seja, a sanção administrativa acarretaria desconto na posterior sanção penal; e a penal, na administrativa que lhe seguisse. Além disso, ainda quando ambas as sanções fossem de mesma natureza (pecuniária, restritiva de certo direito etc.), não deveria haver uma simples subtração do quantum total da primeira na aplicação da segunda, mas antes uma mitigação parcial desta. Por exemplo, se aplicada uma multa administrativa de três mil reais e, posteriormente, há condenação em âmbito criminal, haverá mitigação da multa penal, mas essa compensação não significa desconto dos exatos três mil reais. Quanto à atenuação da sanção penal em razão de sanção administrativa prévia, defende a autora que poderia ocorrer de lege lata, instrumentalizada pela aplicação da atenuante inominada (art. 66 do CP)<sup>[19]</sup>.

98. Ainda nessa linha de ideias, e com referência especial à multiplicidade de apurações administrativas (ambiental e licitatória/contratual), parece também necessário, em homenagem à segurança jurídica, estabelecer, desde logo, a precedência dos órgãos do SISNAMA para dar a última palavra acerca da configuração de infração administrativa ambiental.

99. Como se sabe, vigora uma independência mitigada entre as esferas penal e administrativa, a qual impõe a necessária vinculação das decisões criminais que constatem inexistência do fato ou negativa de autoria. Nesse sentido é a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se evidencia, por exemplo, no seguinte julgado:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Cassação da aposentadoria. Constitucionalidade. Independência das esferas penal e administrativa. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido da possibilidade de cassação da aposentadoria, em que pese o caráter contributivo do benefício previdenciário. 2. **Independência entre as esferas penal e administrativa, salvo quando, na instância penal, se decida pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria, casos em que essas conclusões repercutem na seara administrativa, o que não ocorre na espécie.** 3. Agravo regimental não provido, insubsistente a medida cautelar incidentalmente deferida nos autos. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, haja vista tratar-se, na origem, de mandado de segurança (art. 25 da Lei 12.016/09).

(RE n. 1044681 AgR, Relator: Ministro Dias Toffoli, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 06/03/2018, Publicação em 21/03/2018; grifou-se).

100. Comandos semelhantes, ou seja, que contemplem a independência mitigada entre instâncias de apuração jurídica, estão previstos, por exemplo, nos arts. 935 do Código Civil e 126 da Lei n. 8.112/1990.

101. Assim como ocorre entre a esfera penal e a administrativa, também é necessário estabelecer uma precedência nas hipóteses do presente parecer, nas quais é provável que haja uma concorrência de instâncias administrativas. Seria irracional admitir, por exemplo, que, no âmbito do processo administrativo de apuração de infração ambiental, reconheça-se a inexistência do fato ou a negativa de autoria e, no âmbito de apuração de conduta inidônea, imponha-se a sanção. A mesma conclusão, no entanto, não é extensível quando ocorrer, simplesmente, a prescrição intercorrente no processo administrativo ambiental.

102. Sendo assim, propõe-se adotar, para efeitos deste parecer, também em relação às duas esferas administrativas, a lógica de vinculação das decisões administrativas à esfera penal. Em outras palavras, eventual declaração de inidoneidade em razão de infrações administrativas especialmente lesivas ao meio ambiente, na forma definida neste parecer, terá seus efeitos cessados no

caso em que, no âmbito criminal ou no âmbito do processo administrativo de apuração de infração ambiental regido pelo Decreto n. 6.514/2008, for reconhecida a **inexistência do fato** ou a **negativa de autoria**<sup>[20]</sup>. Nas demais hipóteses, deverá prevalecer a autonomia da instância licitatória/contratual.

103. Frise-se, neste ponto, que a lógica adotada nesta peça opinativa segue linha semelhante à do Parecer n. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, na medida em que, ao entender pela possibilidade de que a participação em atos democráticos configurasse comportamento inidôneo para fins da Lei n. 14.133/2021, admitiu, implicitamente, que a apuração dessas condutas pudesse ocorrer – além de em sede judicial – em instâncias administrativas paralelas. Um exemplo seria um cidadão que, sendo servidor público à época, tenha participado dos atos ilícitos (e que poderá eventualmente responder em sede administrativa disciplinar) e, caso seja desligado do cargo tente participar de avença administrativa. Nada impediria, nessa hipótese, a apuração da conduta em mais de uma sede administrativa, cada qual com uma finalidade específica. Nesses casos, porém, especialmente quando se tratar de infração ambiental, a apuração deve respeitar o princípio da racionalidade da atuação administrativa, nos termos acima propostos.

104. Certo é, também, que, como determina o § 9º do referido dispositivo, “a aplicação das sanções previstas no *caput* deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública”. No caso de eventuais danos ambientais causados, essa afirmação deve ser complementada, consignando-se a completa higidez da obrigatoriedade de reparação integral do dano ambiental, assim como a imprescritibilidade da pretensão a ela relativa, nos termos do Tema n. 999 da Repercussão Geral.

#### c) Outras particularidades procedimentais

105. Vale salientar, ainda, que a aplicação da referida sanção, nos termos do artigo 156, § 6º, inciso I, da Lei n. 14.133/2021, no âmbito do Poder Executivo Federal, deve ser feita por ato de Ministro de Estado ou, sendo aplicada por autarquia ou fundação, por ato da autoridade máxima da entidade.

106. Além da observância de todos os procedimentos previstos na Lei n. 14.133/2021 para o adequado desenrolar do processo administrativo tendente à declaração de inidoneidade, será necessário observar, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a referida sanção tem efeitos *ex nunc*, não se admitindo, no entanto, a eventual prorrogação contratual<sup>[21]</sup>. Apesar disso, é possível, como bem salientado no Parecer n. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, a rescisão de contratos, desde que observados os requisitos legalmente estabelecidos. Nesse sentido, a referida peça opinativa mencionou o AgInt no REsp 1.552.078/DF e o MS 14.002/DF, julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assim como a Orientação Normativa n. 14/2014, desta Advocacia-Geral da União, firmada no sentido de que “a aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar no âmbito da União (art. 7º, da Lei nº 10.250, de 2002) e de declaração de inidoneidade (art. 87, inc. IV, da Lei nº 8.666, de 1993) possuem efeito *ex nunc*, competindo à Administração, diante de contratos existentes, avaliar a imediata rescisão no caso concreto”.

107. Portanto, para que a prática de ato caracterizado como infração ambiental especialmente grave ensejasse o encerramento do contrato administrativo, seria necessário subsumi-lo ao artigo 137, inciso VIII, da Lei n. 14.133/2021, segundo o qual constituem motivo para a extinção do contrato “razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante”.

108. Na hipótese submetida à consulta, a prática de atos especialmente graves à preservação do meio ambiente pode, em tese, caracterizar interesse público relevante, apto a ensejar – desde que respeitado o devido processo legal e havendo justificativa pela autoridade máxima do órgão ou entidade contratante –, o encerramento do contrato administrativo.

109. Neste ponto, cabe, mais uma vez, valer-se da advertência contida no Parecer n. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, no sentido de que a análise acerca da adequação da rescisão contratual deve ser feita caso a caso, observando-se as diretrizes do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Confira-se:

146. Como já mencionado na introdução à presente manifestação jurídica, a presente análise está sendo feita em caráter geral e abstrato.

147. **Daí que é possível cogitar de situações em que, a depender das características e da condição específica do contrato em concreto, a rescisão administrativa possa acarretar prejuízos financeiros à Administração Pública ou à prestação adequada do serviço público à coletividade, de maneira a, em última perspectiva, prejudicar o próprio interesse público que a rescisão contratual estaria se prestando a salvaguardar.** (Grifou-se).

110. Feitas essas observações, pontue-se, também na linha dos itens 153 e seguintes do Parecer n. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, que a Lei n. 14.133/2021 veda a aplicação combinada do seu regime jurídico com os das Leis n. 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2012. Por isso, não é possível a aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade fundada exclusivamente na arquitetura da Lei n. 14.133/2021 àqueles que estiverem submetidos ao regime da Lei n. 8.666/1993.

111. No entanto, a prática de condutas que configurem infrações ambientais especialmente graves pode se amoldar ao disposto no artigo 47, inciso VI, da Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações). Nesse caso, porém, conforme bem pontua o Parecer multiplamente referido: a) a abrangência da sanção será limitada ao âmbito do ente federativo em que é aplicada; b) o prazo prescricional é o previsto no artigo 1º da Lei n. 9.873/1999 (cinco anos a partir da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado); c) a autoridade competente para aplicar a sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública é a autoridade responsável pela celebração do contrato ou outra prevista em regimento, nos termos da Orientação Normativa n. 48 desta Advocacia-Geral da União e d) não de ser respeitadas todas as garantias constitucionais informadoras do devido processo legal.

112. Ainda quanto aos demais regimes, é necessário estabelecer como deve se dar o tratamento dos contratos regidos pelas Leis n. 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2012, celebrados com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela prática de

infrações ambientais especialmente graves, nos termos definidos por este parecer.

113. Como bem salientado no Parecer n. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, “no que pertine à disciplina da extinção dos contratos administrativos, a disciplina da Lei n. 8.666/93 é aplicável aos contratos administrativos celebrados sob sua égide, bem como às avenças celebradas pelo regime das Leis n. 10.520/02 e 14.262/11”.

114. Sendo assim, seria possível, em tese, a incidência do artigo 78, inciso XII, da Lei n. 8.666/1993, segundo o qual constitui motivo para a rescisão do contrato “razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”. Nesse caso, deve-se seguir a mesma lógica acima descrita em relação à Lei n. 14.133/2021.

115. Estabelecidos esses pressupostos, deve-se ressaltar que a aplicação das penalidades previstas nas Leis n. 14.133/2021 e 12.462/2011, assim como o encerramento de contratos administrativos, com base nas condutas ora referenciadas, é medida excepcional e que depende, logicamente, de comprovação da atuação do licitante ou do contratado com especial gravidade para a proteção do meio ambiente, nos termos anteriormente descritos.

116. Nesse caso, para subsidiar o processo administrativo, e também em consonância com os termos expostos no Parecer n. 00001/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, é possível a utilização de prova emprestada de outros procedimentos em curso, quando existirem, respeitadas as garantias processuais constitucional e legalmente asseguradas aos administrados.

117. Por fim, considerando-se que a densificação do conceito de comportamento inidôneo feita neste parecer se propõe, acaso acolhida, alcançar condutas graves e de forma linear no âmbito da Administração Pública federal, faz-se necessário que a aplicação da interpretação ora fixada tenha efeitos prospectivos.

118. Essa é uma conclusão que se infere do dever de respeito à segurança jurídica nas relações com o Estado, inclusive em observância ao art. 30, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”. No mesmo sentido, a Lei n. 9.784/1999 prevê, dentre os princípios que devem ser obedecidos pela Administração Pública, o da segurança jurídica.

119. Sendo assim, é juridicamente adequado que a interpretação estabelecida neste parecer alcance apenas as infrações ambientais especialmente graves, na forma que define, cujos autos tenham sido lavrados após a publicação da peça opinativa.

#### IV. Conclusões

120. Ante o exposto, conclui-se:

1. O respeito ao direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é insito às contratações públicas e ao espírito da Lei n. 14.133/2021, com previsão expressa do desenvolvimento nacional sustentável como princípio e como objetivo;

2. O cometimento de infrações que abalam o meio ambiente de forma especialmente grave é conduta que agride valor essencial à Constituição Federal e cuja preservação é necessária para a manutenção da própria vida;

3. A prática de infrações ambientais especialmente graves pode se enquadrar na conduta “comportar-se de modo inidôneo”, prevista no artigo 155, inciso X, da Lei n. 14.133/2021 como infração administrativa e, consequentemente, atrair a aplicação da penalidade de “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar”, prevista no artigo 156, inciso IV, da referida lei;

4. Consideram-se especialmente lesivas ao meio ambiente, para os efeitos deste parecer, as condutas tipificadas como infrações ambientais que, em tese, correspondam aos tipos penais considerados, por si, de maior potencial ofensivo, quando houver violação qualificada ao meio ambiente;

5. Será considerada violação qualificada ao meio ambiente: a) para as infrações de incêndio e desmatamento, a lesão a áreas superiores a 1.000ha (mil hectares); b) para a infração de elaboração ou apresentação de documento falso a órgãos ambientais, a presença de dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa, e c) para a infração de maus-tratos a cães e gatos, a ocorrência de morte do animal;

6. A aplicação de qualquer sanção mencionada neste parecer depende, para a sua validade, da observância dos princípios constitucionais relacionados ao devido processo legal;

7. Devem ser observadas todas as disposições legais referentes ao prazo prescricional, inclusive ao seu termo inicial, conforme determina o artigo 158 da Lei n. 14.133/2021, considerado o momento da lavratura do auto de infração, nos termos do art. 96 do Decreto n. 6.514/2008;

8. A possibilidade de apuração concomitante da infração revela a necessidade de, em tal hipótese, imprimir racionalidade tanto à instauração de procedimento tendente à declaração de inidoneidade quanto à aplicação das sanções, em harmonia com o artigo 22, §§ 2º e 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;

9. Eventual declaração de inidoneidade em razão de infrações administrativas especialmente lesivas ao meio ambiente, na forma definida neste parecer, terá seus efeitos cessados no caso em que, no âmbito criminal ou no âmbito do processo administrativo de apuração de infração ambiental regido pelo Decreto n. 6.514/2008, for reconhecida a inexistência do fato ou a negativa de autoria. Nas demais hipóteses, deverá prevalecer a autonomia da instância licitatória/contratual;

10. Em razão da autonomia das instâncias responsabilizadoras, a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar não exime os responsáveis do ressarcimento de eventuais danos ambientais causados à Administração Pública (artigo 156, § 9º da Lei n. 14.133/2021), e/ou ao meio ambiente, sendo, neste último caso, imprescritível a pretensão de reparação civil (Tema 999 da Repercussão Geral);

11. No âmbito do Poder Executivo federal, a aplicação da sanção de inidoneidade, nos termos do artigo 156, § 6º, inciso I, da Lei n. 14.133/2021, deve ser feita por ato de Ministro de Estado ou, no âmbito da Administração Indireta, por ato da autoridade máxima da entidade;

12. A prática de infração ambiental especialmente grave pode configurar razão de interesse público para fins de encerramento do contrato administrativo, nos termos do artigo 78, inciso XII, da Lei n. 8.666/1993, e do artigo 137, inciso VIII, da Lei n. 14.133/2021;

13. O enquadramento do cometimento de infrações ambientais especialmente graves como comportamento inidôneo alcança os licitantes submetidos ao regime jurídico da Lei n. 12.462/2011 (artigo 47, inciso VI), caso em que devem ser observadas as disposições específicas desse diploma legal, mormente no que diz respeito à abrangência da sanção, à sua duração, ao termo inicial do prazo prescricional e à autoridade competente para sua aplicação;

14. Em respeito à segurança jurídica, a interpretação fixada neste parecer deve ter aplicação prospectiva, alcançando as infrações ambientais especialmente graves cujos autos tenham sido lavrados após a sua publicação.

À consideração superior.

Brasília, 21 de novembro de 2023.

Maria Helena Martins Rocha Pedrosa  
Advogada da União  
Consultora da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00400002107202384 e da chave de acesso 0607fa85

#### Notas

- <sup>1</sup> MS n. 22164, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 30/10/1995, Publicação em 17/11/1995.
- <sup>2</sup> RE n. 654833, Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 20/04/2020, Publicação em 24/06/2020.
- <sup>3</sup> BRASIL. Agência Brasil. *Alertas de desmatamento na Amazônia caem quase 70%*. Publicada em 05/09/2023. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/en/node/1553468>>. Acesso em 23/09/2023.
- <sup>4</sup> BRASIL. Agência Brasil. *Alertas de desmatamento batem recorde no Cerrado*. Publicada em 03/08/2023. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-08/alertas-de-desmatamento-batem-recorde-no-cerrado>>. Acesso em 23/09/2023.
- <sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crise ambiental e democrática é tema de colóquio sobre justiça climática na STF*. Publicação em 11/09/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=513781&ori=1>>. Acesso em 23/09/2023.
- <sup>6</sup> Quanto à prática de atos antidemocráticos, o referido Parecer estabeleceu o seguinte: “22. Nesse diapasão, deve-se pontuar que, à luz dos valores éticos norteadores do princípio da “moralidade”, estabelecido no art. 37, caput, da Constituição Federal, resulta estranha a ideia de que o Estado brasileiro, através de sua administração, venha a celebrar ou manter contrato com as mesmas pessoas que atuam para a sua desconstrução. 23. Com efeito, seria possível considerar como “moral” possibilitar que as mesmas pessoas que atentam contra as próprias bases fundantes do Estado Democrático de Direito brasileiro - buscando colapsar as instituições que marcam o status civilizatório democrático historicamente conquistado pela sociedade brasileira - livremente possam contratar com a Administração Pública, a qual foi constituída justamente com o objetivo de viabilizar o funcionamento do modelo estatal delineado pela Carta da República? 24. Poderia ser considerado “moral” que o lucro decorrente de contrato administrativo possibilitasse incrementar o mesmo patrimônio utilizado para o sustento ou o financiamento daqueles que perpetraram condutas ilícitas contra o regime democrático que serve de pressuposto para a própria existência e finalidade de funcionamento da Administração Pública republicana? 25. Indubitavelmente é negativa a resposta aos dois questionamentos acima. 26. **Desse modo, é possível concluir da leitura da própria Constituição Federal que, em razão da natureza da ofensa analisada, isto é, atentar contra o próprio Estado Democrático de Direito mediante o ataque aos seus Poderes constituídos, a Administração Pública possa - e até deva - utilizar mecanismos administrativos para, no âmbito de sua atuação, reprender tais condutas e afastar-se da celebração de contratos com os responsáveis pelos atos antidemocráticos”** (Grifou-se).
- <sup>7</sup> Cf. MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 371.
- <sup>8</sup> FARIAS, Talden. *Sanções administrativas ambientais*. *Consultor Jurídico*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-15/sancoes-administrativas-ambientais>>. Acesso em 23/09/2023.
- <sup>9</sup> “Art. 76. Deixar de inscrever-se no Cadastro Técnico Federal de que trata o art.17 da Lei 6.938, de 1981:”
- <sup>10</sup> HC n. 111.017, Relator: Ministro Ayres Britto, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 07/02/2012, Publicação em 26/06/2012.
- <sup>11</sup> “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL CRIME AMBIENTAL. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica exige a satisfação de certos requisitos, de forma concomitante: a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva. II - Paciente que sequer estava praticando a pesca e não trazia consigo nenhum peixe ou crustáceo de qualquer espécie, quanto mais aquelas que se encontravam protegidas pelo período de defeso. III - “Hipótese excepcional a revelar a ausência do requisito da justa causa para a abertura da ação penal, especialmente pela mínima ofensividade da conduta do agente, pelo reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e pela inexpressividade da lesão jurídica provocada” (Inq 3.788/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia). Precedente. IV - Agravo regimental a que se nega provimento.” (HC n. 181235 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 29/05/2020, Publicação em 26/06/2020).
- <sup>12</sup> “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de

- arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.(...)”“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). (...)”
13. <sup>2</sup> MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 183-184.
  14. <sup>2</sup> CNN. *Desmatamento prejudica qualidade de vida na Amazônia, diz estudo*. Publicada em 06/12/2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/desmatamento-prejudica-qualidade-de-vida-na-amazonia-diz-estudo/>>. Acesso em 23/09/2023.
  15. <sup>2</sup> BRASIL. *Balanco de Execução PPCDAm e PPCerrado 2016-2020*. Disponível em: <[http://combataoedesmatamento.mma.gov.br/images/Doc\\_ComissaoExecutiva/Balano-PPCDAm-e-PPCerrado\\_2019\\_aprovado.pdf](http://combataoedesmatamento.mma.gov.br/images/Doc_ComissaoExecutiva/Balano-PPCDAm-e-PPCerrado_2019_aprovado.pdf)>. Acesso em 23/09/2023.
  16. <sup>2</sup> “ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PERDA DE CARGO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. ILÍCITO PENAL. ART. 316 DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. PROVAS EMPRESTADAS. POSSIBILIDADE OBSERVADO O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. NÃO VINCULAÇÃO DA ESFERA PENAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Cinge-se a controvérsia dos autos a possibilidade de decretação de perda de cargo de promotor público, prática de concussão - art. 316 do Código Penal, em caso de absolvição da prática do crime por ausência de provas. 2. Não encontra guarida a alegação de que fere o princípio da inocência a utilização de provas emprestadas, uma vez que a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que “observada a exigência constitucional de contraditório e ampla defesa não resta vedada a utilização da prova emprestada” (REsp 930.596/ES, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma). 3. Se a absolvição ocorreu por ausência de provas, a administração não está vinculada à decisão proferida na esfera penal, porquanto a conduta pode ser considerada infração administrativa disciplinar; conforme a interativa jurisprudência desta Corte, no sentido de que, a sentença absolutória na esfera criminal somente repercute na esfera administrativa quando reconhecida a inexistência material do fato ou a negativa de sua autoria no âmbito criminal. Precedentes. 4. Como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, “há hipóteses em que os fundamentos da decisão absolutória na instância criminal não obstam a responsabilidade disciplinar na esfera administrativa, porquanto os resíduos podem veicular transgressões disciplinares de natureza grave, que ensejam o afastamento do servidor da função pública” (ARE 664930 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/10/2012, Acórdão Eletrônico DJe-221 DIVULG 08-11-2012 PUBLIC 09-11-2012). 5. Demais disso, ao órgão do Ministério Público não é permitido presunção de que seja probo, há de ser peremptoriamente demonstrado que sua conduta é acima de tudo isenta de cometimento de atos ilícitos. 6. Recurso especial improvido.” (REsp n. 1323123/SP, Relator: Ministro Humberto Martins, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 07/05/2013, Publicação em 16/05/2013; grifou-se).
  17. <sup>2</sup> FARIAS, Talden. *Sanções administrativas ambientais. Consultor Jurídico*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-15/sancoes-administrativas-ambientais>>. Acesso em 02/05/2023.
  18. <sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Ne bis in idem entre direito penal e administrativo sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 192/2022, p. 75-122. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/rbccrim-192-ne-bis-in-idem-entre-direito-penal-e-administrativo-sancionador.pdf>>. Acesso em 23/09/2023.
  19. <sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Ne bis in idem entre direito penal e administrativo sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 192/2022, p. 75-122. Disponível em: <<https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/rbccrim-192-ne-bis-in-idem-entre-direito-penal-e-administrativo-sancionador.pdf>>. Acesso em 23/09/2023.
  20. <sup>2</sup> Isso sem prejuízo das demais hipóteses de vinculação à decisão criminal, como preveem, por exemplo, os artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal.
  21. <sup>2</sup> “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO. JULGADO DA PRIMEIRA SEÇÃO (MS 13.964/DF, DJe DE 25.5.2009). AGRAVO INTERNO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo 2). 2. É certo que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça entende que a sanção prevista no art. 87, III da Lei 8.666/1993 produz efeitos não apenas no âmbito do ente que a aplicou, mas na Administração Pública como um todo (REsp. 520.553/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 10.2.2011). 3. A declaração de idoneidade não tem a faculdade de afetar os contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente ou em fase de execução, sobretudo aqueles celebrados com entes públicos não vinculados à autoridade sancionadora e pertencente a Ente Federado diverso (MS 14.002/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 6.11.2009). 4. A sanção aplicada tem efeitos apenas ex nunc para impedir que a Sociedade Empresária venha a licitar ou contratar com a Administração Pública pelo prazo estabelecido, não gerando como consequência imediata a rescisão automática de contratos administrativos já em curso (MS 13.101/DF, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Min. ELIANA CALMON, DJe 9.12.2008). 5. Agravo Interno da Sociedade Empresária a que se nega provimento.” (AgInt no REsp n. 1.552.078/DF, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 30/9/2019, Publicação em 8/10/2019).



Documento assinado eletronicamente por MARIA HELENA MARTINS ROCHA PEDROSA, 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 1288206997 e chave de acesso 0607fa85 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARIA HELENA MARTINS ROCHA PEDROSA, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 21-11-2023 15:22. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---





ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
GABINETE

SAS, QUADRA 03, LOTE 5/6, 12º ANDAR - AGU SEDE I, FONE (61) 2026-8557 BRASÍLIA/DF 70070-030

**DESPACHO n. 00630/2023/GAB/CGU/AGU**

**NUP: 00400.002107/2023-84**

**INTERESSADOS: PROCURADORIA NACIONAL DE DEFESA DO CLIMA DO MEIO AMBIENTE**

**ASSUNTOS: MEIO AMBIENTE**

Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União,

1. Estou de acordo com o PARECER 00016/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, da lavra da Consultora da União Dra. Maria Helena Martins Rocha Pedrosa.

2. Nestes termos, submeto as manifestações desta Consultoria-Geral da União à vossa análise, para que, em sendo acolhidas, sejam encaminhadas à elevada apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os fins dos artigos 40, §1.º, e 41 da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Brasília, data da assinatura eletrônica.

*Assinado eletronicamente*

ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL

Advogado da União  
Consultor-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00400002107202384 e da chave de acesso 0607fa85



Documento assinado eletronicamente por ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL, 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 1288266191 e chave de acesso 0607fa85 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 18-12-2023 18:37. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº : 00400.002107/2023-84  
INTERESSADO: PROCURADORIA NACIONAL DE DEFESA DO CLIMA E DO MEIO AMBIENTE  
ASSUNTO: MEIO AMBIENTE

**PARECER Nº JM - 04**

**ADOTO**, para fins do art. 41 da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União n. 00630/2023/GAB/CGU/AGU, datado de 18 de dezembro de 2023, o Parecer n. 00016/2023/CONSUNIÃO/CGU/AGU, datado de 21 de novembro de 2023, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40, § 1, da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Brasília, 18 de dezembro de 2023.

  
**JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS**  
Ministro Chefe da Advocacia-Geral da União



DESPACHO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Processo nº 00400.002107/2023-84. PARECER Nº JM -04 de 18 de dezembro de 2023 do Advogado-Geral da União, que adotou, nos termos estabelecidos no Despacho do Consultor-Geral da União n.º 00630/2023/GAB/CGU/AGU, o Parecer n.º 00016/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU. **APROVO.**

Publique-se para os fins do disposto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Em 18 de dezembro de 2023.



**LUIZ INACIO LULA DA SILVA**





.....

PARECER 00004-2024-CPCTI-  
SUBCONSU-PGF-AGU

.....





ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
 PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
 SUBPROCURADORIA FEDERAL DE CONSULTORIA JURÍDICA  
 CÂMARA PERMANENTE DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO - CP-CT&I

**PARECER n. 00004/2024/CP-CT&I/SUBCONSU/PGF/AGU**

**NUP: 00407.032730/2022-11**

**INTERESSADOS: DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA DA PGF**

**ASSUNTOS: CONVÊNIO PARA PESQUISA, DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO - PD&I**

CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. CONVÊNIO PARA PESQUISA, DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO - PD&I.

I - Marco Legal federal da Ciência, Tecnologia e Inovação - CT&I (Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015, Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, e Decreto nº 9.283, de 2018).

II - O convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação é o instrumento jurídico celebrado entre os órgãos e as entidades da União, as agências de fomento e as ICT públicas e privadas para execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, com transferência de recursos financeiros públicos.

III. Legislação específica: art. 9º-A da Lei nº 10.973, de 2004, regulamentado pelo Decreto nº 9.283, de 2018. Inaplicabilidade do art. 184 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, do Decreto nº 11.531, de 16 de maio de 2023, da Portaria Conjunta MGI/MF/CGU nº 33, de 30 de agosto de 2023, e da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

IV - A celebração do convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação poderá ser feita por meio de processo seletivo promovido pela concedente ou apresentação de proposta de projeto por iniciativa de ICT pública.

V - Em convênios para PD&I com concedente público de outro ente federativo, há que se verificar a legislação do respectivo ente federativo para definir o instrumento adequado: se acordo de parceria ou convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação. No caso de recursos oriundos de órgão ou entidade da Administração Pública Federal, deve-se utilizar o convênio para PD&I, por força dos artigos 9º-A da Lei nº 10.973, de 2004, e 38 do Decreto nº 9.283, de 2018.

IV - Transferência de recursos financeiros públicos, inclusive por meio de fundação de apoio, com base na Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994.

V - Prestação de contas simplificada, privilegiando os resultados obtidos.

VI - Análise de minutas padrão, com recomendação aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal para que sugiram a sua utilização pelas Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação e agências perante as quais os procuradores federais exerçam suas atividades de consultoria e assessoramento jurídico.

1. Este parecer decorre das competências da Câmara Permanente de Ciência, Tecnologia e Inovação - CP-CT&I, institucionalizada pela Portaria PGF nº 556, de 14 de junho de 2019. De acordo com o art. 36-C da Portaria PGF nº 338, de 12 de maio de 2016:

- (I) identificar questões jurídicas relevantes, no âmbito de sua atuação temática, que são comuns aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;
- (II) promover a discussão das questões jurídicas identificadas, bem como daquelas distribuídas pelo Diretor do DEPCONSU, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal;
- (III) elaborar e atualizar minutas padronizadas de instrumentos jurídicos, listas de verificação e demais documentos, a serem utilizadas por autarquias e fundações públicas federais em suas relações jurídicas, e as respectivas notas expositivas; e
- (IV) produzir manuais orientadores, estudos e pareceres parametrizados.

2. Após identificados os instrumentos jurídicos no Marco Legal de CT&I, foram realizados estudos e debates em reuniões presenciais e por videoconferência. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujos objetivos são:

- (I) apresentar o embasamento legal para cada um dos instrumentos jurídicos a ser utilizado pelas entidades federais representadas pela PGF;
- (II) esclarecer controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, conferindo-lhes a segurança jurídica necessária ao exercício de suas atribuições; e
- (III) uniformizar o entendimento no âmbito da PGF, evitando que Procuradorias Federais tenham posicionamentos diferentes na utilização de instrumentos que devem ter aplicação nacional em decorrência de um mesmo Marco Legal.

3. A presente manifestação objetiva expor os motivos que justificam a redação do instrumento jurídico a ser utilizado nos convênios para pesquisa, desenvolvimento e inovação, conforme disposto no art. 9º-A da Lei nº 10.973 de 2004, e art. 38 do Decreto nº 9.283, de 2018, abordando os fundamentos, os requisitos e demais contornos para sua utilização por entidades públicas

federais.

**1. FUNDAMENTAÇÃO**

**1.1. CONVÊNIO PARA PESQUISA, DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO**

4. O convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação (convênio para PD&I) possui como objeto a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, com transferência de recursos financeiros públicos. A previsão encontra-se no art. 9-Aº da Lei nº 10.973, de 2004, que foi regulamentado pelos arts. 38 a 45 do Decreto nº 9.283, de 2018.

5. Antes de adentrar na análise dos pontos específicos do convênio, insta trazer à baila o arcabouço normativo que atualmente regulamenta o campo da Ciência, Tecnologia e Inovação.

6. Em 2015, a Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015, veio determinar uma atuação estatal ainda mais profunda no campo da ciência e da tecnologia.

7. A promoção e o incentivo à inovação passaram a constituir um dever estatal. Além de impor ao Estado a promoção e o incentivo ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação, a Constituição determina que à pesquisa científica seja conferido tratamento prioritário e que a pesquisa tecnológica se volte, preponderantemente, para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional, reconhecendo a imprescindibilidade da pesquisa científica para a evolução da ciência e o progresso científico como essencial para o desenvolvimento econômico do país e bem estar social.

8. Sem adentrar nos demais aspectos da EC nº 85, de 2015, com vista à promoção do desenvolvimento científico, da pesquisa, da capacitação científica e tecnológica e da inovação foi atribuída ao Estado a responsabilidade de estimular a articulação entre entidades, tanto públicas quanto privadas, nas diversas esferas de governo. Também foi permitida à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, a celebração de instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicas e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário.

9. Orienta o Texto Constitucional, portanto, que a antiga dicotomia público-privada seja mitigada em prol do desenvolvimento da ciência, da tecnologia e da inovação, com ênfase no compartilhamento de interesses entre entidades públicas e privadas.

10. Em face deste novo norte constitucional, o governo federal publicou a Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016, conhecida como Novo Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação - CT&I, por meio da qual foram alteradas nove leis federais, com maior impacto na Lei de Inovação - Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.

11. No que se refere à CT&I, destacam-se da já citada Lei nº 10.973, de 2004, algumas importantes alterações introduzidas pela Lei nº 13.243, de 2016:

(I) a possibilidade de repasse de recursos da Administração Direta e Indireta para as Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs ou pesquisadores a ela vinculados, por meio de termo de outorga, convênio, contrato ou instrumento jurídico assemelhado (art. 9º-A);

(II) a celebração de contratos ou convênios com previsão de compartilhamento ou permissão de uso de laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e instalações de ICTs, ou, ainda, de permissão de uso de seu capital intelectual em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação (art. 4º);

(III) a celebração de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação desenvolvida pela ICT e, também, para obter o direito de uso ou de exploração de criação protegida de terceiros (arts. 6º e 7º);

(IV) a celebração de contratos de cessão da propriedade intelectual; e

(V) a celebração de contratos de prestação de serviços técnicos especializados pelas ICTs a instituições públicas ou privadas, nas atividades voltadas à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, visando, entre outros objetivos, à maior competitividade das empresas (art. 8º).

12. Por fim, em 7 de fevereiro de 2018, foi editado o Decreto nº 9.283, que regulamentou inúmeras das alterações legislativas promovidas pelo “Novo Marco Legal”, inclusive a Lei nº 10.973, de 2004.

13. É esse o contexto normativo no qual está inserido o convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação, moldado pelo artigo 9º-A da Lei nº 10.973, de 2004, nos seguintes termos:

Art. 9º-A. Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são autorizados a **conceder recursos para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação às ICTs** ou diretamente aos pesquisadores a elas vinculados, por termo de outorga, **convênio**, contrato ou instrumento jurídico assemelhado. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 1º A concessão de apoio financeiro depende de aprovação de plano de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 2º A celebração e a prestação de contas dos instrumentos aos quais se refere o *caput* serão feitas de forma simplificada e compatível com as características das atividades de ciência, tecnologia e inovação, nos termos de regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 3º A vigência dos instrumentos jurídicos aos quais se refere o *caput* deverá ser suficiente à plena realização do objeto, admitida a prorrogação, desde que justificada tecnicamente e refletida em ajuste do plano de trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 4º Do valor total aprovado e liberado para os projetos referidos no *caput*, poderá ocorrer transposição, remanejamento ou transferência de recursos de categoria de programação para outra, de acordo com regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 5º A transferência de recursos da União para ICT estadual, distrital ou municipal em projetos de ciência, tecnologia e inovação não poderá sofrer restrições por conta de inadimplência de quaisquer outros órgãos ou instâncias que não a própria ICT. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

14. O art. 38 do Decreto nº 9.283, de 2018, conceitua o instrumento:

Art. 38. O convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação é o **instrumento jurídico celebrado entre os órgãos e as entidades da União, as agências de fomento e as ICT públicas e privadas para execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, com transferência de recursos financeiros públicos**, observado o disposto no art. 9º-A da Lei nº 10.973, de 2004.

15. Em linhas gerais, o convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação pode ser celebrado *entre os órgãos e as entidades da União, as agências de fomento e as ICT públicas e privadas, com repasse de recursos financeiros públicos para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação*.

16. Fixadas tais premissas, passa-se à análise das principais características e requisitos para celebração e execução dos convênios para pesquisa, desenvolvimento e inovação.

## 2. ANÁLISE DOS REQUISITOS

### 2.1. SUJEITOS E PROCESSO SELETIVO

17. Destaca-se do art. 9º-A da Lei nº 10.973, de 2004, que os *órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são autorizados a conceder recursos para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação às ICTs por convênio*.

18. Em complemento, o art. 38 do Decreto nº 9.283, de 2018, prevê que o convênio para PD&I é instrumento jurídico que visa a fomentar a produção científica e tecnológica no âmbito das Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação (ICTs), mediante incentivo financeiro público promovido pelos órgãos e entidades da União e agências de fomento. Outro ponto a ser destacado é que não poderá ser firmado com pessoas físicas, mas tão somente com pessoas jurídicas.

19. Depreende-se das previsões normativas que o convênio para PD&I é instrumento jurídico de fomento e de financiamento público para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação. No âmbito federal, cuja regulamentação foi estabelecida pelo Decreto nº 9.283, de 2018, o convênio para PD&I possui como agente financiador um órgão ou entidade da União, suas agências de fomento ou ICTs e, de outro lado, como executor, uma ICT pública ou privada.

20. Instá registrar, desde já, que **não se confunde com outros instrumentos jurídicos, ainda que possuam mesma nomenclatura (convênio)**, tampouco são aplicáveis ao convênio para PD&I as regras pertinentes a esses outros instrumentos, tal como o art. 184 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, o Decreto nº 11.531, de 16 de maio de 2023, a PORTARIA CONJUNTA MGI/MF/CGU nº 33, de 30 de agosto de 2023, ou mesmo a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

21. Os convênios que dizem respeito à transferência de recursos financeiros provenientes do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco e em regime de mútua colaboração, ou mesmo os convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do §1º do art. 199 da Constituição Federal, são instrumentos jurídicos que possuem outras características e finalidades, e que não podem ser confundidos, portanto, com o convênio para PD&I, cuja aplicabilidade é restrita à área de ciência, tecnologia, e inovação, e que possui previsão na Lei nº 10.973, de 2004, e completa regulamentação no Decreto nº 9.283, de 2018.

22. Por outro lado, a Lei nº 10.973, de 2004, de caráter nacional, autoriza os órgãos e entidades da União, e também dos *Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* a conceder recursos para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação às Instituições Científicas, Tecnológicas e de Inovação - ICTs.

23. Todavia, no âmbito Estadual, Distrital e Municipal, deverá haver regulamentação própria do art. 9º-A, uma vez que o Decreto nº 9.283, de 2018, regulamentou o tema no âmbito federal. Ou seja, convênios para PD&I a serem firmados por Estados, Distrito Federal e Municípios, com **concessão de seus respectivos recursos**, deverão seguir as regras locais, ainda que a conveniente seja uma ICT pública federal.

24. Já os convênios para PD&I a serem firmados pelos **órgãos e entidades da União, com concessão de recursos federais, deverão seguir as regras do Decreto nº 9.283, de 2018**.

25. Em síntese, o convênio para PD&I, no âmbito federal, possui, de um lado, como agente financiador um órgão ou entidade da União (suas agências de fomento e ICTs), denominado CONCEDENTE, e, de outro lado, como executor do projeto de pesquisa, desenvolvimento e inovação, e destinatário do recurso público federal, uma ICT pública ou privada (CONVENIENTE).

26. A celebração do convênio para PD&I será precedida de 1) **processo seletivo promovido pela concedente**; ou

II) apresentação de proposta de projeto por iniciativa de ICT pública.

27. O convênio para PD&I, portanto, pode derivar de duas formas distintas, sendo certo que, em qualquer caso, deverão ser observados critérios pessoais de escolha.
28. Os procedimentos e critérios para realização de processo seletivo, ou mesmo para sua dispensa, estão elencados no §2º do art. 39 do Decreto nº 9.283, de 2018.
29. Caso o órgão ou entidade concedente opte pela realização de processo seletivo, deverá ser confeccionado edital de chamamento público, com publicação em sítio eletrônico oficial com prazo não inferior a quinze dias para manifestação dos interessados.
30. Outrossim, o edital de chamamento deverá conter extrato do projeto de pesquisa, desenvolvimento e inovação, e, ainda, o valor do apoio financeiro a ser concedido, o prazo e a forma de apresentação das propostas pelos interessados.
31. Devem estar previstos também os critérios de seleção das propostas, que devem ser pautados pela competência técnica, pela capacidade de gestão, pelas experiências anteriores ou por outros critérios qualitativos de avaliação dos interessados, para assegurar a impessoalidade na seleção.
32. Por outro lado, a celebração do convênio para PD&I também pode dispensar o processo seletivo, a partir da iniciativa das ICTs públicas ou privadas na apresentação de propostas de projeto de pesquisa, desenvolvimento e inovação.
33. Nessa hipótese, fica dispensado o edital de chamamento público, mas a concessão do apoio deverá, ainda assim, respeitar critérios pessoais de escolha, orientada pela competência técnica, pela capacidade de gestão, pelas experiências anteriores ou por outros critérios qualitativos de avaliação dos interessados. Além disso, deverá ser considerada a relevância do projeto para a missão institucional do concedente, a sua aderência aos planos e às políticas do Governo Federal e a disponibilidade orçamentária e financeira.

**2.2. REQUISITOS DE REGULARIDADE E IMPEDIMENTOS PARA OS CONVENENTES - ICT PÚBLICA E ICT PRIVADA**

34. Como visto, os convênios para PD&I podem ser firmados entre os órgãos e as entidades da União, agências de fomento e ICTs públicas e privadas. Como concedentes, quaisquer órgãos e entidades da União, no que se inclui suas próprias ICTs, e, com mais frequência, suas agências de fomento. As convenentes poderão ser tanto ICTs públicas quanto ICTs privadas.
35. Tratando-se a conveniente de ICT privada, os impedimentos e requisitos para se firmar convênio para PD&I estão dispostos ao longo dos arts. 40 e 41 do Decreto nº 9.283, de 2018, os quais devem ser observados e cumpridos na hipótese de o órgão ou entidade concedente admitir a celebração do convênio para PD&I com ICTs privadas. Caso a celebração do convênio seja precedida de processo seletivo, tais informações devem constar no edital do chamamento público.
36. Por outro lado, no caso de ICT pública, o impedimento imposto pelo Decreto está expresso no art. 42:
- Art. 42. Ficará impedida de celebrar convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação a ICT pública que não atender às exigências para a realização de transferências voluntárias previstas no § 1º do art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, observado o disposto na lei de diretrizes orçamentárias.
- Parágrafo único. A transferência de recursos de órgãos ou entidades da União para ICT pública estadual, distrital ou municipal em projetos de ciência, tecnologia e inovação não poderá sofrer restrições por conta de inadimplência de outros órgãos ou instâncias que não a própria ICT.
37. Por sua vez, dispõe o §1º do art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000:
- Art. 25 (...)
- § 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:
- I - existência de dotação específica;
- II - (VETADO)
- III - observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição;
- IV - comprovação, por parte do beneficiário, de:**
- a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;
- b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;
- c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal;
- d) previsão orçamentária de contrapartida.
38. Destaca-se a aplicabilidade, em relação às ICTs públicas, das alíneas do inciso IV do §1º do art. 25, no que cabível.
39. No ponto específico referente às **ICTs públicas da União como convenentes**, foi estabelecida a **dispensa de contrapartida**, por meio de ato conjunto dos Ministros de Estado da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (art. 38, §4º, do Decreto nº 9.283, de 2018).

40. Com efeito, o tema foi objeto da Portaria Interministerial nº 4.854, de 28 de maio de 2021, que dispôs sobre a exigência de contrapartida em convênios para PD&I celebrados por órgãos ou entidades da União, nos seguintes termos:

Art. 2º A contrapartida assumida pelo beneficiário em convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação poderá ser financeira ou não-financeira.

Parágrafo único. A contrapartida não-financeira corresponderá a contraprestação em bens e serviços, cujo valor monetário será estimado e identificado no termo, vedada a exigência de depósito de valor correspondente.

Art. 3º A contrapartida exigida em convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação será de:

I - pelo menos dois por cento do valor total da parceria no caso de celebração com órgão ou entidade pública estadual ou distrital; e

II - pelo menos um por cento do valor total da parceria no caso de celebração com órgão ou entidade pública municipal ou com Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) privada.

§ 1º A contrapartida de convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação celebrado com órgão ou entidade pública estadual, distrital ou municipal, quando necessário para viabilizar execução das ações a serem desenvolvidas poderá ser reduzida mediante justificativa do titular do órgão concedente.

§ 2º A contrapartida de convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação celebrado com ICT privada poderá ser dispensada mediante justificativa do titular do órgão concedente.

**§ 3º Não será exigida contrapartida em convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação celebrado entre órgãos e entidades da União, facultando-se também o uso de outros instrumentos jurídicos pertinentes.**

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor em 1º de outubro de 2021.

41. Tratando-se a beneficiária de uma ICT privada, deverão ser observados os critérios estabelecidos pela Portaria Interministerial nº 4.854, de 2021, da qual se destaca a possibilidade de a contrapartida ser *financeira* ou *não-financeira*.

### 2.3. PROJETO DE PESQUISA, DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO E PLANO DE TRABALHO

42. Relevante destacar a necessidade de existência de um projeto de pesquisa, desenvolvimento e inovação a ser executado pela ICT, o qual deverá contemplar as finalidades propostas no §1º do art. 38 do Decreto 9.283, de 2018:

Art. 38. (...)

§ 1º Os projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação poderão contemplar, entre outras finalidades:

I - a execução de pesquisa científica básica, aplicada ou tecnológica;

II - o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos e aprimoramento dos já existentes;

III - a fabricação de protótipos para avaliação, teste ou demonstração; e

IV - a capacitação, a formação e o aperfeiçoamento de recursos humanos para atuação em pesquisa, desenvolvimento e inovação, inclusive no âmbito de programas de pós-graduação.

43. O rol apresentado §1º do art. 38 do Decreto não é taxativo, de modo que os projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação podem agregar outros objetivos além dos citados, desde que orbitem a mesma temática.

44. Além de um projeto de pesquisa, desenvolvimento e inovação, que agregue as finalidades constantes no §1º do art. 38, também é necessário um plano de trabalho que o acompanhe, como parte integrante e indissociável.

45. Os termos do plano de trabalho poderão ser ajustados entre conveniente e concedente, **mas deverá conter, no mínimo**, os elementos descritos no art. 43 do Decreto nº 9.283, de 2018:

Art. 43. O plano de trabalho do convênio de pesquisa, desenvolvimento e inovação deverá ser estabelecido mediante negociação e conter obrigatoriamente:

I - a descrição do projeto de pesquisa, desenvolvimento e inovação a ser executado, dos resultados a serem atingidos e das metas a serem alcançadas e o cronograma, além dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas;

II - o valor total a ser aplicado no projeto, o cronograma de desembolso e a estimativa de despesas; e

III - a forma de execução do projeto e de cumprimento do cronograma a ele atrelado, de maneira a assegurar ao convenente a discricionariedade necessária ao alcance das metas.

§ 1º O plano de trabalho constará como anexo do convênio e será parte integrante e indissociável deste, e somente poderá ser modificado segundo os critérios e a forma definidos pela concedente, desde que não desnature o objeto do termo:

I - por meio de comunicação justificada do responsável pelo projeto, quando a modificação implicar alteração de até vinte por cento nas dotações orçamentárias estimadas ou na distribuição entre grupos de natureza de despesa, desde que o valor global do projeto não seja alterado; e

II - por meio de anuência prévia e expressa da concedente, nas demais hipóteses.

46. Os primeiros elementos são a descrição do projeto de pesquisa, desenvolvimento e inovação a ser executado, os resultados e metas a serem atingidos, e o respectivo cronograma, além dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas. Essas informações devem constar no plano de trabalho sobretudo para balizar o acompanhamento de sua execução, e os moldes em que a prestação de contas será realizada posteriormente. Daí a relevância de definir de modo claro as metas, os objetivos, e o cronograma esperado de sua execução.

47. Também constitui informação indispensável o valor total a ser aplicado no projeto, o cronograma de desembolso e

as estimativas de despesas, de forma a que exista previsibilidade e transparência em relação ao investimento e às possibilidades de utilização dos recursos públicos aportados no projeto.

48. Por fim, cabe citar a disposição do inciso III do art. 43 do Decreto, que elenca a forma de execução do projeto e de cumprimento do cronograma. Essas informações, somadas, visam a assegurar ao conveniente a discricionariedade necessária ao alcance das metas. Importante frisar a correlação entre o disposto no inciso II do mencionado artigo, que estabelece a necessidade de definição do cronograma de desembolso, com o já citado inciso III, que trata do cronograma de execução.

49. O caráter imperativo dos dispositivos acima transcritos não deixa margem à dúvida quanto à exigência do plano de trabalho como condição para a celebração do convênio para PD&I. Trata-se de um documento técnico (cuja apreciação foge à competência dos órgãos jurídicos), prévio à celebração do convênio e dele indissociável, de forma que a cada instrumento de convênio deve corresponder um único e específico plano de trabalho.

50. No decorrer da execução do convênio para PD&I o plano de trabalho poderá ser modificado, de acordo com os critérios e a forma definidos pela concedente:

- o por meio de comunicação justificada do responsável/coordenador pelo/do projeto, quando a modificação implicar alteração de até vinte por cento nas dotações orçamentárias estimadas ou na distribuição entre grupos de natureza de despesa, desde que o valor global do projeto não seja alterado; e
- o por meio da anuência prévia e expressa da concedente quando a modificação implicar alteração superior a 20 por cento nas orçamentárias estimadas ou na distribuição entre grupos de natureza de despesa.

51. Em qualquer das hipóteses, a alteração no plano de trabalho não poderá desnaturar o seu objeto principal.

#### 2.4. COMPETÊNCIA PARA FIRMAR O CONVÊNIO PARA PD&I, PRAZO DE VIGÊNCIA E PRORROGAÇÃO

52. A competência para a celebração de convênios para PD&I, de acordo com o §2º do art. 43 do Decreto nº 9.283, de 2018, é atribuída ao dirigente máximo do órgão ou da entidade da administração pública, permitida a delegação, vedada a subdelegação.

53. Para a celebração e a formalização de convênios para PD&I, tanto concedente quanto conveniente (ICT pública, nesse último caso) necessitarão justificar o ato administrativo.

54. Como medida de boa prática administrativa, tratando-se a conveniente de ICT pública, sugere-se que o Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT) acompanhe a formalização e celebração do convênio para PD&I desde o seu nascedouro, informando a compatibilidade do ajuste com a política de inovação da instituição e manifestando-se sobre as cláusulas referentes à propriedade intelectual e sigilo, passando pelo acompanhamento da execução e finalização do ajuste.

55. Em se tratando de convênio para PD&I que decorra de processo seletivo (edital de chamamento público), sugere-se que a análise das ICTs candidatas seja realizada previamente à submissão de seus projetos ao edital. Isso permite que os setores técnicos da ICT (Núcleo de Inovação Tecnológica, dentre outros) identifiquem pontos de discordância no edital (como questões envolvendo titularidade de eventual propriedade intelectual, por exemplo), e, dentro do prazo, apresentem impugnação ao ato. Até mesmo porque, após submissão da proposta e sua seleção, as condições estabelecidas no edital de chamamento passam a ser vinculantes aos convenientes.

56. Dessa forma, sem prejuízo de outros requisitos estabelecidos no regramento interno da(s) instituição(ões) pública(s), sugere-se que os órgãos de consultoria jurídica orientem as respectivas autoridades assessoradas no sentido de solicitar que as áreas técnicas correspondentes emitam manifestação formal acerca dos seguintes pontos, *no que couber para o caso concreto*:

1. mérito da proposta, incluindo o interesse (oportunidade e conveniência) da instituição pública para a celebração do instrumento; a consecução de finalidades de interesse público e a análise da adequação do objeto à ciência, tecnologia e inovação;
2. viabilidade da execução do objeto, incluindo manifestação quanto a:
  - a) viabilidade técnica dos meios a serem utilizados na consecução dos objetivos propostos; capacidade operacional da Instituição Pública;
  - b) exequibilidade das metas, das etapas e das fases nos prazos propostos, além dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas, considerados os riscos inerentes aos projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação;
3. eventual condicionante econômica, financeira ou relacionada a recursos humanos para a viabilidade da execução do objeto;
4. eventual necessidade de disponibilização pela instituição pública de capital intelectual, serviços, equipamentos, materiais, propriedade intelectual, laboratórios, infraestrutura, entre outros;
5. eventual necessidade de participação de recursos humanos integrantes da instituição pública para a realização das atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação;
6. eventual necessidade de envolvimento de recursos humanos não-integrantes da instituição pública;
7. eventual necessidade de concessão de bolsa de estímulo à inovação;
8. previsão de aporte de recursos financeiros;
9. compatibilidade do cronograma de desembolso previsto no plano de trabalho com os prazos previstos para a execução do objeto;
10. descrição das atividades a serem executadas com vista ao atingimento dos resultados pretendidos; e
11. adoção do procedimento de monitoramento e avaliação e de prestação de contas.

57. A existência de uma análise técnica consistente atende ao princípio da motivação expressamente previsto no art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

58. Frise-se, outrossim, que, em obediência à norma contida no artigo 50, inciso VII, da Lei nº 9.784, de 1999, eventuais ressalvas apontadas no parecer técnico devem ser previamente sanadas pela autoridade competente ou, sendo o caso, apresentadas as devidas justificativas técnicas para sua manutenção ou exclusão total ou parcial.

59. Dessa forma, incumbe à autoridade competente para celebrar o convênio para PD&I manifestar-se conclusivamente acerca da análise contida no parecer técnico que subsidiará a sua decisão, aprovando-o ou motivando eventual discrepância.

60. Dando sequência, de acordo com o art. 9º-A, §3º, da Lei nº 10.973, de 2004, replicado no §2º do art. 38 do Decreto nº 9.283, de 2018, a **vigência** do convênio para PD&I deverá ser **suficiente à realização plena do objeto**:

Art. 9º-A. Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são autorizados a conceder recursos para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação às ICTs ou diretamente aos pesquisadores a elas vinculados, por termo de outorga, convênio, contrato ou instrumento jurídico assemelhado.

(...)

**§ 3º A vigência dos instrumentos jurídicos aos quais se refere o caput deverá ser suficiente à plena realização do objeto, admitida a prorrogação, desde que justificada tecnicamente e refletida em ajuste do plano de trabalho.**

Art. 38. O convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação é o instrumento jurídico celebrado entre os órgãos e as entidades da União, as agências de fomento e as ICT públicas e privadas para execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação, com transferência de recursos financeiros públicos, observado o disposto no art. 9º-A da Lei nº 10.973, de 2004.

(...)

**§ 2º A vigência do convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação deverá ser suficiente à realização plena do objeto, admitida a prorrogação, desde que justificada tecnicamente e refletida em ajuste do plano de trabalho.**

61. De acordo com os dispositivos citados, não houve estipulação de prazos máximos, mas tão somente a previsão de que a prorrogação esteja condicionada a justificativa técnica e refletida no plano de trabalho.

62. Desse modo, o prazo de vigência do convênio para PD&I deverá ser compatível com a natureza e a complexidade do objeto, admitida sua prorrogação.

## 2.5. EXECUÇÃO DO CONVÊNIO PARA PESQUISA, DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO

63. O art. 45 do Decreto nº 9.283, de 2018, estabelece algumas exigências para a fase de execução do convênio para PD&I. O *caput* do art. 45 abre a Subseção II atribuindo ao conveniente a responsabilidade exclusiva pelo gerenciamento dos recursos recebidos, inclusive quanto às despesas de custeio, de investimento e de pessoal, e pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no convênio.

64. Destaca também que a inadimplência do conveniente em relação ao referido pagamento não implicará responsabilidade solidária ou subsidiária do concedente.

65. Na sequência, os §§1º e 2º estabelecem a obrigatoriedade de aplicação dos recursos recebidos na consecução do objeto do convênio para PD&I, de acordo com os termos celebrados:

§ 1º Incumbe ao conveniente aplicar os recursos financeiros repassados por meio do convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação na consecução de seus objetivos e para pagamento de despesas previstas nos instrumentos celebrados, e será vedada, em qualquer hipótese, a incorporação de tais recursos financeiros ao patrimônio da ICT pública ou privada, os quais não serão caracterizados como receita própria.

§ 2º Os recursos de origem pública poderão ser aplicados de forma ampla pelos convenientes para execução do projeto aprovado, inclusive para a aquisição de equipamentos e materiais permanentes, a realização de serviços de adequação de espaço físico e a execução de obras de infraestrutura destinada às atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, observadas as condições previstas expressamente na legislação aplicável e no termo de convênio e os princípios da impessoalidade, da moralidade, da economicidade e da eficiência.

66. Algumas regras são estabelecidas nos §§ 3º a 5º do art. 45 para o emprego dos recursos públicos, na hipótese de a conveniente se tratar de ICT privada.

67. Os requisitos para a utilização dos recursos por ICT privada assemelham-se aos utilizados pelas ICTs públicas. Em que pese a possibilidade de adoção dos métodos usualmente utilizados pelo setor privado, alguns parâmetros mínimos são exigidos para assegurar a transparência e boa gestão na execução dos recursos repassados, tal como cotação prévia de preços junto a, no mínimo, três potenciais fornecedores ou executantes, observados os princípios da impessoalidade, da moralidade e da economicidade, e a observância do Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013, que trata de orçamentação de obras e serviços de engenharia.

68. Além disso, a execução de obras de infraestrutura (destinada às atividades de pesquisa, desenvolvimento e

inovação), que caracterizem a ampliação de área construída, ou a instalação de novas estruturas físicas, ficará condicionada à cláusula de inalienabilidade do bem ou de promessa de transferência da propriedade à administração pública, na hipótese de falência, dissolução ou extinção da ICT privada.

69. A ICT privada também fica autorizada ao pagamento de despesas com remuneração e demais custos com pessoal necessários à execução do projeto, inclusive de equipe própria ou do pesquisador a ela vinculado, desde que exista previsão no plano de trabalho (art. 45, §6º).

70. Por outro lado, não poderão ser contratadas com recursos do convênio as pessoas naturais que tenham sido condenadas por crime I) contra a administração pública ou o patrimônio público; II) eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; ou III) de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 45, §7º).

71. Os recursos recebidos em decorrência do convênio serão depositados em conta corrente específica, isenta de tarifa bancária, em instituição financeira pública federal, e deverão ser automaticamente aplicados em cadernetas de poupança, fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, enquanto não empregados na sua finalidade ou até a data da devolução do saldo remanescente.

72. O art. 45, §9º, estabelece que as despesas realizadas com recursos do convênio serão registradas na plataforma eletrônica de que trata o §5º do art. 38, dispensada a inserção de notas, comprovantes fiscais ou recibos. Já os §§10 e 11 dispõem sobre o procedimentos a serem adotados na hipótese de indisponibilidade de referido sistema.

73. De fato, estabelece o §5º do art. 38 do Decreto nº 9.283, de 2018, que o processamento do convênio para PD&I será realizado por meio de plataforma eletrônica específica desenvolvida conjuntamente pelos Ministérios da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (atuais Ministérios da Ciência, Tecnologia e Inovação e da Gestão e Inovação em Serviços Públicos).

74. Embora não exista, até o momento, tal funcionalidade nos sistemas eletrônicos federais, é certo que isso não impede a concretização do instrumento jurídico em análise. Até mesmo porque podem ser utilizadas outras formas para garantir a transparência e a adequada execução dos recursos públicos no âmbito dos projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação financiados, como, por exemplo, sistemas ou mecanismos próprios dos agentes financiadores ou mesmo das ICTs públicas convenientes, além da destacada necessidade de que os pagamentos sejam realizados em conta bancária específica, por meio de transferência eletrônica que permita a identificação do beneficiário final.

75. Nada impede a superveniência de criação de módulo específico no portal de transferências e parcerias da União (atualmente denominado *Transferegov*), ou mesmo ato interministerial conjunto determinando a utilização daquela plataforma para essa finalidade.

76. Certo é que, enquanto não criada plataforma específica para o processamento, outras medidas de transparência poderão ser adotadas por concedente e conveniente, de modo a garantir a possibilidade de utilização do instrumento jurídico em questão, como destacado pela exigência do próprio §10, acima citado.

77. Como reforço, o §12 dispõe acerca da possibilidade de o concedente dos recursos, em ato próprio, exigir relatório simplificado de execução financeira para projetos de maior vulto financeiro, sem prejuízo do registro eletrônico mencionado nos parágrafos anteriores.

78. Constata-se que os concedentes podem se cercar de outras medidas e cuidados adicionais para o acompanhamento da execução dos recursos públicos, com vista aos princípios da impessoalidade, moralidade, economicidade e eficiência.

79. Por fim, quando da conclusão, rescisão ou extinção do convênio, os saldos financeiros remanescentes, incluídos aqueles provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à administração pública, no prazo de até sessenta dias (art. 45, §13).

## 2.6. ALTERAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

80. As alterações orçamentárias estão previstas no Capítulo VI do Decreto nº 9.283, de 2018, cujas disposições são comuns aos instrumentos jurídicos abrangidos pelo Decreto, notadamente termos de outorga, acordo de parceria, e convênio para PD&I.

81. No contexto desses instrumentos jurídicos, é possível a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra, com o objetivo de conferir eficácia e eficiência às atividades de ciência, tecnologia e inovação.

82. Tal previsão foi inserida na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015:

Art. 167. (...)

(...)

§5º A transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra poderão ser admitidos, no âmbito das atividades de ciência, tecnologia e inovação, com o objetivo de viabilizar os resultados de projetos restritos a essas funções, mediante ato do Poder Executivo, sem necessidade da prévia autorização legislativa prevista no inciso VI deste artigo.

83. Mesma disposição foi incluída pela Lei nº 13.243, de 2016, ao art. 9º-A da Lei nº 10.973, de 2004:

Art. 9º-A. (...)

(...)

§ 4º Do valor total aprovado e liberado para os projetos referidos no **caput**, poderá ocorrer transposição, remanejamento ou transferência de recursos de categoria de programação para outra, de acordo com regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

84. Outrossim, algumas regras específicas foram previstas visando a facilitar a execução orçamentária dos projetos de pesquisa financiados, como se pode observar dos parágrafos do art. 46:

§ 1º No âmbito de cada projeto de pesquisa, desenvolvimento e inovação, o pesquisador responsável indicará a necessidade de alteração das categorias de programação, as dotações orçamentárias e a distribuição entre grupos de natureza de despesa em referência ao projeto de pesquisa aprovado originalmente.

§ 2º Por ocasião da ocorrência de quaisquer das ações previstas no § 1º, a concedente poderá alterar a distribuição inicialmente acordada, promover modificações internas ao seu orçamento anual, desde que não modifique a dotação orçamentária prevista na lei orçamentária anual, ou solicitar as alterações orçamentárias necessárias.

§ 3º Alterações na distribuição entre grupos de natureza de despesa que não ultrapassem vinte por cento do valor total do projeto ficarão dispensadas de prévia anuência da concedente, hipótese em que deverão ser comunicadas pelo responsável pelo projeto, observadas as regras definidas pela concedente.

§ 4º As alterações que superarem o percentual a que se refere o § 3º dependerão de anuência prévia e expressa da concedente.

§ 5º Em razão da necessidade de modificações nos orçamentos anuais, o Poder Executivo federal deverá adotar medidas de descentralização na responsabilidade por tais alterações, com o intuito de possibilitar o ajuste tempestivo dos recursos previstos inicialmente.

85. A previsão existente no §3º é digna de atenção, ao possibilitar alterações na distribuição entre grupos de natureza de despesa (capital x custeio), independentemente de prévia anuência do concedente dos recursos, desde que não ultrapassem vinte por cento do valor total do projeto, caso em que deverão ser apenas comunicadas pelo responsável.

86. Por muito tempo as ICTs convenientes e seus pesquisadores enfrentaram muitos empecilhos nesse aspecto, sobretudo diante de necessidades urgentes de alterações entre grupos de natureza de despesas, o que deveria ser objeto, em qualquer hipótese, de prévia anuência da concedente dos recursos, e que acabava paralisando a execução dos projetos, ainda que temporariamente.

87. Todavia, a própria natureza de pesquisas científicas e tecnológicas atrai algumas nuances que devem ser consideradas para a boa execução dos projetos, que contêm especiais demandas que podem não estar contempladas nos planos de trabalho originais, e que sobrevêm no decorrer de seu desenvolvimento.

88. Assim, ao possibilitar alterações de recursos de um grupo de natureza de despesa para outro, independentemente de prévia anuência do concedente, observado o limite de vinte por cento, a execução dos projetos torna-se mais célere e eficiente do ponto de vista do interesse público envolvido na consecução do objeto.

89. Em síntese, sempre poderá haver alteração das categorias de programação, e dotações orçamentárias. A concedente poderá:

(a) alterar a distribuição inicialmente acordada, promover modificações internas ao seu orçamento anual, desde que não modifique a dotação orçamentária prevista na lei orçamentária anual, ou

(b) solicitar as alterações orçamentárias necessárias (§1º), mediante ato do Poder Executivo (decreto presidencial, ou portaria ministerial, caso haja delegação), sem necessidade da prévia autorização legislativa (§5º do art. 167 da Constituição Federal).

90. Também sempre poderá haver alteração da distribuição entre grupos de natureza de despesa (capital x custeio), em relação ao projeto de pesquisa aprovado originalmente, demanda que ocorre com mais frequência nos projetos de pesquisa.

91. **Até o limite de vinte por cento**, as alterações na distribuição entre **grupos de natureza de despesa** estão dispensadas de prévia anuência da concedente, devendo apenas ser comunicadas pelo responsável pelo projeto ao órgão concedente (de acordo com suas regras específicas, caso existam). Por outro lado, as alterações que superarem o percentual de vinte por cento dependerão de anuência prévia e expressa da concedente.

## 2.7. MEDIDAS PARA PROMOÇÃO DA BOA GESTÃO DOS RECURSOS POR PARTE DA CONCEDENTE

92. Na linha do art. 44 do Decreto nº 9.283, de 2018, o órgão ou entidade concedente dos recursos público deverá adotar medidas de promoção da boa gestão dos recursos, mediante:

- I - divulgação da lista completa dos projetos apoiados, de seus responsáveis e dos valores desembolsados;
- II - divulgação de canal para denúncia de irregularidades, de fraudes ou de desperdício de recursos no seu sítio eletrônico oficial;
- III - definição de equipe ou estrutura administrativa com capacidade de apurar eventuais denúncias; e
- IV - exigência de que os participantes do projeto assinem documento do qual constem informações sobre como fazer denúncias, sobre o canal existente no sítio eletrônico da concedente e sobre a importância da integridade na

aplicação dos recursos.

93. Tratam-se de providências obrigatórias a serem adotadas pelos órgãos ou entidades concedentes dos recursos públicos em convênios para PD&I. Outras medidas para boa gestão dos recursos podem ser adotadas, em acréscimo às previstas no dispositivo citado, a critério do concedente, objetivando conferir transparência e garantir a boa gestão na execução dos recursos repassados.

## 2.8 MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO, E PRESTAÇÃO DE CONTAS FINAL

### 2.8.1. MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO

94. Em abertura ao presente tópico, insta registrar importante alteração legislativa nos critérios de prestação de contas dos instrumentos jurídicos tratados pela Lei nº 10.973, de 2004. As alterações foram promovidas na Lei nº 10.973, de 2004, pela Lei nº 13.243, de 2016:

Art. 9º-A.

(...)

§ 2º A celebração e a prestação de contas dos instrumentos aos quais se refere o **caput** serão feitas de forma simplificada e compatível com as características das atividades de ciência, tecnologia e inovação, nos termos de regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

Art. 27. Na aplicação do disposto nesta Lei, serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

V - promover a **simplificação dos procedimentos** para gestão dos projetos de ciência, tecnologia e inovação e do **controle por resultados** em sua avaliação; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

Art. 27-A. Os procedimentos de prestação de contas dos recursos repassados com base nesta Lei deverão seguir formas simplificadas e uniformizadas e, de forma a garantir a governança e a transparência das informações, ser realizados anualmente, preferencialmente, mediante envio eletrônico de informações, nos termos de regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

95. A prestação de contas foi objeto de alteração legislativa substancial pelo novo marco legal de CT&I. De acordo com os novos parâmetros legais, a prestação de contas dos instrumentos jurídicos da Lei de Inovação deverá ser **simplificada**, e com foco nos **resultados obtidos**.

96. A prestação de contas exclusivamente com foco financeiro e contábil deixou de ser a principal métrica nesse tema, cedendo lugar ao desempenho das pesquisas e resultados alcançados.

97. Nesse contexto, a prestação de contas foi dividida basicamente em duas principais etapas: I - monitoramento e avaliação por meio de formulário de resultado; e II - prestação de contas final por meio da apresentação de relatório.

98. A substituição das principais métricas de avaliação - financeira/contábil para o resultado das pesquisas - acabou proporcionando um maior controle da entidade concedente sobre as fases de desenvolvimento dos projetos de pesquisa. Nesse ponto está a fase de monitoramento e avaliação, que ganha mais importância tanto maior os prazos da pesquisa.

99. O Capítulo VII do Decreto nº 9.283, de 2018, inicia suas disposições referindo-se às etapas em que ocorrerá a prestação de contas, assim como ao âmbito de abrangência dos instrumentos jurídicos:

#### CAPÍTULO VII DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

##### Seção I

##### Disposições gerais

Art. 47. A prestação de contas observará as seguintes etapas:

**I - monitoramento e avaliação por meio de formulário de resultado; e**

**II - prestação de contas final por meio da apresentação de relatório.**

§ 1º O disposto neste Capítulo aplica-se aos seguintes instrumentos:

**I - convênio para pesquisa, desenvolvimento e inovação;**

**II - termo de outorga para subvenção econômica; e**

**III - termo de outorga de auxílio.**

§ 2º A concedente poderá contratar auditoria independente para a análise da execução financeira dos instrumentos a que se refere o § 1º em caráter excepcional, a partir de critérios objetivos definidos em normativos internos, considerados, entre outros aspectos, a sua capacidade operacional e o risco de fraude, abuso e desperdício nesses instrumentos.

100. O monitoramento e avaliação constituem fases intermediárias de acompanhamento da execução do projeto, sobretudo naqueles convênios para PD&I com duração mais prolongada, e serão promovidas conjuntamente pelo órgão ou entidade concedente e pela ICT conveniente.

101. As regras para monitoramento, avaliação e prestação de contas serão disciplinadas pelas instituições concedentes, observados os parâmetros já estabelecidos no art. 48 do Decreto nº 9.283, de 2018.

102. O monitoramento e a avaliação seguirão os objetivos, cronograma, metas e indicadores previstos no plano de trabalho, donde se pode reiterar a importância de tal documento como balizador não apenas da execução do projeto de pesquisa, mas também da forma de prestação de contas.

103. O responsável pelo projeto deverá apresentar formulário de resultado parcial, anualmente, durante a execução do objeto, conforme definido no instrumento de concessão, ou quando solicitado pela instituição concedente. Também deverá manter atualizadas as informações indicadas no sistema eletrônico de monitoramento do órgão ou da entidade, se houver. Outrossim, deverá constar no formulário anual de resultado parcial as informações quanto ao cumprimento do cronograma e à execução do orçamento previsto, sendo que eventuais alterações em relação ao planejamento inicial deverão ser comunicadas.

104. As instituições concedentes poderão, durante o monitoramento e a avaliação dos projetos, realizar visitas para acompanhamento técnico ou fiscalização financeira, bem como poderão utilizar técnicas estatísticas, tais como amostragem e agrupamento em faixas ou subconjuntos de características similares para análise diferenciada em cada um.

105. Os processos, os documentos ou as informações referentes à execução dos instrumentos de pesquisa, desenvolvimento e inovação não poderão ser sonogados aos representantes da concedente no exercício de suas funções de monitoramento e avaliação, sem prejuízo das atribuições, das prerrogativas e do livre acesso pelos órgãos de controle. Quando a documentação ou a informação envolver assuntos de caráter sigiloso, deverá ser dispensado tratamento de acordo com o estabelecido na legislação pertinente.

106. O monitoramento será realizado pela concedente, que apontará as ocorrências relacionadas com a consecução do objeto, adotará as medidas para a regularização das falhas observadas e deverá manifestar-se fundamentadamente pela aprovação ou pela rejeição das justificativas.

107. Ainda, a execução do plano de trabalho deverá ser analisada, periodicamente, por:

I) comissão de avaliação, indicada pelo órgão ou pela entidade federal concedente, composta por especialistas e por, no mínimo, um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente do quadro de pessoal da administração pública; **ou**

II) servidor ou empregado público designado, com capacidade técnica especializada na área do projeto a ser avaliado.

108. Nos termos do art. 53 do Decreto nº 9.283, de 2018, a comissão ou o servidor designado para a avaliação da execução do plano de trabalho procederá à análise dos resultados atingidos, em cotejo com os objetivos, metas e o cronograma propostos, com base nos indicadores estabelecidos e aprovados no plano de trabalho, com possibilidade de proposição de ajustes ao projeto, de revisão do cronograma, das metas e dos indicadores de desempenho.

109. Com base em tais análises, a concedente emitirá parecer técnico quanto à execução do plano de trabalho e alcance das metas para o período considerado na avaliação.

110. Importante previsão encontra-se no art. 55 do Decreto nº 9.283, de 2018, que destaca que a liberação de eventual parcela ainda pendente de repasse não ficará condicionada à espera da aprovação dos formulários de resultado parcial já entregues e pendentes de análise.

111. As ICTs convenientes estarão sujeitas também aos procedimentos de avaliação previstos em normas específicas das instituições concedentes.

## 2.8.2. PRESTAÇÃO DE CONTAS FINAL

112. A prestação de contas final está disciplinada na Seção III do Capítulo VII do Decreto nº 9.283, de 2018, entre os artigos 57 a 60.

113. Deverá ser realizada pelo responsável pelo projeto, no prazo de até 60 dias após o encerramento da vigência do convênio para PD&I. Esse prazo pode ser prorrogado por igual período, desde que o requerimento seja feito anteriormente ao vencimento do prazo inicial.

114. A concedente disponibilizará, preferencialmente, sistema eletrônico específico para inserção de dados para a prestação de contas. Caso não exista tal sistema, a prestação de contas deverá ser realizada de forma manual.

115. Durante a análise da prestação de contas, a concedente poderá determinar a correção de irregularidade ou omissão passível de ser sanada, concedendo, para isso, prazo razoável ao conveniente, compatível com o objeto, para que o beneficiário apresente as razões ou a documentação necessária. Caso não seja sanada a irregularidade ou a omissão, a autoridade administrativa adotará as providências para a apuração dos fatos.

116. A análise da prestação de contas final deverá ser concluída pela concedente no prazo de até um ano, prorrogável por igual período, justificadamente - sendo que o prazo poderá ser suspenso quando a complementação de dados se fizer necessária.

117. De acordo com o art. 58 do Decreto, a prestação de contas será *simplicada, privilegiará os resultados obtidos e compreenderá:*

- I) relatório de execução do objeto;
- II) declaração de que utilizou os recursos exclusivamente para a execução do projeto, acompanhada de comprovante da devolução dos recursos não utilizados, se for o caso;
- III) relação de bens adquiridos, desenvolvidos ou produzidos, quando houver;
- IV) avaliação de resultados; e
- V) demonstrativo consolidado das transposições, dos remanejamentos ou das transferências de recursos efetuados, quando houver.

118. O **relatório de execução do objeto** deverá conter:

- a) a descrição das atividades desenvolvidas para o cumprimento do objeto;
- b) a demonstração e o comparativo específico das metas com os resultados alcançados; e
- c) o comparativo das metas cumpridas e das metas previstas devidamente justificadas em caso de discrepância, referentes ao período a que se refere a prestação de contas.

119. A análise da prestação de contas final observará, no que couber, o disposto no art. 53 do Decreto, que trata da avaliação periódica da execução do plano de trabalho por comissão de avaliação ou servidor designado, com capacidade técnica especializada na área do projeto a ser avaliado.

120. Como já mencionado no tópico anterior, a tônica da análise repousa na **avaliação pelos resultados atingidos**, e a relação entre os objetivos, metas e o cronograma propostos, com base nos indicadores estabelecidos e aprovados no plano de trabalho.

121. Como regra, apenas nas hipóteses de não aprovação do relatório de execução do objeto ou de indícios de irregularidades é que será exigida apresentação de relatório de execução financeira. Isso porque o art. 58 do Decreto elenca a necessidade apenas de **declaração** de que utilizou os recursos exclusivamente para a execução do projeto.

122. Não obstante, os concedentes deverão estipular **tipologias e faixas de valores** em que o relatório de execução financeira será exigido **independentemente da análise do relatório de execução do objeto**, nos termos do §7º do art. 58. Tal determinação, inclusive, vem ao encontro do disposto no §12 do art. 45 do Decreto:

Art. 45 ...

§12. A concedente, em ato próprio, poderá exigir, além do registro eletrônico de que tratam o § 9º e o § 10, relatório simplificado de execução financeira para **projetos de maior vulto financeiro**, conforme estabelecido, consideradas as faixas e as tipologias aplicáveis aos projetos.

123. Registra-se também que nos convênios celebrados com ICTs públicas, não haverá análise ou fiscalização da regularidade de licitações e contratações feitas com os recursos transferidos.

124. Merece destaque a previsão contida no §6º do art. 58 do Decreto, que novamente traz ao foco da prestação de contas a **avaliação pelos resultados**:

Art. 58. A prestação de contas será **simplificada, privilegiará os resultados obtidos** e compreenderá:

(...)

§ 6º **Desde que o projeto seja conduzido nos moldes pactuados, o relatório de execução do objeto poderá ser aprovado mesmo que os resultados obtidos sejam diversos daqueles almejados em função do risco tecnológico ou das incertezas intrínsecas à atividade de pesquisa, desenvolvimento e inovação, devidamente comprovadas, com a consequente aprovação das contas, com ou sem ressalvas, sem que o beneficiário dos recursos seja obrigado, por esse motivo, a restituir os recursos financeiros utilizados.**

125. Tal disposição vem ao encontro dos parâmetros gerais estabelecidos pelo art. 48 do Decreto tanto para avaliação e monitoramento quanto para a prestação de contas final:

Art. 48. O monitoramento, a avaliação e a prestação de contas serão disciplinados pelas instituições concedentes, **observados os seguintes parâmetros:**

I - as metas que não forem atingidas em razão do risco tecnológico inerente ao objeto, desde que fundamentadas e aceitas pela concedente, não gerarão dever de ressarcimento

126. O protagonismo das pesquisas no campo da ciência, tecnologia e inovação foi considerado nas previsões legais, diante de suas características próprias de incerteza e risco.

127. Mesmo que os resultados obtidos sejam diversos daqueles inicialmente previstos, em razão do risco tecnológico ou das incertezas intrínsecas à atividade de pesquisa, desenvolvimento e inovação, devidamente justificadas, o beneficiário não será obrigado, por esse motivo, a restituir os recursos financeiros utilizados.

128. O órgão ou entidade concedente, após análise do relatório de prestação de contas final, emitirá parecer conclusivo, de acordo com as seguintes hipóteses:

- I - **aprovação da prestação de contas**, quando constatado o atingimento dos resultados e das metas pactuadas, ou, quando devidamente justificado, o não atingimento de metas em razão do risco tecnológico;
- II - **aprovação da prestação de contas com ressalvas**, quando, apesar de cumpridos o objeto e as metas, for

constatada impropriedade ou falta de natureza formal que não resulte em dano ao erário; ou

III - **rejeição da prestação de contas**, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas cabíveis, nas seguintes hipóteses:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) descumprimento injustificado dos resultados e das metas pactuadas;
- c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; ou
- d) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos.

129. Na hipótese de rejeição da prestação de contas, haverá necessidade de verificação de suas causas e imposição das penalidades cabíveis, tanto na instância administrativa, quanto civil e penal, diante de sua independência. Em qualquer caso, deverão ser observados os princípios que norteiam a atuação administrativa, assegurados o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

130. Por fim, a documentação gerada até a aprovação da prestação de contas final deverá ser organizada e arquivada pelo responsável pela pesquisa, separada por projeto, pelo prazo de cinco anos, contado da data da aprovação da prestação de contas final.

## 2.9. REMUNERAÇÃO DO PESSOAL ENVOLVIDO NA EXECUÇÃO DO CONVÊNIO PARA PD&I

131. O art. 38 do Decreto nº 9.283, de 2018, estabelece, quando à remuneração do capital intelectual:

§ 6º Na hipótese de remuneração do capital intelectual, deverá haver **cláusula específica no instrumento celebrado mediante estabelecimento de valores e destinação de comum acordo**.

132. Nos convênios para PD&I, em que existe um projeto de pesquisa a ser executado pelo conveniente, a remuneração do pessoal da ICT pública poderá ocorrer por meio da concessão de bolsa.

133. Nesse sentido, a Lei nº 13.243, de 2016, incluiu na Lei nº 10.973, de 2004, o art. 21-A para prever a possibilidade de pagamento de bolsa de estímulo à inovação por diversos atores, entre eles as ICTs públicas e as fundações de apoio, à equipe técnica envolvida na execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento tecnológico e inovação. Vejamos:

Art. 21-A. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, os órgãos e as agências de fomento, as **ICTs públicas e as fundações de apoio concederão bolsas de estímulo à inovação** no ambiente produtivo, destinadas à formação e à capacitação de recursos humanos e à agregação de especialistas, em ICTs e em empresas, **que contribuam para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento tecnológico e inovação** e para as atividades de extensão tecnológica, de proteção da propriedade intelectual e de transferência de tecnologia. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016) (grifos nossos)

134. Por sua vez, o Decreto nº 9.283, de 2018, ao regulamentar a Lei de Inovação, define a bolsa como *"o aporte de recursos financeiros, em benefício de pessoa física, que não importe contraprestação de serviços, destinado à capacitação de recursos humanos ou à execução de projetos de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo e às atividades de extensão tecnológica, de proteção da propriedade intelectual e de transferência de tecnologia"* (art. 34, § 2º).

135. Além disso, havendo interveniência de fundação de apoio, aplica-se a Lei nº 8.958, de 1994, e o Decreto nº 7.423, de 2010, que assim dispõem sobre bolsas:

### Lei nº 8.958, de 1994

Art. 4º (...)

§ 1º A participação de servidores das IFES e demais ICTs contratantes nas atividades previstas no art. 1º desta Lei, autorizada nos termos deste artigo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, **podendo as fundações contratadas, para sua execução, conceder bolsas de ensino, de pesquisa e de extensão**, de acordo com os parâmetros a serem fixados em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

(...)

§ 4º Os servidores ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança nas IFES e demais ICTs poderão desenvolver atividades de ensino, pesquisa e extensão no âmbito dos projetos apoiados pelas fundações de apoio com recebimento de bolsas.

(...)

Art. 4º-B. **As fundações de apoio poderão conceder bolsas de ensino, pesquisa e extensão e de estímulo à inovação aos estudantes de cursos técnicos, de graduação e pós-graduação e aos servidores vinculados a projetos institucionais**, inclusive em rede, das IFES e demais ICTs apoiadas, na forma da regulamentação específica, observados os princípios referidos no art. 2º. (Redação dada pela Lei nº 12.863, de 2013)

### Decreto nº 7.423, de 2010

Art. 7º Os projetos realizados nos termos do § 1º do art. 6º **poderão ensejar a concessão de bolsas de ensino, pesquisa, extensão e estímulo à inovação pelas fundações de apoio**, com fundamento na Lei nº 8.958, de 1994, ou no art. 9º, § 1º, da Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observadas as condições deste Decreto.

§ 1º A instituição apoiada deve, por seu órgão colegiado superior, disciplinar as hipóteses de concessão de bolsas,

e os referenciais de valores, fixando critérios objetivos e procedimentos de autorização para participação remunerada de professor ou servidor em projetos de ensino, pesquisa ou extensão, em conformidade com a legislação aplicável.

§ 2º Para a fixação dos valores das bolsas, deverão ser levados em consideração critérios de proporcionalidade com relação à remuneração regular de seu beneficiário e, sempre que possível, os valores de bolsas correspondentes concedidas por agências oficiais de fomento.

§ 3º Na ausência de bolsa correspondente das agências oficiais de fomento, será fixado valor compatível com a formação do beneficiário e a natureza do projeto.

§ 4º O limite máximo da soma da remuneração, retribuições e bolsas percebidas pelo docente, em qualquer hipótese, não poderá exceder o maior valor recebido pelo funcionalismo público federal, nos termos do artigo 37, XI, da Constituição.

§ 5º A instituição apoiada poderá fixar na normatização própria limite inferior ao referido no § 4º.

(...)

136. Registra-se, ainda, a previsão contida no art. 21 da Lei nº 12.772, de 2012, que trata da percepção de bolsas por servidores do magistério federal submetidos ao regime de dedicação exclusiva:

Art. 21. No regime de dedicação exclusiva, será admitida, observadas as condições da regulamentação própria de cada IFE, a percepção de:

III - **bolsa de ensino, pesquisa, extensão ou estímulo à inovação paga por** agência oficial de fomento, **por fundação de apoio** devidamente credenciada por IFE ou por organismo internacional amparado por ato, tratado ou convenção internacional; (Redação dada pela Lei nº 13.243, de 2016)

(...)

VII - **outras hipóteses de bolsas de ensino, pesquisa e extensão, pagas pelas IFE**, nos termos de regulamentação de seus órgãos colegiados superiores;

(...)

§ 2º Os limites de valor e condições de pagamento das bolsas e remunerações referidas neste artigo, na ausência de disposição específica na legislação própria, serão fixados em normas da IFE.

137. Cita-se, ademais, a Lei nº 11.892, de 2008, que cria os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia:

Art. 5º

(...)

§ 6º Os Institutos Federais poderão conceder, nos termos de regulamentação a ser editada por órgão técnico competente do Ministério da Educação, bolsas de pesquisa, de desenvolvimento, de inovação e de intercâmbio a alunos, a docentes, a ocupantes de cargo público efetivo, a detentores de função ou de emprego público e a pesquisadores externos ou de empresas efetivamente envolvidos nessas atividades. (Redação dada pela Lei nº 14.695, de 2023)

138. Como se vê da legislação acima transcrita, a **bolsa pode ser paga pelos órgãos e entidades referidos no art. 21-A da Lei nº 10.973, de 2004, aos envolvidos na execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação (PD&I), indicados nos normativos acima transcritos.**

139. Em se tratando de ICT privada, a remuneração do capital intelectual deverá ser objeto de cláusula específica no instrumento celebrado mediante estabelecimento de valores e destinação de comum acordo.

## 2.10. PROPRIEDADE INTELECTUAL

140. O convênio para PD&I deverá dispor - conforme negociado entre os sujeitos, ou conforme disposição do edital de chamamento público - acerca da titularidade da propriedade intelectual e da participação nos resultados da exploração das criações resultantes da pesquisa, de maneira que assegure aos signatários o direito à exploração, ao licenciamento e à transferência de tecnologia.

141. Poderá também o convênio para PD&I dispor que a divisão dos direitos decorrentes da propriedade intelectual e as questões que envolvem a sua exploração econômica serão disciplinados em instrumentos jurídicos apartados, a exemplo do contrato de compartilhamento de titularidade e do contrato de licenciamento de tecnologia.

142. De todo modo, *como regra*, toda criação, invenção ou desenvolvimento tecnológico passível de proteção intelectual proveniente da execução dos convênios para PD&I, deverá ter sua titularidade compartilhada entre concedente e conveniente, na proporção equivalente ao montante do valor agregado de conhecimento já existente, dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados.

## 2.11. INTERVENIÊNCIA DE FUNDAÇÕES DE APOIO NOS CONVÊNIOS PARA PD&I

143. Não foi prevista explicitamente a possibilidade de interveniência de fundação de apoio para a gestão administrativa e financeira dos recursos repassados ao conveniente nos dispositivos legais que tratam do convênio para PD&I. Não obstante, **a possibilidade de interveniência de fundação de apoio também nesse instrumento jurídico decorre de outros dispositivos legais que tratam da matéria.**

144. O relacionamento entre as ICTs públicas e respectivas fundações de apoio é regido primordialmente pela Lei nº 8.958, de 1994, regulamentada pelo Decreto nº 7.423, de 2010, e, nos ajustes envolvendo pesquisas científicas e tecnológicas visando à inovação no ambiente produtivo, pela Lei nº 10.973, de 2004, e pelo Decreto nº 9.283, de 2018. Além, é claro, dos demais atos regulamentares afetos à matéria, a exemplo das normas internas editadas pelas instituições apoiadas.

145. Os ajustes celebrados no âmbito da Lei nº 8.958, de 1994, têm por fim viabilizar a realização de **projetos** finalísticos das ICTs públicas, executados por elas próprias, com ou sem financiamento externo, mas cuja consecução demanda o suporte técnico/administrativo/financeiro, que será desenvolvido pela fundação de apoio. A atuação das fundações destina-se à execução de atividades meio (accessórias) imprescindíveis à consecução do objeto, facilitando-o e agilizando-o, nos limites permitidos pela legislação. Esse mesmo entendimento foi estendido para os ajustes regidos pela Lei nº 10.973, de 2004.

146. Em quaisquer das hipóteses legais, **como regra**, tais ajustes são destinados a **apoiar projetos** (com objeto específico e determinado), inclusive de **pesquisa, ciência, tecnologia e inovação**, cujas ações apresentem duração temporal pré-definida e limitada, mediante a realização de atividades accessórias, que serão indicadas em um plano de trabalho detalhado, contendo os objetivos, atividades, metas, forma de realização e prazos de execução.

147. A regra geral prevista no art. 1º da Lei 8.958, de 1994, e reforçada pelo art. 2º, inciso VII, da Lei nº 10.973, de 2004, estabelece que é possível a intervenção de fundação de apoio para apoiar e viabilizar a execução de projeto finalístico específico das ICTs públicas.

148. Nesse contexto, considerando que a **existência de um projeto específico** de pesquisa, desenvolvimento e inovação é **requisito indispensável para a celebração do convênio para PD&I** (art. 38, §1º, do Decreto nº 9.283, de 2018), **há que se reconhecer a viabilidade da intervenção das fundações de apoio com fundamento na regra geral** de apoio a projetos, inclusive de pesquisa, ciência, tecnologia e inovação, prevista na Lei nº 8.958, de 1994, e no Decreto nº 7.432, de 2010, que a regulamenta.

149. Some-se a isso o que dispõem a Lei nº 10.973, de 2004, e o Decreto nº 9.283, de 2018:

**Lei nº 10.973, de 2004**

Art. 10. Os **acordos** e contratos firmados entre as ICT, as instituições de apoio, agências de fomento e as entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, cujo objeto seja compatível com a finalidade desta Lei, poderão prever recursos para cobertura de despesas operacionais e administrativas incorridas na execução destes acordos e contratos, observados os critérios do regulamento.

**Decreto nº 9.283, de 2018**

Art. 74. Os acordos, os **convênios** e os contratos celebrados entre as ICT, as instituições de apoio, as agências de fomento e as entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos destinadas às atividades de pesquisa, cujos objetos sejam compatíveis com a finalidade da Lei nº 10.973, de 2004, poderão prever a destinação de até quinze por cento do valor total dos recursos financeiros destinados à execução do projeto, para **cobertura de despesas operacionais e administrativas necessárias à execução desses acordos, convênios e contratos.**

150. Em suma, não há dúvidas de que **existe permissão normativa para que tais instituições apoiem as ICTs públicas convenientes.**

151. De igual modo, é preciso que tanto a fundação de apoio quanto a ICT pública observem as demais regras contidas na legislação, a exemplo do regramento sobre o pagamento de bolsas.

### 3. **DA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA À INSTRUÇÃO DO PROCESSO**

152. Foi elaborada minuta do instrumento sustentado por esta manifestação, a fim de proporcionar segurança jurídica, e assegurar a presença dos elementos mínimos que devem estar presentes para a celebração do convênio para PD&I.

153. A lista de verificação (checklist), por sua vez, justifica-se na medida em que emprega maior celeridade à análise dos processos, trazendo maior segurança ao Procurador Federal que esteja procedendo à análise dos autos do processo. Em razão disso, a mencionada ferramenta de auxílio à conferência da documentação instrutória acompanha a minuta dos instrumentos.

154. Nessa esteira, tratando-se de processos administrativos que versem sobre convênio para PD&I, sugere-se que os autos sejam instruídos com os documentos indicados na lista de verificação anexa.

155. Segue em anexo a este Parecer a lista de verificação (*checklist*), que tem por finalidade auxiliar e conferir maior celeridade à análise dos processos. Sugere-se que os processos que tratem de convênio para PD&I sejam instruídos com os documentos indicados na lista de verificação.

156. Segue em anexo também duas minutas de convênio para PD&I, sendo uma para a hipótese de haver a intervenção de fundação de apoio, e outra para a hipótese de não haver. As minutas tem por objetivo proporcionar segurança jurídica, e assegurar a presença dos elementos mínimos que devem constar nos convênios para PD&I. Elas não tem caráter vinculante e não pretendem substituir os modelos já adotados por agências de fomento. Objetivam servir como norte, com sugestões de redação para que cada entidade adeque o texto de acordo com o arcabouço legal sobre o tema e a respectiva política de inovação. Não há dúvidas de que a utilização da redação sugerida agrega maior segurança e celeridade na celebração do instrumento. Contudo, nada impede a inclusão de regras específicas, desde que respeitem os diplomas normativos regentes (incluindo as normas internas da entidade pública, especialmente sua política de inovação).

**4. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - LGPD**

157. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) é uma lei nacional que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

158. A Lei estabelece um conjunto de fundamentos, princípios, e fixa os conceitos para sua exata compreensão e aplicação pelas entidades públicas e particulares que lidem com acervos de dados pessoais (arts. 2º, 5º e 6º). Os artigos 3º e 4º informam os limites da aplicação da legislação.

159. Não cabe, aqui, abordar todos os pontos trazidos pela LGPD, mas apenas alertar sobre a necessidade de concedente e conveniente observarem as previsões normativas sobre o tema, a fim de que tratem adequadamente os dados, adotando mecanismos internos para assegurar e proteger a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade de todas as informações confidenciais e demais informações pessoais a que tenham acesso.

**5. SUBMISSÃO DAS MINUTAS À MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO DE CONSULTORIA**

160. A minuta do convênio para PD&I deverá ser submetida à prévia apreciação dos órgãos jurídicos que atuam junto às entidades e/ou órgãos envolvidos, conforme previsto no art. 11, V, da Lei Complementar nº 73, de 1993, c/c o art. 10, § 1º, da Lei nº 10.480, de 2002.

161. Cumpre salientar que, caso o parecer jurídico conclua pela possibilidade de celebração do convênio com ressalvas, deverá a autoridade competente sanar os aspectos ressaltados ou, mediante ato formal, justificar a preservação desses aspectos ou sua exclusão, consoante determina o art. 50, VII, da Lei nº 9.784, de 1999.

**6. CONCLUSÃO**

162. Diante do exposto, esses são os motivos que justificam a redação da minuta padrão do convênio para PD&I.

163. Submete-se à aprovação a presente manifestação, com a finalidade de que venha a ser adotada uniformemente por todos os órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal:

À consideração superior.

Brasília, DF, 15 de abril de 2024.

**ROCHELE VANZIN BIGOLIN**  
Procuradora Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria nº 338/PGF/AGU, de 12 de maio de 2016).

**DEOLINDA VIEIRA COSTA**  
Procuradora Federal

**JOSÉ OLÍMPIO RIBEIRO SILVEIRA**  
Procurador Federal

**LEOPOLDO GOMES MURARO**  
Procurador Federal

**LUDMILA MEIRA MAIA DIAS**  
Procuradora Federal

**SAULO PINHEIRO DE QUEIROZ**  
Procurador Federal

**TARCÍSIO BESSA DE MAGALHÃES FILHO**  
Procurador Federal

**DIANA GUIMARÃES AZIN**  
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) 00407032730202211 e da chave de acesso 9a93741f

---



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 1497047892 e chave de acesso 9a93741f 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: 20-08-2024 12:00. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---



Documento assinado eletronicamente por JOSÉ OLÍMPIO RIBEIRO SILVEIRA, 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 1497047892 e chave de acesso 9a93741f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JOSÉ OLÍMPIO RIBEIRO SILVEIRA, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-08-2024 10:51. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---



Documento assinado eletronicamente por SAULO PINHEIRO DE QUEIROZ, 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 1497047892 e chave de acesso 9a93741f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): SAULO PINHEIRO DE QUEIROZ, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-08-2024 08:44. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---



Documento assinado eletronicamente por DIANA GUIMARÃES AZIN, 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 1497047892 e chave de acesso 9a93741f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DIANA GUIMARÃES AZIN, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-08-2024 00:57. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---



Documento assinado eletronicamente por DEOLINDA VIEIRA COSTA, 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 1497047892 e chave de acesso 9a93741f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DEOLINDA VIEIRA COSTA, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-08-2024 06:33. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---



Documento assinado eletronicamente por LEOPOLDO GOMES MURARO, 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 1497047892 e chave de acesso 9a93741f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LEOPOLDO GOMES MURARO, com certificado A1 institucional (\*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-08-2024 16:07. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---





ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL  
SUBPROCURADORIA FEDERAL DE CONSULTORIA JURÍDICA  
CONSULTORIA FEDERAL EM EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA

**DESPACHO n. 00054/2024/CFEDU/SUBCONSU/PGF/AGU**

**NUP: 00407.032730/2022-11**

**INTERESSADOS: DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA DA PGF**

**ASSUNTOS: ATOS ADMINISTRATIVOS**

Sra. Subprocuradora Federal de Consultoria Jurídica,

1. Estou de acordo com o **PARECER n. 00004/2024/CP-CT&I/SUBCONSU/PGF/AGU**, que analisa a redação do instrumento jurídico a ser utilizado nos convênios para pesquisa, desenvolvimento e inovação, conforme disposto no art. 9-Aº da Lei nº 10.973, de 2004, e art. 38 do Decreto nº 9.283, de 2018. Foram abordados os fundamentos, os requisitos de sua utilização e demais contornos para utilização desse instrumento pelas autarquias e fundações públicas federais.

2. À consideração superior.

Brasília, 17 de setembro de 2024.

JEZIEL PENA LIMA

Consultor Federal em Educação, Ciência, Tecnologia e Inovação

1. De acordo.
2. À Sra. procuradora-Geral Federal.

ANA PAULA PASSOS SEVERO

Subprocuradora Federal de Consultoria Jurídica

1. Aprovo o **PARECER n. 00004/2024/CP-CT&I/SUBCONSU/PGF/AGU**.
2. Retorne à Subprocuradoria Federal de Consultoria Jurídica.

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) 00407032730202211 e da chave de acesso 9a93741f



---

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 1497617226 e chave de acesso 9a93741f 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: 18-09-2024 00:23. Número de Série: 65437255745187764576406211080. 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 1497617226 e chave de acesso 9a93741f 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: 18-09-2024 15:43. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---



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 1497617226 e chave de acesso 9a93741f 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: 19-09-2024 18:10. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

---





SEÇÃO PRÊMIO DRA MARIA  
JOVITA WOLNEY VALENTE



.....

**SIGILO DE DADOS, COMUNICAÇÃO E DIREITO  
À INFORMAÇÃO: O EQUILÍBRIO QUE DESAFIA  
A REGULAMENTAÇÃO DO ART. 4º, III DA LGPD**

.....

Ana Luisa Acurcio Santos Eisenlohr

---

**RESUMO:** O presente artigo buscou analisar a regulamentação do tratamento de dados pessoais pelo poder público, principalmente no que tange às previsões do artigo 4º, inciso III da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. Sabe-se que, diferentemente do que aconteceu na União Europeia e em outros países, a Lei nº 13.709/2018 não foi acompanhada por uma Lei que regulamentasse o tratamento de dados pessoais para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais, o que se tornou prioridade quando os direitos à privacidade e à proteção de dados foram elevados ao *status* de direitos fundamentais pela Emenda Constitucional 105. No desenvolvimento do trabalho, pretendeu-se evidenciar a necessidade de que essas matérias sejam regulamentadas, para que se garanta o equilíbrio do interesse público esteja equilibrado entre com a proporcionalidade, o devido processo legal, a intimidade e a autodeterminação informativa. Partindo desse pressuposto, analisa-se aqui o anteprojeto “LGPD Penal” e o Projeto de Lei 1515/2022, considerando os efeitos e as contribuições que esses textos legais podem trazer para a sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei Geral de Proteção de Dados. Princípios e fundamentos. Direito à informação. Anteprojeto de Lei “LGPD Penal”. Projeto de Lei 1515/2022.



## INTRODUÇÃO

Passados 21 anos de Ditadura Militar no Brasil, a transição para a “Nova República” perpassou pela substituição da Constituição Federal de 1967 pela “Constituição Cidadã”, de 1988, cujos princípios basilares estão pautados nos pilares da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça (Brasil, 1988).

Ao conceber o Estado Democrático de Direito, a Magna Carta prezou pela garantia de mecanismos que permitissem à sociedade o melhor exercício da democracia, elencando, nos artigos 5º, inciso XIV e XXXIII, 37, § 3º, inciso II e 216, § 2º, a regra da publicidade a todos os atos e fatos da administração pública, atribuindo a todos os cidadãos brasileiros a ciência e o controle da atuação interna e externa desse poder.

Apesar disso, as revoluções tecnológicas advindas da Quarta Revolução Industrial (Schwab, 2016), ao permitirem o maior controle, o tratamento e a divulgação dos dados pessoais pelo Estado, fizeram com que fosse necessário o estabelecimento de limites à ampla publicidade e ao acesso à informação nas bases de dados do poder público. Com isso, o armazenamento e a custódia dos dados nos órgãos públicos passaram a ser sopesados, por um lado, pelo exercício das prerrogativas estatais típicas e, por outro, pelos princípios, regras e direitos à personalidade.

Diante dessa situação, ao redigir a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, o legislador definiu duas bases legais que legitimam o tratamento dos dados pessoais pelo poder público, a saber: (i) a execução de políticas públicas, nos termos dos artigos 7º, 11 e 23; e (ii) o cumprimento de atribuições internacionais, no *caput* do artigo 23. Acontece que, a LGPD atribuiu à legislação infraconstitucional a regulamentação do tratamento de dados pessoais relativos à segurança pública, à defesa nacional, à segurança do Estado e às atividades de investigação e repressão de infrações penais no § 1º do artigo 4º, o que vem sendo tema de amplos debates na comunidade nacional.

Em 2021, sob a presidência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Nefi Cordeiro, uma comissão de juristas elaborou e entregou à Câmara dos Deputados o anteprojeto da “LGPD Penal”, que, apesar da sua importância para a garantia do direito fundamental à proteção de dados no âmbito das atividades estatais, acabou primando pela privacidade e desconsiderando, muitas vezes, os interesses públicos. Um ano depois, em 2022, passou a tramitar na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1515/2022. Esse, a despeito de ter sido baseado no anteprojeto da LGPD penal, pecou ao violar alguns dos princípios da LGPD e ampliar os riscos de vazamento dos dados pessoais.

Sendo assim, considerando que a própria Lei nº 13.709/2018 abarca as atividades de tratamento de dados pelo poder público no capítulo IV, o presente artigo objetiva analisar, a partir da metodologia qualitativa, consubstanciada nos âmbitos da doutrina, do direito comparado e da jurisprudência, o modo como as legislações propostas para suprir o silêncio legislativo do inciso III, do artigo 4º da LGPD impactam o *trade-off* existente entre a supremacia do interesse público e a autodeterminação dos dados pessoais.

## 1. TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE NO PODER PÚBLICO

A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas está prevista no artigo 5º, X da Constituição Federal como um direito fundamental de todo cidadão brasileiro (Brasil, 1988). Ao mesmo tempo, o ordenamento jurídico nacional, no que concerne às atividades estatais, tem como regra o princípio da publicidade e a garantia fundamental do direito à informação. Tamanha é a importância da garantia desses direitos que, conforme Meireles:

Os atos e contratos administrativos que omitem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade. E sem publicação não fluem os prazos para impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência para impetração de mandado de segurança (120 dias da publicação), quer os de prescrição da ação cabível (Meireles, 2013, p.102).

O que nos permite a inferência de que a ausência de transparência nos atos administrativos pode, inclusive, culminar na sua invalidação.

Considerando o direito que todo brasileiro tem de dispor e de acessar as informações produzidas ou custodiadas nos órgãos públicos, em 2011 foi formulada a Lei Federal 12.527/11, também conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), para que esse direito pudesse ser mais contundentemente conclamado pelos diversos atores que desejassem obter acesso às informações públicas. Apesar de a transparência dos atos públicos serem a regra, a Lei não deixou de resguardar a segurança do Estado, da sociedade e dos indivíduos, ao dispor, no inciso III do artigo 6º “que cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso” (Brasil, 2011).

Esse dispositivo, em conformidade com o artigo 5º, LX da Constituição Federal – que assegura a restrição da publicidade dos atos processuais quando ameaçada a intimidade ou o interesse social (Brasil, 1988) – deixa claro que, nos casos em que a vida privada ou a segurança da sociedade e do Estado se encontrarem em risco, poderão ser aplicadas exceções à publicidade. Sendo assim, ficou convencionado que, nas situações em que a publicidade nas esferas públicas pode acarretar prejuízos a outros direitos protegidos pela Constituição Federal, poderá ser aplicado o sigilo e a confidencialidade.

Nesse sentido, dentro do contexto mundial de discussões a respeito da necessidade de se regulamentar o tratamento e o gerenciamento dos dados pessoais pelas organizações públicas e privadas, fez bem o legislador ao prever, no artigo 31 da Lei de Acesso à Informação que “o tratamento dessas informações deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais” (Brasil, 2011). Indo além, esse mesmo artigo deixa expresso que:

1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal, ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal (Brasil, 2011).

Cabe pontuar que o acesso e o tratamento de informações pessoais por terceiros apenas podem ser realizados nos casos previstos em lei e em algumas outras situações em que se tenha o consentimento dos titulares. Paralelamente, a lei também prevê que, nos casos de processos de apuração de irregularidades em que o titular esteja envolvido, o acesso à informação, mesmo que privada, não pode ser restrito para atender aos interesses da União (Brasil, 2011).

Com isso, percebe-se que o tratamento e o controle dos dados pessoais pelo Estado já eram definidos no Brasil antes mesmo da formulação de uma legislação específica que tratasse da matéria. Ao reconhecer que a relação entre o Estado e os cidadãos é marcada pela assimetria informacional, e que os cidadãos atribuem ao Estado os poderes de coerção – dentro dos limites de sua atuação –, surge a necessidade de se tornar a privacidade e a intimidade invioláveis para a manutenção da ordem democrática. Portanto, como reconhece Wimmer, “o próprio desenvolvimento da democracia, com suas exigências de liberdade, igualdade perante a lei e inclusão política, foi responsável, em grande parte, pela enorme expansão de bases de dados de cidadãos sob a responsabilidade do Estado” (Wimmer, 2021, p. 272).

Essa afirmação, acrescida pelos ensinamentos de Gonçalves (2019, p. 59) de que, na realidade atual, o avanço tecnológico permite a coleta e o armazenamento de dados de modo indiscriminado, leva à percepção da contundência de se atribuir uma maior segurança às bases de dados de domínio público como uma forma de se garantir não só a segurança dos cidadãos, mas também da ordem pública.

A criação do *Big Data* e o desenvolvimento da inteligência artificial, dos algoritmos e dos sistemas de informação, o volume e a velocidade de circulação dos dados pessoais aumentou significativamente, na mesma velocidade cresceram também a vulnerabilidade e a exposição dos dados em circulação nos meios digitais. Sendo assim, a formulação de um marco regulatório específico para a proteção das informações circuladas em rede é um objeto de interesse da União, na medida em que esta também coleta e armazena muitos dados de natureza sensível e sigilosa que precisam ser protegidos, para garantir a segurança nacional ou os interesses estratégicos governamentais.

## 2. LGPD: UMA NECESSIDADE CONTEMPORÂNEA

Quando a Lei de Acesso à Informação entrou em vigor, não havia nenhuma legislação nacional que definisse o grau de confidencialidade a que deveriam ser submetidos os dados pessoais. Sendo assim, mesmo prevendo que alguns dados não seriam passíveis de publicização, a Lei não pontuou como deveria acontecer o tratamento de dados de diferentes naturezas pelas instituições públicas e privadas.

Na Europa, por sua vez, a defesa da autodeterminação informativa ganhou popularidade já na década de 1980, recebendo maior destaque após ter sido proferida a Decisão de 1983 pela Suprema Corte da Alemanha, que determinou a inconstitucionalidade da Lei do Censo Populacional (Bioni, 2021, p. 97). Para tanto, a Corte baseou-se no argumento de que toda pessoa tem o direito de controlar os seus próprios dados pessoais, garantindo-lhe, ressalvadas algumas exceções, o poder de decisão quanto à disposição de seus dados como objeto de tratamento (coleta, uso, transferência) por terceiros, bem como o acesso a bancos de dados para exigir a correção ou o cancelamento de informações (Bessa, 2020). A partir disso, à medida que as interações interpessoais se moviam para o ambiente digital e tendo reconhecida a necessidade de se proteger os dados pessoais, foi lançada a Diretiva nº. 1995/46 na União Europeia, cujo escopo estava no tratamento e na livre circulação de dados pessoais singulares (União Europeia, 1995).

Nacionalmente, a discussão ganhou fôlego após um ex-administrador de sistemas da *Central Intelligence Agency* (CIA) tornar público que cidadãos comuns e líderes mundiais, incluindo a então presidente do Brasil, Dilma Rousseff, estavam sendo espionados pelo projeto PRISM de monitoramento global, comandado pelos Estados Unidos (The New York Times, 2014). Nesse contexto, a urgência de se definir uma lei que tratasse exclusivamente sobre a gerência e o tratamento de dados pessoais recebeu enorme atenção internacional. O Marco Civil da Internet, sancionado pela ex-presidente Dilma Rousseff em 2014, foi uma das legislações que surgiram nesse período, formando um microsistema de proteção de dados pessoais para os meios digitais.

Considerando os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da privacidade, definidos no art. 5º, XII da Constituição Federal, com a aprovação da Lei 12.965/2014, o uso da internet do Brasil passou a ser pautado pelos seguintes princípios: “I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II – proteção da privacidade” (Brasil, 2014). Com esse novo regramento, os cidadãos teriam assegurados os direitos de:

I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

VII – não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (Brasil, 2014).

Apesar de ter sido um importante marco regulatório para assegurar os direitos à privacidade dos usuários das plataformas digitais, ele não foi suficiente para garantir ao Brasil o *status* de “adequação na proteção da privacidade e do uso de dados”, por ser restrito exclusivamente ao microsistema dos ambientes digitais. Dessa forma, seguindo as tendências legislativas internacionais, em outubro de 2015, uma nova versão de um anteprojeto de lei para a regulamentação dos dados pessoais foi levada à Câmara dos Deputados, onde foi anexada a outros projetos de lei que versavam sobre a mesma temática, a saber os Projetos de Lei 4.060/2012 e 330/2013.

Após muitas tratativas, estudos dirigidos e consultas públicas, em 2018, a Lei 13.709/2018 veio a substituir a Lei 12.965/2014, de modo a garantir a segurança jurídica e a proteção necessária aos dados pessoais. Podem ser apontados como fatores cruciais para a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira: a entrada em vigor do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia; os escândalos da *Cambridge Analítica* que expuseram a divulgação de dados pessoais em propagandas políticas direcionadas; o interesse do Brasil de se tornar membro da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); e a alteração da Lei do Cadastro Positivo, que apenas poderia ser realizada após a aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil.

Com a aprovação da LGPD, ficou estipulado que, a partir de setembro de 2020, todas as informações que identificassem diretamente ou tornassem identificáveis pessoas naturais, cujos titulares estivessem localizados no Brasil, ou que tivessem como finalidade a oferta de produtos e serviços no país, passariam a ser coletadas, utilizadas, acessadas, transmitidas, processadas, arquivadas, armazenadas, transferidas e operadas nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (Brasil, 2018). Assim como no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) europeu, o legislador brasileiro se fez claro ao elencar, no artigo 4º da Lei 13.709/2018, as exceções de sua aplicação nos seguintes termos:

Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II - realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos; ou

b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

III - realizado para fins exclusivos de:

a) segurança pública;

b) defesa nacional;

c) segurança do Estado; ou

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

IV - provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação,

uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei (Brasil, 2018).

O que nos permite a conclusão de que, no que tange especificamente ao poder público, a Lei apenas não se aplica para os fins específicos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, ou atividade de investigação e repressão de investigações penais.

Diferentemente do que aconteceu na União Europeia, em que a RGPD foi sancionada juntamente à Diretiva n.º. 2.016/680 (DPD), para a regulamentação do tratamento de informações atinentes à segurança pública e à persecução penal (Gleizer; Montenegro; Viana, 2021, p.21), no Brasil, o legislador deixou expresso no parágrafo primeiro do artigo supracitado que o tratamento de dados pessoais realizados para fins exclusivos de segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais deverá ser regido por legislação específica, visando ao atendimento da proporcionalidade e das necessidades do interesse público, tendo em vista o “devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei” (Brasil, 2020). Quanto a esse ponto, Aras defende que:

[...] deveríamos ter uma legislação apropriada desde a entrada em vigor da LGPD, mas não foi isso o que ocorreu. Construiu-se um sistema protetivo claudicante nesse aspecto e previu-se, no § 1.º do art. 4.º da LGPD, que em algum momento uma “legislação específica” regularia a matéria (Aras, 2020, p. 15-16).

De todo modo, é importante ressaltar que a sua parte conceitual deverá ser aproveitada, mesmo que não integralmente, para a futura lei que venha a regular os casos previstos no art. 4º, III da LGPD. Isso porque, as definições apresentadas pela lei são gerais e abrangentes, e o próprio capítulo IV da LGPD pressupõe as peculiaridades do tratamento de dados pessoais pelo poder público, para que se possa equilibrar as prerrogativas estatais típicas e os princípios e fundamentos da LGPD.

Como já disse Lapin (2021), o tratamento dos dados pessoais pelo Estado deve ser realizado apenas quando necessário ao exercício de suas atividades, haja vista que mesmo não previsto pela LGPD, muitas das normas setoriais já elencam essas previsões específicas.

### 3. DA REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 4º, III

Tendo em vista a lacuna legislativa deixada no artigo 4º, III da LGPD, no ano de 2019, o então presidente da Câmara solicitou a criação de uma comissão de juristas para a elaboração de um anteprojeto de lei de proteção de dados, que regule as matérias de persecução penal, segurança pública e atividades de investigação. Presidida pelo Ministro Nefi Cordeiro, a comissão contou com a participação de diversas autoridades, acadêmicos e estudiosos da área de proteção de dados, que se uniram para a formulação de normas capazes de equilibrar: (i) a atuação do Estado na manutenção da ordem pública e nas atividades investigativas e repressivas; e (ii) as garantias processuais e o direito fundamental à inviolabilidade dos dados pessoais. O texto do anteprojeto foi entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados no dia 05 de novembro de 2020 (Brasil, 2020).

Influenciado pelos direitos europeu, norte-americano, português e pela própria Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, o anteprojeto restringiu, em muito, a atuação estatal, ao

priorizar os direitos individuais da privacidade e da proteção dos dados pessoais. Isso pode ser apontado, principalmente, partindo da previsão textual de que a intervenção estatal nos âmbitos elencados deveria ser devidamente justificada e pormenorizada. Observa-se, portanto, que, apesar de ter constituído um importante avanço para a atribuição de maior segurança jurídica ao artigo 4º, III da LGPD, faltou um equilíbrio entre os interesses individuais e os da coletividade, o que poderia ser suprido pela análise mais flexível das situações em que o compartilhamento de dados é necessário para a garantia da segurança da população e em que a defesa do direito à privacidade dos dados é tida como prioridade.

O reconhecimento da necessidade de equilíbrio entre os interesses públicos e privados foi muito bem abordado no “Guia Orientativo Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público” (2022), lançado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) em parceria com o Governo Federal. O documento destacou a necessidade de que as bases legais, os princípios e os fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados sejam adotados pela Administração Pública, de modo que o compartilhamento de dados pessoais entre os entes e as instituições públicas, seja condicionado à: (i) devida formalização do registro – objeto e finalidade do compartilhamento; (ii) previsão da duração do tratamento; (iii) observação da transparência e dos direitos dos titulares; (iv) realização do estudo prévio de prevenção e segurança, além de outros requisitos.

Além disso, o relatório expôs, nos Anexos I e II, as diretrizes que devem guiar o “Uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público” e os “Cuidados a serem observados quando da divulgação de dados pessoais pelo Poder Público”, deixando expressas, de maneira clara e didática, as recomendações a serem levadas em consideração no tratamento dos dados pessoais pelo Estado e pelas autoridades públicas.

### 3.1. Do Projeto de Lei 1515/2022

A tramitação do anteprojeto da LGPD Penal não obteve consideráveis avanços na Câmara dos Deputados, principalmente devido ao posicionamento do Ministério Público de que ele “pode dificultar a investigação e o combate a crimes no Brasil, além de comprometer os esforços do País na cooperação para enfrentamento à criminalidade internacional”. Diante disso, ressurgiu a necessidade de se buscar outras alternativas para o silêncio legislativo em relação ao artigo 4º, III da LGPD.

Nesse sentido, tomando como ponto de partida a afirmação do Presidente da Associação Nacional de Proteção de Dados (ANPD) de que “a tecnologia vai dar uma celeridade muito grande para o usuário neste ano. As operadoras sabem que este é um assunto vivo, que sempre teremos que ter novas ferramentas”, foram estipuladas como pautas a serem tratadas pela ANPD no ano de 2022, dentre outras questões, o direito dos titulares, a transferência internacional dos dados pessoais e as hipóteses legislativas para o tratamento dos dados pessoais.

Mesmo assim, foi apenas em junho de 2022, que passou a tramitar na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1515/2022, de autoria do deputado Coronel Armando (PL/SC), que visa regulamentar os princípios e as diretrizes relacionadas às operações do tratamento de dados pessoais nos âmbitos da segurança pública, da defesa nacional, da segurança do Estado e das atividades de investigação e repressão de infrações penais (Brasil, 2022).

O objetivo principal, conforme o autor é que, ao disciplinar as matérias elencadas, sejam respeitados os direitos fundamentais da liberdade, da privacidade e da autodeterminação informativa. Sendo assim, observa-se o intuito de promover a harmonização dos deveres do Estado, em conjunto à observância das garantias processuais das prerrogativas fundamentais dos cidadãos brasileiros para o tratamento dos dados pessoais nos fins pretendidos. Nesse sentido, segundo o Deputado L. Armando Schroeder Reis, os benefícios esperados com a aprovação do Projeto de Lei são:

(i) maior segurança jurídica, ao tratar as finalidades estabelecidas no inciso III do art. 4º da LGPD de forma conjunta, no mesmo instrumento, o que evitará a necessidade de instrumentos correlatos posteriores, que naturalmente trariam abordagens redundantes; (ii) atribuição proporcional, razoável e factível das devidas responsabilidades aos órgãos encarregados das atividades mencionadas no inciso III do art. 4º, quanto ao tratamento de dados pessoais, sem, contudo lhes obstaculizar no exercício de suas atividades finalísticas; (iii) não impede o necessário e, por vezes, imprescindível fluxo de dados pessoais entre órgãos responsáveis pelas atividades elencadas no referido inciso III, permitindo o desempenho desses órgãos no cumprimento de suas atividades finalísticas; (iv) mantém o foco no tratamento de dados pessoais pelos mencionados órgãos, e não nas tecnologias por eles utilizadas no cumprimento de suas atribuições, uma vez que tecnologias podem evoluir, o que levaria à necessidade de frequentes alterações no texto legal; e (v) preenche relevante vácuo normativo ao cumprir a determinação da LGPD sobre lei específica quanto às mencionadas atividades do inciso III do art. 4º. Por fim, o presente projeto apresentará à sociedade os necessários cânones quanto à proteção de dados pessoais a serem adotados pelos órgãos responsáveis pelas atividades de segurança do Estado, de defesa nacional, de segurança pública, e de investigação e repressão de infrações penais, e o dever desses agentes quanto ao inalienável respeito ao direito fundamental dos titulares de dados pessoais na proteção desses dados, em todas as operações de tratamento sob a responsabilidade dos citados entes estatais (Schroeder Reis, 2022).

Para que esses benefícios sejam alcançados, foi proposta, dentre outras disposições, a proibição do tratamento dos dados relativos à segurança e à defesa nacional por empresas privadas, com exceções previstas para alguns casos em que os processos sejam comandados por pessoa jurídica de direito público. Inclusive, ficou estipulado que, o acesso dos órgãos públicos aos dados pessoais sujeitos ao sigilo legal que estiverem sendo controlados por pessoa(s) jurídica(s) privada(s) deverá ser realizado por meio de decisão judicial. Além disso, no caso de aprovação do Projeto de Lei, os dados pessoais controlados pelos órgãos de segurança pública apenas poderão ser compartilhados nos casos em que for notório o interesse público. Identificado o interesse, ainda caberá observar as normas de proteção de dados do Projeto para que o compartilhamento seja realizado.

Segundo o texto, o titular da informação passa a ter o direito de requerer os seus dados pessoais às autoridades competentes, que têm o prazo de até 20 dias para responder. Caso sejam reconhecidos prejuízos às ações de inteligência e de defesa nacional, bem como a violação da proteção dos direitos e garantias de terceiros, essa informação solicitada pode ser negada, cabendo, nessas hipóteses, questionamento à ANPD ou ação judicial. A proposta também elenca ao titular o direito de tomar conhecimento de possíveis informações a seu respeito em análise pelos órgãos de inteligências, abrindo também a possibilidade de acessar e de alterar essa informação nos casos em que houver algum equívoco. Ademais, foi prevista a possibilidade de transferência de dados pessoais para organização internacional ou agente no exterior atuante na área de segurança pú-

blica, defesa nacional e persecução penal. No caso de informações contidas em bancos de dados internacionais, é necessário que o país estrangeiro tenha concordado, exceto se a transferência for necessária para prevenir ameaça imediata e grave à segurança pública do Brasil ou de país estrangeiro, e o consentimento prévio não puder ser obtido em tempo hábil.

Por fim, para os casos de violação das disposições legais, fica estipulada a suspensão parcial do funcionamento do banco de dados por até 2 meses, até que este seja efetivamente regularizado, com a responsabilização do agente nos âmbitos administrativo e penal. Como atenuantes para os casos de infrações: “a comunicação espontânea da infração à ANPD e aos titulares dos dados; o emprego espontâneo dos meios disponíveis para mitigação do dano; a reparação espontânea dos danos; a adoção de política eficaz de proteção de dados”.

#### 4. PROJETO DE LEI 1515/22: PERSPECTIVAS

Perante o exposto, percebe-se que, uma vez aprovado o Projeto de Lei 1.515/2022, seria atribuída maior segurança jurídica ao tratamento de dados pessoais para as categorias elencadas no inciso III, do art. 4º, da Lei 13.709/2018. O texto, inclusive, apresenta disposições alinhadas com os princípios e com as bases legais da LGPD, bem como, acrescenta artigos que visam à manutenção da proporcionalidade das medidas e à observância do devido processo legal, o que pode ser verificado nos casos da proibição de decisões automatizadas (art. 20 do PL) e da previsão da responsabilização dos agentes públicos (art. 52, §1º, do PL). Por outro lado, não se pode deixar de considerar que, apesar desses aspectos positivos, a Coalizão de Direitos na Rede (CDR) (2022), organização que participou da efetuação do Marco Civil da Internet e da LGPD, se posicionou contrária à sua tramitação na Câmara dos Deputados, por considerar que a proposta pode:

- 1) promover o desmonte das garantias democraticamente construídas no âmbito do Anteprojeto de LGPD Penal elaborado por comissão de juristas; 2) ampliar demasiadamente o âmbito de aplicação do texto a matérias que possuem fundamentos e principiologia próprias; 3) suprimir conceitos importantes e fragilizar a proteção dada aos dados cadastrais; e 4) promover o desmonte do arcabouço principiológico de controle sobre as autoridades; 5) enfraquecer o repertório de controle sobre decisões automatizadas; e 6) autorizar de forma demasiadamente genérica o compartilhamento de dados entre entidades da administração pública e o acesso a bancos de dados mantidos por atores privados (CDR, 2022).

O que será analisado para a formulação de conclusões.

##### 4.1. Análise das Questões Elencadas pela CDR

Ao enviar a solicitação da interrupção da tramitação do Projeto de Lei 1515/22, a Coalizão Direitos na Rede (CDR), ressaltou que, enquanto o anteprojeto da LGPD Penal teve origem a partir da participação democrática, nos mesmos termos do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados, o PL em questão é resultado de uma atitude célere por parte do Congresso Nacional, que deseja a regulamentação de “temas altamente sensíveis de direitos digitais” (CDR, 2022).

A Coalizão apontou que, ao tratar das matérias de “tratamento de dados pessoais para atividades de segurança do Estado e de defesa nacional” em conjunto, no Capítulo II, o legislador deixou de considerar os fundamentos, as principiologias e os órgãos de atuação próprios de cada

uma dessas áreas, elevando a necessidade de se debater as garantias e salvaguardas para gestar o tratamento de dados para tais finalidades (CDR, 2022). Ainda nesse ponto, a CDR argumentou que a previsão expressa no anteprojeto de que “o tratamento de dados pessoais para atividades de segurança do Estado e de defesa nacional poderá ser realizado desde que haja previsão legal específica”, abre espaço para que os órgãos incumbidos por essas atividades possam repassar as informações livremente, “tendo por condição exclusiva e genérica o respeito à principiologia da lei e nenhuma garantia ou salvaguarda específica” (CDR, 2022).

Além disso, ao defender a “supressão de conceitos importantes e a fragilização da proteção aos dados cadastrais”, a definição de dados cadastrais trazida pelo texto excluiu taxativamente a proteção legal ou constitucional do sigilo. O que implica dizer que o anteprojeto, nesse ponto, inverte a lógica da LGPD, já que esta atribui a esses dados elencados a necessidade de maior proteção (CDR, 2022). Acerca do “desmonte do arcabouço principiológico de controle sobre as autoridades”, a Coalizão apontou ainda a supressão dos princípios da proporcionalidade, do livre acesso e da transparência e a alteração dos princípios da finalidade e da qualidade, o que foi visto como uma redução do controle dos titulares quanto ao tratamento de seus dados.

Já o argumento que se refere ao “enfraquecimento do repertório de controle sobre decisões automatizadas” foi pautado no fato de que o PL 1515/2022 traz a vedação geral das decisões baseadas no tratamento automatizado “que produzam efeitos jurídicos adversos ao titular ou que afetem significativamente”, o que, apesar de se aparentar como uma medida protetiva ao titular, no âmbito material, pode causar a inaplicabilidade da vedação ao caso, uma vez apontada a participação de pessoa física em alguma etapa da tomada de decisão.

Por fim, defendeu-se que “a autorização genérica para o compartilhamento de dados entre entidades da administração pública e para o acesso a bancos de dados mantidos por atores privados” está atrelada ao fato de que o anteprojeto não previu regimes específicos que diferenciem o tratamento e o compartilhamento de dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dados pessoais sigilosos, conferindo autorização genérica para:

- i) o compartilhamento de dados para os fins de segurança do Estado e de defesa nacional (art. 7º, §2º); ii) o acesso de autoridades competentes a dados pessoais e a bancos de dados controlados por órgãos e entidades da Administração Pública (art. 11); iii) o acesso de autoridades competentes a dados pessoais e a bancos de dados controlados por pessoas jurídicas de direito privado (art. 12); iv) o compartilhamento de dados pessoais controlados pelos órgãos incumbidos de atividades de segurança pública com pessoas jurídicas de direito privado (art. 13); e v) o tratamento e o compartilhamento de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis para finalidades de inteligência de segurança pública, investigação e repressão de infrações penais (art. 16) (CDR, 2022).

Tendo em vista o disposto, é possível notar que o Projeto de Lei, apesar de considerado necessário, ainda possui muitas questões a serem revisadas. Os fundamentos dos princípios da autodeterminação informativa e do livre acesso aos dados foram muitas vezes desconSIDERADOS pelo texto, o que fez com que, nos termos do artigo 4º, X, do PL 1515/22, a transparência no tratamento dos dados pessoais fosse trocada pela “audibilidade” (Brasil, 2022).

Sabe-se que, conforme defendido por Wimmer (2019), as bases legais já fornecidas pela LGPD para o tratamento de dados pessoais pelo poder público são: (i) a execução de po-

líticas públicas, prevista nos artigos 7º e 11 da LGPD; e (ii) a adequação às atribuições institucionais, positivadas no *caput* do artigo 23 como “a execução de competências ou atribuições legais do serviço público”, o que nos leva à constatação de que o tratamento de dados deve seguir os princípios elencados pela LGPD, dentro dos limites interpostos exclusivamente por tais atividades.

Ainda cabe ponderar que, ao facilitar o compartilhamento de dados entre os entes públicos, os dados pessoais ficam expostos a riscos elevados de vazamentos e roubos de informações, principalmente, se se considerar que o legislador ampliou as disposições do art. 10, § 3º do Marco Civil da Internet. Com a nova redação, prevê-se que “o disposto no *caput* não impede o acesso aos dados cadastrais, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição” (Brasil, 2022), o que, somado ao amplo compartilhamento entre essas autoridades, pode ampliar a exposição dos dados sensíveis próprios dos usuários (cor, raça, atividade sexual, saúde, etc.), já que estes elementos estão comumente inseridos em dados cadastrais específicos.

Não se pode olvidar ainda que a redação do Projeto de Lei 1515/22 ampliou o âmbito de aplicação da segurança pública e da persecução penal ao incluir as mesmas regulamentações à segurança do Estado, à defesa nacional e às atividades de inteligência, desconsiderando, assim, as diferenças de fundamentos, a principiologia e os órgãos de atuação que englobam tais atividades. Essas questões dificultam que “as garantias e salvaguardas necessárias ao regramento do tratamento para tais finalidades fossem gestadas” (CDR, 2022). O artigo 7º apresenta uma autorização ampla e genérica para o tratamento dos casos de previsão legal, o que faz com que a livre circulação de dados não receba nenhuma salvaguarda específica (Brasil, 2022).

Nessa perspectiva, Frazão (2021) muito bem aborda que a história brasileira demonstra como o amplo e irrestrito acesso aos dados pessoais pelo Estado é um fator que limita a ordem democrática, tendo em vista as desigualdades de poderes que caracterizam as relações dos cidadãos com o poder público. Nesse sentido, afrontar os direitos fundamentais de proteção de dados, ao permitir que estes sejam livremente compartilhados entre as entidades públicas, faz do “interesse público” um legitimador curinga do tratamento inadequado de dados. Até mesmo porque, um tratamento de dados que contrarie os 10 princípios basilares da LGPD não poderá atender ao “interesse público” (Data privacy Brasil, 2021).

A Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa (2021) defende ser essencial preservar a proteção de dados, reduzir a assimetria de poder e preservar o devido processo informacional, o que torna necessário o fortalecimento das salvaguardas procedimentais. A defesa da proporcionalidade perpassa pela análise do caso a caso, que deve avaliar se (i) o tratamento de dados se enquadra em alguma das bases legais elencadas pela LGPD; (ii) qual o tipo de dado pessoal necessário deverá ser tratado para a mensuração dos riscos e danos individuais; (iii) e se o interesse público pleiteado pelo agente se alinha às normas de proteção de dados, “considerando critérios como intrusão, adequação à princípios, existência de técnicas de mitigação de risco e prestação de contas, e existência de interesse público identificável no processamento dos dados e no fornecimento do serviço público em questão” (Vergili; Zanatta, 2022).

Com isso, conclui-se que, a ausência de mecanismos de proteção do titular e de seus dados pessoais fazem com que o Projeto de Lei 1515/2022 viole direitos fundamentais e princípios

da Administração Pública. É importante ter em mente que a proteção dos dados pessoais compõe o interesse público, complementando as suas normas e regulamentando a ordem nacional democrática. Desse modo, o reconhecimento de que o texto do Projeto de Lei necessita de alterações é um passo relevante e necessário para a garantia do fluxo seguro e adequado dos dados.

## 5. CONCLUSÃO

Para os fins deste artigo, partiu-se da explanação a respeito da importância da preservação constitucional da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, mesmo considerando que os princípios da publicidade e do acesso à informação – previstos na Constituição Federal e regulamentados pela Lei de Acesso à Informação – são regras que regem o poder público.

Tendo em vista os avanços tecnológicos e a facilidade de se coletar, armazenar e manipular dados, bem como a situação hipervulnerável dos cidadãos perante o Estado, tornou-se uma prioridade a regulamentação do tratamento de dados pessoais por parte dos entes públicos. Nesse sentido, ao redigir a Lei Geral de Proteção de Dados, o legislador atribuiu à legislação infraconstitucional a normatização do tratamento de dados pessoais para fins de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Justamente por isso que, similarmente ao que já acontece na União Europeia e nos Estados Unidos, foi apresentado à Câmara dos Deputados, em 2021, o anteprojeto da “LGPD Penal” que, apesar de ter constituído um importante passo para o fortalecimento do tratamento de dados pessoais na esfera pública, privilegiou os direitos à privacidade aos interesses públicos. De todo modo, o anteprojeto não obteve a tração necessária durante a sua tramitação, por isso, em 2022 um outro Projeto de Lei passou a tramitar na Câmara dos Deputados para incluir a regulamentação do artigo 4º, III no ordenamento jurídico brasileiro.

O projeto em questão passou a receber muitas críticas das organizações da sociedade civil, como a CDR (2022). Esta solicitou diretamente ao presidente da Câmara dos Deputados a paralisação da tramitação da proposta, por considerar que o seu texto fragiliza as principais garantias aos direitos fundamentais.

Por mais que a LDPD não trate especificamente dos casos que envolvem as matérias previstas no artigo 4º, III, ela exige que a lei específica responsável por regulá-lo respeite o devido processo legal, os princípios de proteção de dados e os direitos dos titulares, o que requer a previsão do devido tratamento de informações pessoais nessas searas. Desse modo, os maiores desafios para a edição dessa lei específica estão em assegurar o equilíbrio entre as especificidades de cada matéria elencada no artigo 4º, III; as atividades que demandam o tratamento de dados dos órgãos competentes; e os direitos fundamentais de privacidade e proteção dos dados pessoais. Sendo assim, conclui-se que o texto do projeto ainda precisa de alterações significativas, no sentido de conseguir elencar, simultaneamente, a atuação estatal, em seus aspectos protetivos, preventivos e repressivos, as garantias processuais e os direitos fundamentais da pessoa, no que tange à proteção e ao controle do tratamento de seus dados pessoais.

## REFERÊNCIAS

CORONEL ARMANDO. Projeto de Lei Nº 1515/2022. **Portal Câmara dos Deputados, 2022.** Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2182274](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2182274)>. Acesso em: 17 de outubro de 2022.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. **Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado.** Brasília: ANPD, 2021.

BESSA, Leonardo Roscoe. **A LGPD e o direito à autodeterminação informativa.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-26/leonardo-bessa-lgpd-direitoautodeterminacaoinformativa>>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

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

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 18 de outubro de 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)>. Acesso em: 18 de outubro de 2022.

BRASIL. **Medida Provisória n. 954, de 17 de abril de 2020.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Medida%20Provis%C3%B3ria%20disp%C3%B5e,de%20Geografia%20e%20Estat%C3%ADstica%20%2D%20IBGE](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Medida%20Provis%C3%B3ria%20disp%C3%B5e,de%20Geografia%20e%20Estat%C3%ADstica%20%2D%20IBGE)>. Acesso em: 17 de outubro de 2022.

COALIZÃO DE DIREITOS NA REDE. **CDR solicita ao presidente da Câmara dos Deputados a interrupção da tramitação do 'PL da LGPD Penal'.** CDR, 2022. Disponível em: <<https://direitosnarede.org.br/2022/08/01/cdr-solicita-ao-presidente-da-camara-dosdeputados-a-interruptao-da-tramitacao-do-pl-da-lgpd-penal/>>. Acesso em: 16 de outubro de 2022.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcances da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, A. et. al. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.** 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 97-126.

LAPIN - LABORATÓRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERNET. **COMPARTILHAMENTO DE DADOS PELO PODER PÚBLICO:** o LAPIN como amicus curiae na ADPF nº 695, 2020. Disponível em: <<https://lapin.org.br/2020/07/30/compartilhamento-de-dados-pelo-poder-publico-o-lapin-como-amicus-curiae-na-adpf-n-695/>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. SLOOT, Bart Van der. The right to be let alone by oneself: narrative and identity in a datadriven environment. *Law, Innovation and Technology*. 13:1, 223, 255, DOI: 10.1080/17579961.2021.1898315

THE EDITORIAL BOARD. Edward Snowden, Whistle-Blower. **The New York Times**, 2014. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2014/01/02/opinion/edward-snowdenwhistle-blower.html>>. Acesso em: 13 de outubro de 2022.

VERGILI, G.; ZANATTA, R. Os problemas do Cadastro Base do Cidadão e a ADI 6.649. **Data Privacy BR Research**, 2022. Disponível em: <https://www.dataprivacybr.org/documentos/os-problemas-do-cadastro-base-do-cidadao-e-aadi-6-649/>>. Acesso em: 10 jun. 2022.

WATTS, M. Why data is the new oil. **FUTURESCOT Public Technology and Innovation News**, 2021. Disponível em: <<https://futurescot.com/why-data-is-the-newoil/#:~:text=In%202006%2C%20British%20mathematician%20Clive,it%20has%20on%20the%20environment.>>>. Acesso em: 17 de outubro de 2022.

WIMMER, Miriam. Proteção de dados pessoais no Poder Público: incidência, bases legais e especificidades. **Revista do Advogado: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**, n. 144, p. 126-133, nov. 2019. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/documents/20184/378251/revistadoadvogadon144.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 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







.....

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR  
NOMEAÇÃO TARDIA EM CONCURSO  
PÚBLICO: EXAME DA COERÊNCIA E  
INTEGRIDADE NO ACÓRDÃO DO RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO N. 724.347/DF

.....

Márcio Anderson Silveira Capistrano

---



**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é estudar a motivação empregada pelo Supremo Tribunal Federal na resolução de um caso difícil em matéria de responsabilidade civil do Estado (Recurso Extraordinário n. 724.347/DF), a fim de verificar sua adequação à luz dos parâmetros da coerência e da integridade, segundo o pensamento de Dworkin. Trata-se de um julgado emblemático, no qual se discutiu, em regime de repercussão geral, a responsabilidade estatal nas situações em que aprovados em concurso público alegam danos decorrentes do atraso na data de suas investiduras, pois a nomeação é obtida apenas após a intervenção do Estado-juiz. Com fulcro na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, concluiu-se que a ponderação de interesses jurídicos realizada pelo Ministro relator apresenta-se como a técnica adequada para a resolução do problema, após juízo de prudência ou razoabilidade em interpretação com alta carga axiológica e criativa. Ainda, em conformidade com a ideia de direito como integridade, reputa-se correta a conclusão de que o servidor demandante não faz jus à indenização, sob o fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil. Responsabilidade do Estado. Concursos públicos. Nomeação tardia. Estudo de caso. Recurso Extraordinário n. 724.347/DF.

## INTRODUÇÃO

Desde o início do século XX, há uma crescente expansão das fronteiras da responsabilidade civil, a ocasionar inseguranças interpretativas diante da impossibilidade do legislador de lidar com tão pronunciado desenvolvimento. O direito da responsabilidade civil, marcadamente jurisprudencial, vale-se de textos normativos bastante abertos, em razão da impossibilidade de antever com maior precisão os diversos conflitos que envolvem a pretensão ressarcitória. Sendo assim, assume maior relevo a necessidade de prudente apreciação dos fatos e do direito por parte do intérprete ou aplicador do direito, sempre atento aos valores entremostrados na linguagem constitucional e caminhando em consonância com as transformações sociais.

Em matéria de responsabilidade civil, é frequente a constatação de que o conjunto de textos normativos do ordenamento jurídico se mostra insuficiente ou em descompasso com os desafios da contemporaneidade, por ter sido construído em um contexto social, político e econômico que já não coaduna com a tutela jurídica adequada às novas situações. Nesse sentido, o direito da responsabilidade civil apresenta a característica de ter uma disciplina legal concisa, a ensejar maior margem interpretativa para o Estado-juiz.

A atividade hermenêutica hodierna, especialmente na seara da responsabilidade civil, demanda a superação do positivismo normativista, que impôs a redução do direito às normas jurídicas, rejeitando suas dimensões fática e axiológica. Dessa forma, é preciso ter em mente que a criação da norma jurídica, seja pela edição das normas gerais mediante atividade legislativa, seja pela construção da norma decisória mediante atividade jurisdicional, não se resume a uma atividade meramente declaratória de um direito previamente dado: consiste, portanto, em atividade criadora. Nesse processo de interpretação e aplicação criativa, ressalta-se a importância da formulação de juízos de valor, entendida como a atribuição de valores às coisas, situações e pessoas, sendo uma atividade influenciada pelas experiências de vida e pela compreensão acerca da realidade por parte do intérprete-aplicador.

A ampliação do conceito de dano ressarcível mostra-se capaz de colocar em risco os próprios fundamentos da responsabilidade civil, fazendo recrudescer a litigiosidade e a vitimização no meio social, com estímulo à chamada *blame culture*, ao paternalismo do Estado e o aprofundamento da crise de morosidade do Poder Judiciário.

Diante desse cenário tormentoso e da convicção de que nem todo dano pode ou deve ser reparado, a questão central do direito da responsabilidade civil passou a ser o difícil estabelecimento de critérios que justifiquem a imputação a outrem de um prejuízo sofrido. Nesse árduo mister, o jurista dispõe de pouco amparo na tomada de decisão, seja nos textos legais, bastante abertos e generalistas, seja na produção doutrinária, envolvida em inúmeras polêmicas.

O objetivo do presente artigo é, por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial focada no ordenamento jurídico brasileiro, estudar a motivação empregada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na resolução de um caso polêmico em responsabilidade civil (Recurso Extraordinário n. 724.347/DF), a fim de verificar sua adequação à luz dos parâmetros de coerência e integridade. Trata-se de um julgado emblemático, no qual se discutiu a responsabilidade estatal nas situações em que aprovados em concurso público alegam danos decorrentes do atraso na data de suas investidas, pois a nomeação é obtida apenas após a intervenção do Estado-juiz. No aludido

*leading case*, restou assentado, como tese de repercussão geral, que “na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante”.

## 1. DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS NA RESOLUÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DE DEMANDAS QUE ENVOLVAM RESPONSABILIDADE CIVIL

Na mentalidade jurídica romana, a lei foi feita para o homem (e não o homem para a lei). Séculos mais tarde, com a ascensão do positivismo jurídico normativista, a relação inverteu-se, tendo sido proibida ao magistrado a criação hermenêutica de uma solução para o caso concreto. Atualmente, entende-se que a dimensão fática, a par do direito legislado, afigura-se imprescindível na apreciação do caso concreto: o intérprete completa sua compreensão e, nesse processo, aparecem necessariamente valorações. Ademais, cabe ao intérprete não apenas procurar elucidar o justo no caso concreto, mas também indicar os argumentos que embasam seu juízo de escolha por uma solução e não pelas outras.

O jurista do século XXI é, portanto, um intérprete-concretizador, sujeito apto a raciocinar sobre as categorias jurídicas, a construir o sentido e o alcance das normas e a conectar motivadamente a literalidade das disposições do direito legislado com os valores que fundam e inspiram o ordenamento jurídico justo. Nesse contexto, Humberto Ávila (2007, p. 30-34) ensina que as normas são sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, de modo que a Ciência do Direito não pode ser reduzida à mera descrição do significado dos textos, os quais constituem o ponto de partida da interpretação.

Na perspectiva pós-positivista, o amplo reconhecimento da efetividade dos valores constitucionais veio exigir, por todos os domínios jurídicos, a releitura crítica dos institutos jurídicos tradicionais, mesmo à margem dos atos legislativos. Nessa esteira, são constatadas profundas alterações, como: a) a técnica legislativa passa a oferecer textura mais aberta, com a definição de objetivos, distanciando-se do ideal de estabilidade e regulação para negócios, com a ampliação no emprego de cláusulas gerais e conceitos abertos; b) passa-se a conferir maior atenção a uma função promocional do direito, e não apenas repressiva; e c) a humanização do direito abre margem para o legislador tratar não apenas de questões patrimoniais, permitindo-se a imposição de deveres extrapatrimoniais nas relações entre particulares, a fim de assegurar a personalidade e, em última análise, a tutela da dignidade humana (Tepedino, 2004, p. 3-5).<sup>1</sup>

Na seara da responsabilidade civil, está em curso uma profunda transformação de paradigmas, especialmente, à luz do valor primordial da solidariedade, a inspirar a modificação de entendimentos jurídicos a despeito de modificações no direito legislado. Para adequar-se à complexidade da vida social e atender às exigências de proteção às vítimas de danos tidos por injustos, o sistema da culpa, marcadamente individualista, tem caminhado em direção ao sistema solidarista da reparação do dano.

1 - O emprego da doutrina civilista, neste trabalho, tem em conta que o regime jurídico da responsabilidade do Estado revela-se fortemente influenciado pelos institutos do direito civil, embora devam ser reconhecidas as devidas peculiaridades. Explica Charles Debbsch: “O direito civil da responsabilidade foi e continua a ser uma fonte de inspiração para o juiz administrativo. Ela apresenta uma série de soluções-modelo para os problemas surgidos, como as regras relativas à indenização ou à imputação dos danos (Debbsch, 1977, p. 245-246, tradução nossa)”.

Cabe trazer à baila a compreensão de norma jurídica de Friedrich Müller (2009, p. 192231), a qual se apresenta como contraponto direto ao positivismo jurídico normativo, especialmente à teoria de Hans Kelsen. Segundo Müller, o texto não é uma formulação linguística qualquer a ser conhecida pelo jurista, mas uma formulação linguística que implica um grau de normatividade que orienta problemas concretos a serem resolvidos. Desse modo, não há como reduzir a atividade do jurista ao conhecimento e à fixação dos sentidos apenas com textos, mas apenas diante do caso concreto para o qual o texto se orienta. Para Müller, a norma jurídica se estrutura a partir dos dados linguísticos em torno do texto (programa da norma) e dos dados reais em torno do caso concreto (âmbito da norma). Em outras palavras, o programa da norma é a pretensão ou a disposição da norma, ou seja, o objetivo que a norma do caso concreto pretende alcançar, enquanto o âmbito normativo é o rol de situações concretas a que a norma pode se dirigir ou pretende controlar. É a partir da junção de ambos os elementos que se chega ao terceiro e último ponto do processo interpretativo proposto por Müller: a norma de decisão, que concretiza a linha conclusiva do raciocínio, distanciando o texto da norma propriamente dita.

Observa-se que, no pensamento de Müller, o significado do texto não é previamente dado, mas construído em situações históricas específicas, isto é, os sentidos só podem ser atribuídos em contextos específicos de realização. No contexto da responsabilidade civil, o texto normativo tem contribuição ainda mais embrionária, considerando que as disposições legais são sucintas e deixam amplíssima margem de decisão para a concretização do direito à indenização. O direito da responsabilidade civil vale-se de textos normativos bastante abertos, em razão da impossibilidade de antever com maior precisão os diversos conflitos relativos à pretensão ressarcitória. Portanto, nesse campo jurídico, percebe-se com ainda maior nitidez a imprescindibilidade da apreciação do âmbito da norma para a construção da norma de decisão.

Para a compreensão da norma jurídica na hermenêutica jurídica contemporânea, mostram-se úteis as lições de Gustavo Zagrebelsky, o qual defende uma concepção de direito dúctil, maleável, flexível, no sentido de auto-adaptável às transformações da realidade, aproximando-se da ideia de âmbito normativo de Müller. Segundo Zagrebelsky (1995, p. 122), não é suficiente considerar o “direito dos livros”, devendo-se perquirir o “direito em ação”, de modo que é necessária uma “validade prática”, para além de uma validade meramente lógica. O autor italiano prossegue e afirma que o direito deve ser tido como uma disciplina prática: “el caso no puede comprenderse jurídicamente si no es por referencia a la norma y ésta por referencia a aquél, pues no es sólo el caso que debe orientarse por la norma, sino también la norma la que debe orientarse al caso” (Zagrebelsky, 1995, p. 132). Assim, em consagração do caráter eminentemente funcional do direito, percebe-se a existência de vários métodos de interpretação não como um defeito teórico, mas como um dever da nossa cultura jurídica, de modo que a “razoabilidade”, ou “prudência”, deixa de se configurar como um elemento subjetivo do jurista para ser objetivado no próprio ordenamento jurídico.

Nessa esteira, para Zagrebelsky (1995, p. 125-126), a capacidade de relativização dos princípios jurídicos permite sua convivência em uma sociedade plural. Desse modo, os juízes seriam os guardiões da complexidade estrutural do direito, no marco da necessária e dúctil coexistência entre a lei, os direitos e a justiça. Ademais, a pluralidade dos princípios e dos valores objetivados na Constituição justifica o tratamento não formalista ou não hierárquico dos fenômenos jurídicos, utilizando-se as ideias de prudência, ponderação, proporcionalidade e de otimização.

A respeito da responsabilidade civil, Zagrebelsky (1995, p. 126) observa que a importância concedida aos valores na hermenêutica contemporânea não pode ser distorcida a ponto de dar azo a um “mercado de valores”, com a precificação de valores jurídicos por meio da expansão desenfreada do dano ressarcível. A transformação dos valores lesados em valor-dinheiro significaria a submissão dos demais valores ao valor da economia, de modo que, numa sociedade pluralista, deve haver uma ponderação entre os valores envolvidos no caso concreto para obter-se a solução justa. Nitidamente complexo, portanto, o mister de construir soluções jurídicas em casos de pleitos de indenização.

No enfrentamento das demandas que envolvem responsabilidade civil, cabe à função jurisdicional do Estado a preservação do ordenamento jurídico, conferindo-lhe, para cumprir a conformidade do texto constitucional, coerência e integridade. Aliás, diante de sua relevância, a exigência de coerência e de integridade da jurisprudência dos tribunais passou a ser expressamente estabelecida no artigo 926 do novo Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Os termos “coerência” e “integridade” remetem à terminologia de Ronald Dworkin, cuja teoria da integridade permite compreender que não se pode confundir a visão pragmática, isto é, aquela que se volta ao resultado, com a visão jurídica, que tem por finalidade a coerência, em sentido amplo, das decisões judiciais:

O pragmatismo exige que os juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro [...] O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso (Dworkin, 1999, p. 273).

Exige-se do magistrado uma atuação pautada “em princípios, e não por fé”. Segundo a doutrina da responsabilidade, “os homens integram suas intuições e subordinam algumas delas, quando necessário, a essa responsabilidade”, ao pressupor uma “coerência articulada, assim como decisões de acordo com um programa que possa tornar-se público e ser seguido enquanto não for modificado”, características fundamentais de qualquer concepção de justiça (Dworkin, 2002, p. 252).

Para Dworkin, “a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” (Dworkin, 1999, p. 264). Assim, a coerência assegura o respeito à igualdade, de modo que os diversos casos terão a igual consideração por parte do juiz, restando assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. Já a integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, como garantia contra arbitrariedades interpretativas.

É certo ainda, que, para o autor supracitado a coerência e a integridade não se satisfazem com a simples estabilidade nas decisões judiciais a respeito de uma mesma questão jurídica, pois a integridade incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental, como no exemplo sobre a responsabilidade civil dos advogados:

Durante algum tempo, os juízes ingleses declararam que embora os membros de outras profissões fossem responsáveis por danos causados por sua negligência, os advogados eram imunes a tal responsabilidade. Entendida em sentido estrito, a coerência teria exigido a continuidade dessa exceção, mas a integridade condena o tratamento especial dispensado aos advogados, a menos que este possa ser justificado em princípio – o que parece improvável. A Câmara dos Lordes atualmente reduziu essa isenção: ao fazê-lo, preferiu a integridade à coerência estrita (Dworkin, 1999, p. 264-265).

A integridade em Dworkin se contrapõe ao voluntarismo do juiz, igualmente autor e crítico. Ao interpretar uma tradição, o juiz introduz um acréscimo que será interpretado pelos juízes futuros, numa espécie de romance em cadeia (*chain novel*), em que “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante” (Dworkin, 1999, p. 276). Nesse processo, o juiz, assim como o romancista, deve criar a melhor interpretação possível como se fosse a obra de um único autor. Tratando-se de uma continuidade, e não de um novo começo, não pode a decisão ser baseada na discricionariedade do julgador.

## 2. O PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR NOMEAÇÃO TARDIA EM CONCURSOS PÚBLICOS E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

No recorte temático do presente estudo, cumpre investigar as relações entre a responsabilidade do Estado e a condução imperfeita de concursos públicos, causadora de atraso na nomeação de candidatos aprovados. Com efeito, mostra-se comum a situação em que cidadãos, mesmo após a regular aprovação no processo seletivo, ficam impedidos de assumir o cargo público, em razão de interpretações da administração pública – que podem ser revertidas posteriormente pelo juiz. Subsiste, todavia, o questionamento sobre a reparação dos danos materiais sofridos por esses concursados entre a data em que deveria ter ocorrido a investidura até o momento em que se efetiva a nomeação por ordem judicial, período em que lhes foi negado o exercício da função pública e a percepção de vencimentos.

A *quaestio iuris* encontra tratamentos díspares na jurisprudência, em afronta à segurança jurídica. O STF já havia manifestado, em algumas oportunidades, a concordância com o pleito dos concursados, deferindo a indenização correspondente aos vencimentos que teriam sido percebidos caso a nomeação houvesse ocorrido no momento devido. No entanto, também foram realizados julgamentos em sentido contrário. A mais antiga decisão encontrada sobre a matéria data de 1965. Ao decidir o Recurso Extraordinário n. 53.119/PE, o plenário garantiu o direito à nomeação das autoras, mas entendeu ser cabível o pagamento de “vencimentos atrasados” apenas na hipótese de reintegração de servidor, em que se corrige a cessação ilegal do exercício da função.

Entretanto, julgamentos mais recentes enveredaram por outro caminho. Já no Recurso Extraordinário n. 188.093/RS, de 1999, a Corte, unanimemente, acolheu o pedido de indenização pelo dano associado à nomeação não oportuna, originada da inércia da Administração mesmo diante de uma ordem judicial de nomeação transitada em julgado. O montante indenizatório consistiu na soma das parcelas referentes à remuneração que teria sido auferida e, ainda, o direito a adicionais por tempo de serviço. Ademais, faz-se a salutar distinção conceitual entre indenização e vencimentos retroativos, para esclarecer que a pretensão reconhecida é de indenização pela prática ilícita de ato omissivo do agente público.

Em seguida, cumpre mencionar o Recurso Extraordinário n. 194.657/RS, de 2001, em que, após reconhecer a inconstitucionalidade do veto secreto a um candidato à carreira da magistratura, deferiu-se, por unanimidade, a reparação dos danos advindos da nomeação tardia, com o pagamento de todos os valores a que teria direito a autora caso houvesse sido oportunamente investida no cargo público. Em seu voto, o relator fez uma importante menção ao entendimento da Corte de que o desligamento nulo de servidor em estágio probatório, em que pese não enseje a figura da reintegração, acarreta, por analogia, as mesmas consequências, a saber: a indenização pela frustração ilegal do exercício do cargo corresponde, nesses casos, ao total da remuneração que o servidor afastado teria auferido.

Não rompeu a linha dos precedentes anteriores o Recurso Extraordinário n. 221.170/RS, decidido no ano 2000. Embora a Primeira Turma tenha negado o ressarcimento a candidatos preteridos na ordem de classificação, não se enfrentou o mérito do recurso, porque o direito dos recorrentes não decorreria da mera regra do concurso público, prevista no art. 37, II, da Constituição, mas, sim, da cláusula de responsabilização do Estado, prevista no §6º do mesmo artigo, a qual não fora prequestionada.

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), estabeleceu-se uma divisão: a 1ª Seção orientava-se pelo acolhimento da tese, que era rechaçada pela 3ª Seção. Para fins ilustrativos, colhem-se, em adição aos julgados já examinados, as seguintes conclusões a que já chegaram as turmas da 3ª Seção:

[...] esta Corte entende que o ato administrativo que impede a nomeação de candidato aprovado em concurso público, ainda que considerado ilegal e posteriormente revogado por decisão judicial, não gera direito à indenização por perdas e danos ou ao recebimento de vencimentos retroativos.<sup>2</sup>

O ato administrativo que impede a nomeação de candidato aprovado em concurso público, ainda que considerado ilegal e posteriormente revogado por decisão judicial, não gera direito à indenização por perdas e danos ou ao recebimento de vencimentos retroativos.<sup>3</sup>

Só há o direito ao recebimento dos vencimentos após a nomeação, uma vez que o vínculo só começa a partir do exercício no cargo, inexistindo, portanto, direito à percepção retroativa de vencimentos, ainda que como indenização.<sup>4</sup>

Por outro lado, as turmas da 1ª Seção adotaram uma posição contrária, de forma a garantir a indenização pelos danos materiais advindos de nomeação tardia, sob a influência de um movimento de maior proteção às vítimas do dano injusto:

[...] o candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente em razão de erro da Administração Pública, reconhecido judicialmente, faz jus à indenização por dano patrimonial, consistente no somatório de todos os vencimentos e vantagens que deixou de

2 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 745.554/DF. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 16 de fevereiro de 2006.

3 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática no Recurso Especial n. 647.814/MG. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Sexta Turma. Brasília, 30 de setembro de 2004.

4 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 536.596/RS. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 02 de março de 2004.

receber no período que lhe era legítima a nomeação, à luz da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, com supedâneo no art. 37, § 6<sup>a</sup> da Constituição Federal.<sup>5</sup>

Ação indenizatória proposta em desfavor de ente da federação ante a tardia nomeação dos autores, que resultou de ato ilícito da Administração, reconhecida judicialmente em decisão transitada, por manifesta ilegalidade na correção das provas do certame, razão pela qual os candidatos, ora recorrentes, deixaram de exercer o cargo para o qual restaram aprovados em concurso público, tendo sido preteridos por outros candidatos, nomeados em 19-07-95, razão pela qual incide o artigo 37, § 6<sup>a</sup> da Constituição Federal, que responsabiliza objetivamente o Estado por danos causados aos seus administrados.<sup>6</sup>

[...] a responsabilidade civil do Estado por danos perpetrados por seus agentes, no exercício da função pública, é, via de regra, de natureza objetiva, prescindindo da comprovação de dolo ou culpa na prática do ato administrativo, à luz do que dispõe o art. 37, § 6<sup>o</sup>, da Constituição da República.

Nesses moldes, deve o autor receber indenização no valor correspondente ao dos vencimentos e demais vantagens relativas ao cargo que teria auferido não fosse o ilegítimo impedimento.<sup>7</sup>

Configurou-se, portanto, um panorama de insegurança jurídica na jurisprudência do STJ, com entendimentos contrários proferidos por cada Seção, a ensejar a interposição de inúmeros embargos de divergência.

Em fevereiro de 2011, a Corte Especial do STJ, ao julgar os Embargos de Divergência em REsp nº 825.037/DF<sup>8</sup>, firmou o entendimento de que, em casos de nomeação por decisão judicial, não assiste ao concursado o direito de receber, pura e simplesmente, o valor dos vencimentos que poderia ter auferido até o advento da nomeação determinada judicialmente; reconheceu-se, todavia, o direito à indenização por perda de chance, que, naquele caso concreto, corresponderia à diferença entre os vencimentos do cargo e o valor que, no período da demora, o concursado havia recebido no desempenho de atividade contratual.

Poucos meses depois, a mesma Corte Especial do STJ, no julgamento do EREsp 1.117.974/RS<sup>9</sup>, modificou seu posicionamento, no sentido de que o candidato cuja nomeação tardia tenha ocorrido por força de decisão judicial não tem direito à indenização pelo tempo em que aguardou a solução definitiva pelo Judiciário: “Considera-se que, se a nomeação foi decorrente de sentença judicial, o retardamento não configura preterição ou ato ilegítimo da Administração Pública a justificar uma contrapartida indenizatória”. Diante da cizânia, o STF foi instado a decidir

5 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.117.974/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 19 de novembro de 2009.

6 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 825.037/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 23 de outubro de 2007.

7 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 825.925/RS. Relator: Juiz Convocado Carlos Fernando Mathias. Segunda Turma. Brasília, 06 de março de 2008.

8 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 825.037/DF. Relator: Min. Eliana Calmon. Corte Especial. Brasília, 1<sup>o</sup> de fevereiro de 2011.

9 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.117.974/RS. Relator p/ Acórdão: Min. Teori Albino Zavascki. Corte Especial. Brasília, 21 de setembro de 2011.

a matéria em sede de repercussão geral, no bojo do já citado Recurso Extraordinário n. 724.347/DF, cuja fundamentação será examinada a seguir.

### 3. ESTUDO DA FUNDAMENTAÇÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 724.347/DF

O Recurso Extraordinário n. 724.347/DF foi interposto pela União contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que havia reconhecido o direito de indenização a dez auditores-fiscais da Receita Federal, correspondente à remuneração do cargo no período de 13.06.1995 (data a partir da qual alegam terem sido preteridos por outros candidatos aprovados) a 25.07.1997 (data da efetiva nomeação dos recorridos), descontando-se eventuais rendimentos recebidos no período, com juros e correção.

O julgamento no STF iniciou-se em 23 de outubro de 2014, tendo sido interrompido por pedido de vista e retomado em 26 de fevereiro de 2015. O Min. Marco Aurélio, relator, entendeu cabível a responsabilidade objetiva do Estado, com fundamento na teoria do risco administrativo, mas prevaleceu a divergência inaugurada pelo Min. Luís Roberto Barroso, pela inviabilidade da indenização, salvo em casos de arbitrariedade flagrante. O acórdão contém votos escritos e a transcrição de debates entre os ministros, cuja fundamentação passa a ser analisada.

#### 3.1. A natureza da pretensão: indenização ou remuneração retroativa?

Inicialmente, verifica-se que foi preciso enfrentar e esclarecer, durante o julgamento, um equívoco frequente nas decisões que negam a pretensão reparatória de candidatos nomeados tardiamente, qual seja, o de considerar que o cidadão prejudicado pede o recebimento retroativo de vencimentos. Desse modo, o pedido seria improcedente, pois o recebimento de vencimentos dependeria da contraprestação do serviço, sob pena de enriquecimento sem causa por parte do servidor.

Após o voto do Relator Min. Marco Aurélio – no qual se sustentou a responsabilização do Estado (p. 5-11) –, o Min. Luís Roberto Barroso votou (p. 12-18), no sentido contrário, defendendo que o servidor não teria direito à indenização, salvo arbitrariedade flagrante. Como o voto divergente mencionou vários julgados em que se negava a possibilidade de remuneração retroativa, foi preciso esclarecer que o pedido consistia, em verdade, na reparação de danos materiais, portanto, não se afigura cabível o argumento de que o recebimento de vencimentos depende da prestação do serviço. Do debate transcrito, colhe-se:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pelo que eu percebi da argumentação do eminente Relator, ele traz à baila um novo argumento, porque a jurisprudência que Vossa Excelência, Ministro Roberto Barroso, está trazendo à apreciação do Plenário, salvo engano de minha parte, assenta-se na premissa de que haveria um locupletamento ilícito do candidato por não ter prestado o serviço correspondente, se remunerado por esta omissão, digamos assim, ou essa ausência de serviço.

O Ministro Marco Aurélio, a meu ver, está trazendo um novo enfoque no sentido de assentar que houve uma resistência, ilícita ou ilegítima, por parte do Estado, no caso, o Distrito Federal, o Estado genericamente compreendido, a uma ordem judicial, em prejuízo de um candidato que foi aprovado. Então, trata-se de apurar um dano material e não de aquinhoá-lo com uma remuneração a que eventualmente ele fizesse jus. Então, o enfoque de Sua Excelência é distinto (p. 26).

Da lavra do STJ, podem ser mencionados os seguintes julgados representantes dessa ótica que confunde o pedido de indenização por danos materiais com um pedido de recebimento de remuneração retroativa:

Não fazem jus à percepção de vencimentos retroativos à data que seriam nomeados, muito menos a adicional de tempo de serviço, a título de indenização, os candidatos que aprovados em concurso público, não foram nomeados, em razão de norma que, imposta pela Administração, foi considerada inaplicável pelo Judiciário.<sup>10</sup>

[...] candidatos preteridos na ordem de classificação em certame público, situação esta reconhecida pelo Poder Judiciário, não fazem jus aos vencimentos, bem como aos seus consectários, referentes ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, ainda que a título de indenização, na medida em que a percepção da retribuição pecuniária não prescinde do efetivo exercício do cargo.<sup>11</sup>

Para esses julgados, portanto, o pedido de indenização seria incabível, porque os vencimentos são a contraprestação pelo exercício do cargo; em outras palavras: se não houve exercício, não se pode receber vencimentos<sup>12</sup>. É de se reconhecer que esse raciocínio simplista confunde a natureza dos vencimentos com a natureza da indenização. Apenas por um relaxamento de<sup>13</sup> linguagem, seria possível afirmar que os candidatos buscam junto ao Poder Judiciário o direito ao recebimento de vencimentos retroativos. Em verdade, buscam uma indenização pelo dano material suportado no período em que foram ilegitimamente impedidos de receber vencimentos. Assim já vinha decidindo acertadamente o STJ:

Tenho por certo, à semelhança do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, que “o direito à remuneração é consequência do efetivo exercício da função” ou cargo público. Discordo, entretanto, quanto à conclusão. A recorrente não pleiteia qualquer verba de natureza salarial. O que pretende é o ressarcimento pelos prejuízos morais e materiais experimentados em razão de ato ilícito praticado pelo Poder Público (exigência de idade mínima para participação no concurso), equivalente à importância que lhe seria devida caso tivesse sido oportunamente empossada.

A reprovação indevida de candidato no certame público lhe dá direito ao recebimento de indenização ante a presença de ato ilícito, mas não à percepção dos vencimentos relativos ao cargo postulado, porquanto esse direito nasce somente com a efetiva nomeação e posse do candidato.<sup>14</sup>

10 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 256.460/MG. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 04 de março de 2004.

11 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 922.977/RS. Relator: Ministro Celso Limongi. Sexta Turma. Brasília, 25 de junho de 2009.

12 - Cf. também, nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.022.823/RS. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Brasília, 03 de setembro de 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 508.477/PR. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Brasília, 14 de julho de 2007.

13 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 642.008/RS. Relator: Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Brasília, 10 de agosto de 2004.

14 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 763.835/RN. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Brasília, 06 de fevereiro de 2007.

A diferenciação entre os pedidos é corroborada por José dos Santos Carvalho Filho:

Há dois aspectos a se considerar, um de natureza funcional, outro de caráter remuneratório. No que tange ao primeiro, o ato de nomeação deve retroagir ao momento em que houve as nomeações anteriores [...] Quanto à remuneração relativa ao período anterior, entretanto, [o servidor] não tem direito à sua percepção, porquanto não houve o fato gerador do direito aos vencimentos. Não obstante, tem direito a pleitear indenização contra o Estado para a reparação dos prejuízos, com fundamento no art. 37, § 6º, da CF (Carvalho Filho, 2007, p. 547-548).

Aliás, há julgados do STJ que chegam a amparar o nomeado tardiamente com a concessão desses chamados “vencimentos retroativos”:

[...] devem ser pagos à impetrante os vencimentos retroativos à data em que deveria ter sido nomeada, uma vez que foi violado seu direito ao exercício do cargo por força de ilegalidade da Administração consistente na anterior nomeação de candidatos aprovados em ordem de classificação posterior.<sup>15</sup>

Decisão judicial favorável ao postulante. Nomeação concedendo apenas efeitos retroativos funcionais. Direito a vencimentos atrasados conforme Súmula 269 e 271, do Supremo Tribunal Federal.<sup>16</sup>

Para o autor deste estudo, a questão não envolve a percepção retroativa dos vencimentos ou remuneração. Desta feita, entende-se que as decisões que condenam o Estado ao pagamento de “vencimentos retroativos” incorrem em equívoco, pois não se discute a parcela oriunda da relação jurídico-administrativa, mas, em verdade, o montante referente à indenização por dano causado ao cidadão concursado e que se reputa injusto.

De volta à análise do Recurso Extraordinário n. 724.347/DF, chama a atenção, negativamente, a circunstância de que o voto escrito inicial do Min. Luís Roberto Barroso, cuja solução para a matéria acabou logrando-se vencedora, sustenta-se no argumento de que a remuneração não é devida sem a contraprestação do serviço, o que se afasta da natureza da causa, e não é suficiente para responder aos argumentos deduzidos na demanda:

11. No mérito, é de conhecimento corrente que a mera aprovação em concurso público não gera direito à nomeação, posse e efetivo exercício, requisitos indispensáveis para que o servidor adquira o direito à remuneração. Remuneração não é prêmio, mas contraprestação por serviço prestado, salvo exceções legais pontuais (reintegração, licenças etc.) (p.15).

Todavia, entende-se que descabe negar o pedido de indenização sob o argumento de que o candidato aprovado busca a obtenção de remuneração por via oblíqua, tendo em vista que, como já se demonstrou, os vencimentos e a indenização por dano injusto têm natureza claramente distinta. A compreensão dessa diferença é importante para que se alcance uma solução com fundamentação adequada.

15 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 11.422/MG. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília, 10 de maio de 2007.

16 - Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 2.287/DF. Relator: Ministro José Cândido de Carvalho Filho. Sexta Turma. Brasília, 05 de outubro de 1993.

### 3.2. Lucros cessantes ou perda de uma chance?

No acórdão em estudo, consta que o Min. Teori Zavascki, ao formular o pedido de vista, referiu-se à teoria da perda de uma chance como solução para a controvérsia (p. 36). Desse modo, é cabível tecer considerações sobre a aplicabilidade da aludida teoria.

Em compasso com os novos rumos da responsabilidade civil, em que os seus requisitos são flexibilizados para uma maior proteção ao prejudicado, a doutrina e a jurisprudência francesas passaram a posicionar o evento danoso num ponto diverso do que vinha sendo apontado: na chance que foi perdida, em vez de no provável resultado do desdobramento da situação (Savi, 2006, p. 3-4). Nessa seara, é crucial frisar que a doutrina da perda de uma chance não se presta a reparar a perda de uma simples esperança subjetiva, tendo lugar apenas quando se trata de uma chance real e séria, conforme explica Rafael Pettefi da Silva (Silva, 2007, p. 134).

Embora a efetivação da chance não possa ser avaliada com certeza, a perda da oportunidade pode mostrar-se certa. Assim, como o dano indenizável não pode ser meramente hipotético, não cabe ao lesado alegar um prejuízo final à sua esfera de direitos, sobre a qual pairam dúvidas, restando a ele descrever seu dano como a perda em si de uma chance real e séria. Sendo assim, a quantificação do dano por perda de uma oportunidade não deve ser pautada pelo objetivo de conferir ao lesado a integralidade do que viria a receber caso usufruísse plenamente da oportunidade perdida, mas uma indenização pela perda em si.

É preciso diferenciar a perda de uma chance dos lucros cessantes, embora, nas duas figuras jurídicas, exista a característica comum de um evento danoso a impedir que a vítima aufera vantagens futuras. A primeira diferença diz respeito à natureza do interesse violado: enquanto a perda de uma chance infringe um interesse eminentemente fático, os lucros cessantes associam-se a um direito subjetivo. A segunda diferença, mais importante, é atinente ao grau de certeza do resultado final: na perda de uma chance, a ocorrência do resultado útil é indemonstrável; nos lucros cessantes, há a perda de um ganho com uma probabilidade próxima à certeza, com base em fatos consolidados no passado (Silva, 2007, p. 14-20). Dessa forma, a distinção repousa na gradação da probabilidade de perda de uma vantagem ulterior. Se existe certeza quanto à perda de uma oportunidade (antecedente), mas dúvida considerável quanto aos limites da efetiva repercussão para o lesado (consequente), não há certeza suficiente para configurar lucro cessante. Por outro lado, se o nexo causal entre o fato e o dano se estabelece de forma mais clara, com reduzido espaço para a incerteza, há lucro cessante.

Agora é possível lançar a indagação, para a hipótese de se reconhecer o direito à indenização por nomeação tardia: há perda de uma chance ou lucro cessante? É de se entender que a probabilidade de resultado útil, na hipótese de regular nomeação, é próxima à certeza, pois o candidato conseguiu ser aprovado para o preenchimento do cargo que havia escolhido como meta, sujeitando-se a cumprir todas as fases do concurso público para efetivar tal desiderato. O exercício da função pública e a percepção de rendimentos não ocorrem apenas por ato irregular na condução do certame, no momento em que o concursado unicamente espera a tão almejada nomeação.

A demonstração de que o prejuízo sofrido pelo cidadão nomeado tardiamente expressa um lucro cessante, e não a mera perda de uma chance, apresenta relevante repercussão prática. A um, porque evita que o concursado lesado enfrente as resistências e as dificuldades associadas

a uma corrente jurisprudencial mais vanguardista. A dois, porque faz concluir que o *quantum* indenizatório deve corresponder, em princípio, aos vencimentos indevidamente não recebidos, enquanto o valor da reparação nos casos de mera perda da chance de ser aprovado num concurso equivaleria apenas uma percentagem desse valor, variável conforme a probabilidade de aprovação no concurso e posse no cargo. Compreende-se, pois, que a doutrina da perda de uma chance não se apresenta útil para a solução dos pedidos de indenização por nomeação tardia.

### 3.3. A quantificação do prejuízo material

A respeito do *quantum* da indenização por nomeação tardia, se reconhecida, entende-se que deve corresponder, em princípio, aos vencimentos e demais vantagens inerentes ao cargo-importância que o cidadão lesado teria percebido caso nomeado oportunamente, pelo princípio da *restitutio in integrum*. Nesse sentido já se expressou o STJ:

Em matéria de responsabilidade civil, vigora o princípio da *restitutio in integrum*, segundo o qual a indenização deve alcançar à vítima tudo aquilo que teria obtido não fosse o evento danoso. É a regra geral insculpida no art. 944, caput, do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Deve o recorrente receber, nesses moldes, indenização no valor correspondente ao dos vencimentos e demais vantagens relativas ao cargo que teria auferido não fosse o ilegítimo impedimento à sua posse, no período compreendido entre o dia em que deveria ter ocorrido a investidura (24.10.1994) e aquele em que efetivamente ocorreu (24.12.1997).<sup>17</sup>

Ao analisar o referido princípio na perspectiva da responsabilidade civil em geral, Caio Mário Pereira enfatiza que “em qualquer hipótese, o montante da indenização não pode ser inferior ao prejuízo, em atenção ao princípio segundo o qual a reparação do dano há de ser integral” (Pereira, 1999, p. 312). No mesmo sentido, ao tratar especificamente dos danos relacionados à nomeação tardia, Yussef Cahali avaliza a entendimento segundo o qual “nada impede que o valor da indenização seja fixado tendo em conta os vencimentos que a autora receberia se tivesse sido nomeada e empossada juntamente com os demais aprovados no concurso” (Cahali, 1995, p. 451).

Por outro lado, não se pode olvidar que o fundamento para a concessão do total de vencimentos e vantagens ao prejudicado consiste na ideia de reparação ao dano injusto experimentado. Desse modo, a extensão do ressarcimento devido se estreita caso o concursado tenha auferido renda proveniente de trabalho durante o período em que deveria estar no exercício do cargo público, eis que inegável a menor intensidade da lesão patrimonial. Nessa hipótese, entende-se que o concursado demandante faz jus somente à diferença entre os valores que teria recebido se nomeado oportunamente e o montante obtido em decorrência da atividade laboral que tenha desempenhado.<sup>18</sup>

Em confirmação, Caio Mário Pereira leciona que, tendo por objeto reparar o dano, a indenização não pode ser superior a ele, sob pena de romper o binômio dano-indenização:

17 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 506.808/MG. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Brasília, 29 de junho de 2006. Cf., no mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 767.143/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 17 de maio de 2007.

18 - Cf. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ação Cível n. 2004.71.00.0239663/RS. Relatora: Juíza Federal Vânia Hack de Almeida. Terceira Turma. Porto Alegre, 20 de março de 2006; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 2003.01.1.019549-8. Relatora: Desembargadora Vera Andrighi. Quarta Turma Cível. Brasília, 21 de junho de 2004.

É também princípio capital, em termos de liquidação das obrigações, que não pode ela transformar-se em motivo de enriquecimento. Apura-se o quantitativo do ressarcimento inspirado no critério de evitar o dano (de *damno vitando*), não porém para proporcionar à vítima um lucro (de *lucro capiendo*). Ontologicamente subordina-se ao fundamento de restabelecer o equilíbrio rompido, e destina-se a evitar o prejuízo. Há de cobrir a totalidade do prejuízo, porém limita-se a ele (Pereira, 1999, p. 312).

Desse modo, entende-se que a quantificação do prejuízo material deverá levar em consideração a vedação do enriquecimento sem causa. O ponto não foi decidido pelo STF no acórdão em estudo, por não ter sido objeto do recurso, mas foi mencionado como *obiter dictum* (p. 36).

### 3.4. Balizas traçadas pelo STF quanto à indenização por nomeação tardia

Como dito, o Min. Marco Aurélio, relator, considerou a nomeação tardia como fato gerador de responsabilidade objetiva do Estado. Seu posicionamento viria a ser perfilhado pelo Min. Luiz Fux (p. 30-32):

[O] Professor Celso Antônio Bandeira diz assim: o Estado de Direito lesou, tem que reparar. Agora, eu acho que faz parte do *múnus público* dos advogados do poder público resistir, correndo o risco de ter que reconhecer um direito com eficácia retrooperante, porque, se deram posse, é porque eles já tinham o direito à posse. [...]

De que vive o homem? Vive de esperança. Esse homem fez um concurso, e a esperança é um direito legítimo de qualquer cidadão.

[...] numa Constituição pós-positivista como a nossa, humanizada como a nossa, tratar com indiferença isso realmente não me satisfaz em termos de justiça.

Todavia, esse posicionamento do relator não prevaleceu. O voto divergente vencedor, do Min. Luís Roberto Barroso (p. 12-18), assenta-se, inicialmente, no argumento inadequado da impossibilidade de percepção de vencimentos sem prestação de serviços, conforme se sustentou acima. Adiante, é possível verificar que o voto realiza uma ponderação<sup>19</sup> entre os interesses em jogo, para concluir, segundo a razão prática, que a indenização será cabível apenas em casos de arbitrariedade flagrante:

13. No entanto, é preciso ressaltar situações de arbitrariedade qualificada, tal como faz a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A simples existência de um litígio judicial sobre concurso público é fato normal na vida de uma sociedade com instituições, e a defesa judicial pelo Estado de um ponto de vista minimamente razoável, dentro das regras do jogo, não gera dano indenizável. No entanto, em situações de patente arbitrariedade, descumprimento de ordens judiciais, litigância meramente procrastinatória, má-fé e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições, ocorrem fatos extraordinários que exigem reparação adequada (p. 5-6)

Veja-se que, especificamente para pleitos indenizatórios envolvendo nomeação tardia, foi efetivada uma construção hermenêutica que exige dolo ou culpa grave para que a responsabilidade recaia sobre o Estado, afastando-se do regime de responsabilidade objetiva previsto na cláusula

19 - Utiliza-se, no presente estudo, a ideia de ponderação de interesses jurídicos no contexto de prudência ou razoabilidade na razão prática, como proposto por Zagrebelsky (1995, *passim*).

geral do art. 37, § 6º, do texto constitucional<sup>20</sup>. Entende-se que essa ponderação de interesses jurídicos realizada no voto escrito do Min. Luís Roberto Barroso é a técnica adequada para a resolução do problema, conforme juízo de razoabilidade ou prudência do órgão julgador. Todavia, pensa-se que a fundamentação teria sido mais clara se mencionasse expressamente que se estava a realizar uma ponderação dos interesses jurídicos em disputa.

Com efeito, diante da ausência de prevalência legal entre interesses juridicamente tutelados, Schreiber propõe a utilização da técnica de ponderação de valores para selecionar o interesse jurídico merecedor de tutela em casos de responsabilidade civil, aduzindo que

[u]m certo componente valorativo é mesmo pressuposto da ponderação na medida em que ela vem justamente se opor ao tradicional uso exclusivo da subsunção, cujo rigor metodológico não garantiu resultados concretamente mais justos no decorrer de seu longo império. Ademais, a interpretação do dado normativo, mesmo na ausência de norma específica, uma vez justificada expressamente, autoriza o controle de sua validade e de seu grau de convencimento, em um profícuo debate que, ao contrário do que ocorreria em outros campos de conhecimento, encontra-se, fatalmente, limitado por uma decisão final, intrínseca à própria estrutura judiciária e à finalidade prática do direito (Schreiber, 2009, p.171-173).

De uma forma geral, não existe um critério para resolver o confronto entre interesses de forma abstrata, pois a construção da solução dependerá das peculiaridades de cada situação de fato. Contudo, é possível afirmar que os precedentes auxiliam a resolução de casos futuros em que estejam presentes as mesmas condições de fato. Ainda, é possível antever tensões prováveis entre interesses e emitir um posicionamento, independentemente dos casos concretos.

Assim, em sede de repercussão geral, o STF estabeleceu, no julgado em estudo, uma diretriz para a generalidade dos casos de pedido de indenização por nomeação tardia, por meio da seguinte tese: “na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante”. A observância dessa tese pelos demais órgãos julgadores garantirá coerência na jurisprudência, nos termos propostos por Dworkin, pois, casos com a mesma e única questão jurídica terão a mesma solução, promovendo-se o princípio da igualdade. Ainda, nota-se que o STF não determinou a mesma solução para todos os casos de nomeação tardia, tendo excepcionado as hipóteses de arbitrariedade flagrante, em consonância com a doutrina do direito como integridade, na busca de um sistema único e coerente de justiça e equidade, na correta proporção.

Dito isso, prossegue-se na análise para acrescentar dois comentários laterais. A um, observa-se que, nos debates, o Min. Luís Roberto Barroso acrescenta argumentos consequencialistas à sua tomada de posição. Ao responder ao relator, que defendia a responsabilização do Estado, afirma:

[...] acho até que Vossa Excelência sustenta uma tese que não só é juridicamente defensável, como socialmente atraente. Eu apenas acho que certas decisões, certas linhas jurisprudenciais que nós criamos aqui produzem feitos em cascata sobre a responsabilização civil do Estado. E, portanto, eu fiz a opção por uma postura mais comedida na atribuição de responsabilidade civil ao Estado, que eu não teria hesitação em reconhecer se considerasse

20 - No voto do Min. Dias Toffoli (p. 19-23), sustentou-se que a responsabilidade objetiva prevista no aludido dispositivo alcança apenas «[...] danos causados a terceiros na prestação de serviços públicos, não tendo aplicação às hipóteses de realização de concursos e de não nomeação [...]».

ter havido arbitrariedade patente (p. 28). [...] se há, inequivocamente, responsabilidade da União, ela deve indenizar; se não há, inequivocamente, essa responsabilidade, nós temos que ter a percepção de que o dinheiro não cresce em árvores e, portanto, qualquer dinheiro que eu dê, aqui, estou tirando ou da educação, ou da saúde, ou da Previdência. Portanto, eu tenho um certo comedimento (p. 34).

Reconhece-se que o emprego de argumentos consequencialistas é considerado polêmico na doutrina. Todavia, a menção expressa à escassez de recursos financeiros nos debates demonstra maior honestidade intelectual, o que permite que se possa controlar o procedimento racional de tomada de decisão.

Sem embargo, pode-se obter que, segundo Dworkin (1999, p. 333-355), se volta contra a teoria econômica do direito envolvendo responsabilidade por danos involuntários. Tal teoria prestigia a riqueza da comunidade como critério a ser adotado na solução dos casos, preconizando uma decisão financeiramente adequada e que produza um provimento menos dispendioso para a comunidade. Todavia, rejeita-se essa perspectiva utilitarista, afirmando-se que os objetivos sociais apenas são legítimos como argumento se os direitos dos indivíduos são respeitados.

A dois, pode-se criticar o foco na função punitiva da reparação percebida durante os debates:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Concluindo o meu voto, portanto, Presidente, meu ponto de vista de embasamento jurídico nessas situações, como em outras: se houver inequívoca responsabilidade do Estado por um ato arbitrário, ou por um ato culposo, eu não teria dúvida. Inclusive, eu sou adepto, com todas as vênias da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias do Estado, de onde eu venho, quando o Estado litiga procrastinatoriamente, eu não teria nenhuma hesitação de aplicar sanções graves, porque o Estado, o Poder Público é o maior cliente do Poder Judiciário, como todos nós sabemos, e, muitas vezes, com uma litigância procrastinatória indesejável (p. 35).

Diferentemente do que sustentou o ministro, compreende-se que o viés punitivo da responsabilidade civil, cuja existência não é reconhecida pacificamente na doutrina (Moraes, 2003, p. 195-264), não deveria ser o foco da argumentação, mas sim a preocupação com o interesse jurídico da vítima, para decidir-se a viabilidade ou não de promover a reparação. Afinal, salvaguardar o direito à indenização do prejudicado, quando presentes os requisitos jurídicos, reafirma o valor da sua dignidade e traz a figura da pessoa humana de volta para o seu lugar: o centro do ordenamento jurídico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, estudou-se um *leading case* do STF (Recurso Extraordinário n. 724.347/DF), a respeito do cabimento de responsabilidade do Estado nos casos em que cidadãos, mesmo após a regular aprovação no processo seletivo, ficam impedidos de assumir o cargo público, em razão de interpretações da administração pública – que venham a ser revertidas judicialmente.

Em sede de repercussão geral, no julgado em estudo, o STF estabeleceu uma diretriz para a generalidade dos casos de pedido de indenização por nomeação tardia, por meio da seguinte tese: “na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante”.

Entende-se que a ponderação de interesses jurídicos realizada pelo Ministro relator apresenta-se como a técnica adequada para a resolução do problema, após juízo de prudência ou razoabilidade em interpretação com alta carga axiológica e criativa. Ainda, em conformidade com a ideia de direito como integridade, reputa-se correta a conclusão de que o servidor demandante não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.

A observância dessa tese pelos demais órgãos julgadores garantirá coerência na jurisprudência, nos termos propostos por Dworkin, pois casos com a mesma e única questão jurídica terão a mesma solução, promovendo-se o princípio da igualdade. Ainda, nota-se que o STF não determinou a mesma solução para todos os casos de nomeação tardia, tendo excepcionado as hipóteses de arbitrariedade flagrante, em consonância com a doutrina do direito como integridade, na busca de um sistema único e coerente de justiça e equidade, na correta proporção.

Porém, chama a atenção, negativamente, a circunstância de que parte do voto escrito inicial do Min. Luís Roberto Barroso, cuja solução para matéria acabou logrando-se vencedora, sustenta-se no argumento de que a remuneração não é devida sem a contraprestação do serviço, o que se afasta da natureza da causa indenizatória, e não é suficiente para responder aos argumentos deduzidos na demanda, pois os vencimentos e a indenização por dano injusto têm natureza claramente distinta.

No presente estudo, sustentou-se também que a doutrina da perda de uma chance não se apresenta útil para a solução dos pedidos de indenização por nomeação tardia e que a quantificação da indenização por nomeação tardia, caso reconhecida, deve corresponder somente à diferença entre os valores que o demandante teria recebido, se nomeado oportunamente, e o montante obtido em decorrência da atividade laboral que tenha desempenhado, sob pena de enriquecimento sem causa.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.

7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Disponível em:

<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) >. Acesso em: 11 set. 2022.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) >. Acesso em: 11 set. 2022.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.**

**922.977/RS**. Relator: Ministro Celso Limongi. Sexta Turma. Brasília, 25 de junho de 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.**

**1.022.823/RS.** Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Brasília, 03 de setembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão Monocrática no Recurso Especial n. 647.814/MG.** Relator: Ministro Paulo Gallotti. Sexta Turma. Brasília, 30 de setembro de 2004.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 745.554/DF.** Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 16 de fevereiro de 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n.**

**825.037/DF.** Relator: Min. Eliana Calmon. Corte Especial. Brasília, 1º de fevereiro de 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial n.**

**1.117.974/RS.** Relator p/ Acórdão: Min. Teori Albino Zavascki. Corte Especial. Brasília, 21 de setembro de 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 256.460/MG.** Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 04 de março de 2004.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 506.808/MG.** Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Brasília, 29 de junho de 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 508.477/PR.** Relatora: Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Brasília, 14 de julho de 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 536.596/RS.** Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Brasília, 02 de março de 2004.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 642.008/RS.** Relator: Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Brasília, 10 de agosto de 2004.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 763.835/RN.** Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Brasília, 06 de fevereiro de 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 767.143/DF.** Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 17 de maio de 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 825.037/DF.** Relator: Ministro Luiz



Fux. Primeira Turma. Brasília, 23 de outubro de 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 825.925/RS**. Relator: Juiz Convocado Carlos Fernando Mathias. Segunda Turma. Brasília, 06 de março de 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.117.974/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília, 19 de novembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 11.422/MG**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Brasília, 10 de maio de 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 2.287/DF**. Relator: Ministro José Cândido de Carvalho Filho. Sexta Turma. Brasília, 05 de outubro de 1993.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível n.**

**2003.01.1.019549-8**. Relatora: Desembargadora Vera Andrichi. Quarta Turma Cível. Brasília, 21 de junho de 2004.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação Cível n. 2004.71.00.023966-3/RS**.

Relatora: Juíza Federal Vânia Hack de Almeida. Terceira Turma. Porto Alegre, 20 de março de 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 724.347/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ acórdão: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Repercussão geral. Brasília, 26 de fevereiro de 2015.

CAHALI, Yussef. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DEBBASCH, Charles. **Institutions et droit administratifs**. v. 2. Paris: Presses Universitaires de France, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Douza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: AtlasAtlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Trad. Marina Garcón. Madrid: Editora Trotta, 1995.



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







.....

A AGU NO ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE  
CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO  
MUNDIAL DO COMÉRCIO - OMC

.....

Vânia Maria Bastos Faller

César do Vale Kirsch

Gabriela Almeida Marcon

---



**RESUMO:** A origem do comércio internacional acompanha a formação das civilizações modernas. Dada a centralidade dessas relações de troca ao longo da história, a Organização Mundial do Comércio – OMC foi criada para auxiliar os países-membros a usar o comércio como meio de elevar o padrão social, criar empregos e melhorar a vida da população. Nesse âmbito, criou-se o sistema de solução de controvérsias da OMC – um importante mecanismo de segurança e previsibilidade no sistema multilateral do comércio internacional. Como membro, o Brasil tem uma atuação relevante no órgão de solução de controvérsias – OSC, destacando-se dentre os países em desenvolvimento. Nesse sentido, o presente artigo, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, apresenta algumas informações sobre o órgão de solução de controvérsias da OMC e a participação do Brasil, com o objetivo de demonstrar a competência da Advocacia Geral da União para atuar naquela corte internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Organização Mundial do Comércio. Sistema multilateral do comércio. Sistema de solução de controvérsias. Advocacia-Geral da União.

**ABSTRACT:** *The origin of international trade dates back to the formation of modern civilizations. Given the centrality of these trade relations throughout history, the World Trade Organization (WTO) was created to assist member countries in using trade as a means to improve social standards, create jobs, and enhance the quality of life for their populations. Within this framework, the WTO's dispute settlement system was established as a vital mechanism for ensuring security and predictability in the multilateral international trade system. As a member, Brazil has played a significant role in the Dispute Settlement Body (DSB), standing out among developing countries. In this context, the present article, based on bibliographic and documentary research, provides information about the WTO's dispute settlement system and Brazil's participation, aiming to demonstrate the competence of the Office of the Attorney General of Brazil in representing the country in this international court.*

**KEYWORDS:** *World Trade Organization. Multilateral trade system. Dispute settlement system. Attorney-General of the Union.*

## INTRODUÇÃO

A origem do comércio internacional acompanha a formação das civilizações modernas. Dada a centralidade dessa relação, uma série de mecanismos foram criados ao longo da história para balizar e atribuir segurança diplomática a essas trocas. Com a crise econômica que afligiu os países europeus após as duas grandes Guerras Mundiais, assim como os impactos sofridos pelos Estados Unidos da América (EUA) e pela Inglaterra em suas relações internacionais, foi organizado em New Hampshire (EUA), em 1944, um encontro diplomático que durou três semanas, conhecido como Conferência de Bretton Woods. O encontro reuniu grandes economistas do período, como o inglês John Maynard Keynes, com o objetivo de pensar modos de restabelecer a paz entre as nações por intermédio da promoção do livre mercado e comércio, sem imperialismo de uns sobre os outros. Nesse contexto, surgem as bases para a posterior estruturação da Organização Mundial do Comércio (OMC).

A OMC foi criada com a função de auxiliar os seus países-membros a usar o comércio como meio de elevar os padrões sociais, criar empregos e melhorar a vida das pessoas (Thorsten sen, 2001; Narlikar, 2005). Para tanto, opera por um sistema global de regras comerciais e funciona como um dos pilares da ordem econômica internacional, sendo o principal foro de negociação de acordos comerciais e resolução de conflitos entre os participantes.

Nesse contexto, o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC é um importante mecanismo de segurança e previsibilidade no sistema multilateral do comércio internacional. O órgão de solução de controvérsias da OMC (OSC), alicerçado na *rule orientation*, é um dos mais dinâmicos e atuantes da organização. Diferentemente do “Acordo geral sobre tarifas e comércio (GATT)”, a OSC tem natureza de *single undertaking*, na medida que se pauta na ideia de um ordenamento jurídico unificado (Coni, 2005). Desse modo, os mecanismos de tomada de decisão por consenso próprio do acordo geral permitem ao demandado embaraçar a resolução da disputa. É notadamente o poder efetivo do OSC da OMC, balizado pelo direito internacional, que o distingue do acordo do GATT.

O Brasil tem uma atuação relevante no OSC, destacando-se entre as demais nações em desenvolvimento. O país protagonizou disputas importantes na OMC, como o caso do algodão, dos pneus usados e do corte de frango salgado e congelado (Carnevalli & Braga, 2017; Oliveira, 2010; Alvarenga, 2008), no entanto, a despeito disso, se ressentia da participação efetiva e ativa da Advocacia-Geral da União (AGU) enquanto órgão de representação judicial e extrajudicial nas disputas do comércio multilateral. A análise do contencioso no OSC requer uma visão mais ampla sobre o papel da AGU no órgão de solução de controvérsias para a compreensão do desempenho do Brasil no sistema multilateral de comércio.

O presente artigo, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental de caráter exploratório e qualitativo, busca lançar luz sobre a importância da representação jurídica institucionalizada no sistema de solução de controvérsias da OMC, a fim de demonstrar a competência da AGU para atuação nesse âmbito. Para tanto, além desta breve introdução e das conclusões, o texto foi estruturado em três partes. No primeiro tópico, comenta-se sobre a solução de disputas no sistema multilateral do comércio, além de apresentar uma breve contextualização histórica acerca do surgimento do OSC da OMC e da atuação do Brasil nesse âmbito. Na sequência, no segundo tópico, analisa-se o histórico, a definição e as principais atribuições da AGU. No terceiro,

então, busca-se compreender de que forma acontece a atuação da AGU no órgão de solução de controvérsias. Por fim, apresenta-se algumas considerações no sentido de destacar a importância do multilateralismo comercial para a atuação internacional do Brasil e a relevância de se ter a representação pela AGU nesse processo.

## 1. SOLUÇÃO DE DIFERENÇAS NO SISTEMA MULTILATERAL DO COMÉRCIO

### 1.1. Breve histórico

A Carta de Havana (Conferência das Nações Unidas para Comércio e Trabalho) começa a ser delineada em 1946 e é aprovada em 1948, com o objetivo de criar uma organização internacional do comércio que fosse capaz de contribuir para o desenvolvimento dos países do Sul<sup>1</sup>. No entanto, a proposta não foi exitosa e, conseqüentemente, a mencionada organização não foi criada.

Em 1947, foi estabelecido o “acordo geral sobre tarifas e comércio” (GATT), um acordo internacional cujo intuito era promover o comércio internacional, com a redução das barreiras comerciais (a exemplo das tarifas e cotas de importação) e a eliminação de preferências entre os signatários, num sistema de vantagens mútuas. As regras do GATT destinavam-se, assim, ao desenvolvimento do livre comércio e procuravam coibir práticas protecionistas nas relações comerciais internacionais. Apenas duas dessas regras versavam sobre a solução de controvérsias, o que se justifica, se considerarmos que se trata de um acordo, não de uma organização estruturada (Nakada, 2002). A resolução de controvérsias nos termos deste acordo propunha duas saídas: a diplomática (consultas) e a política (em caso de não haver consenso, a questão poderia ser submetida aos membros). O procedimento de solução de diferenças não estabelecia prazos fixos, desse modo, era mais fácil obstruir a adoção das resoluções e, em alguns casos, demorava muito para se chegar a uma conclusão.

Posteriormente, após uma série de negociações que culminaram com o “acordo de Marrakesh”, em Marrocos, foi criada a Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1995, que se estabeleceu, em substituição ao GATT, como uma organização instituída com a finalidade de supervisionar e tornar mais liberal o comércio internacional. A OMC, diferentemente do GATT, é uma organização estruturada, com órgãos, procedimentos, prazos e etapas definidas, não sendo possível aos países signatários obstruir as decisões.

Na Rodada Uruguai, iniciada em Punta de Leste, em 1986, que precedeu a criação da própria OMC, houve a necessidade de melhorar e fortalecer o sistema de solução de controvérsias então existente no GATT. Alguns países entendiam que o sistema deveria ser mais legalista, e outros compreendiam que a saída deveria ser mais diplomática e consensual. No final, prevaleceu a interpretação mais legalista, mas, ao mesmo tempo, buscou-se estipular normas com o intuito de privilegiar as soluções negociadas entre os membros da OMC (Barral, 2007). Assim, estabeleceu-se no âmbito da OMC o órgão de solução de controvérsias (OSC), que se constitui como uma verdadeira corte, de natureza internacional, tendo, inclusive, um órgão de apelação como instân-

---

1 - Conforme se verifica no artigo primeiro, parágrafo segundo e terceiro da Carta de Havana, que assim dispõe: “[...] *las partes de esta Carta se comprometen, en los asuntos de comercio y empleo, a cooperar entre sí y con las Naciones Unidas. Com el propósito de [...] 2. Fomentar y ayudar el desarrollo industrial y el económico en general, especialmente en aquellos países cuyo desarrollo industrial está aún en SUS comienzos; y estimular La corriente internacional de capitales destinados a inversiones productivas. 3. Ampliar para todos los países, en condiciones de igualdad, el acceso a los mercados, a los productos y a los métodos de producción necesarios para su prosperidad y desarrollo económicos*”. O texto na íntegra está disponível em: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/havana\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf). Acesso em: 30 ago. 2022.

cia recursal. Nas palavras de Piérola: “*El sistema de solución de diferencias de la OMC es hoyendía uno de los mecanismos de solución de controversias de mayor éxito a nivel mundial*” (Piérola, 2008, p. 17).

Ainda segundo o autor, o mecanismo de solução de diferenças é destinado a prever a segurança e previsibilidade do regime jurídico (Piérola, 2008), o que é de suma importância nas relações multilaterais comerciais. As decisões do OSC são obrigatórias para os membros, tornando, por conseguinte, mais eficazes as normas da OMC, na medida em que asseguram a previsibilidade e a segurança jurídica, que permeiam a certeza do direito no sistema multilateral do comércio.

Esse caráter obrigatório das decisões da OMC é muito importante para o direito internacional. Segundo Piérola (2008), o ordenamento jurídico internacional não dispõe de uma jurisdição obrigatória a que alguma das partes em uma controvérsia possa recorrer sem contar com o consentimento da outra parte, em face do caráter soberano dos Estados. Em outros termos: as partes (maioria da comunidade internacional) têm de acatar as decisões. Acontece desse modo, porque a OMC engloba a maioria dos Estados do planeta e os territórios aduaneiros (Barral, 2007)<sup>2</sup>. Dessa forma, tanto as decisões tomadas pelos membros quanto a jurisprudência influenciam o comportamento comercial, político, social e ambiental do mundo inteiro; o que faz com que, muitas vezes, o país-membro precise adequar sua legislação interna às decisões da OMC.

## 1.2. O sistema de solução de controvérsias da OMC

O órgão de solução de controvérsias (OSC) da OMC (ou *Dispute Settlement Body*) é composto atualmente por 164 países, e as disputas são resolvidas, sucintamente, em quatro estágios: 1- consultas; 2- procedimentos do painel; 3- procedimentos do órgão de apelação; e 4- implementação das recomendações e das decisões. Passaremos a examinar com detalhes cada uma dessas etapas.

Na primeira fase, das consultas, prevê-se que no prazo de até 60 dias, antes de adotar qualquer outra medida, as partes devem manter conversas com o intuito de resolver o impasse, conforme previsão do artigo 4, “do entendimento sobre solução de controvérsias”<sup>3</sup>. Se esse inten-

2 - Os seguintes territórios aduaneiros são membros da OMC: Hong Kong (China), Macau (China) e Taipe Chinesa (territórios aduaneiros separados de Taiwan, Penghu, Kinmen e Matsu). Para mais, conferir: Barral, 2007, p.32.

3 - O artigo 4 do acordo assim dispõe: “1 - Os Membros afirmam sua determinação de fortalecer e aperfeiçoar a eficácia dos procedimentos de consulta utilizados pelos Membros. 2 - Cada Membro se compromete a examinar com compreensão a argumentação apresentada por outro Membro e a conceder oportunidade adequada para consulta com relação a medidas adotadas dentro de seu território que afetem o funcionamento de qualquer acordo abrangido. 3 - Quando a solicitação de consultas for formulada com base em um acordo abrangido, o Membro ao qual a solicitação for dirigida deverá respondê-la, salvo se mutuamente acordado de outro modo, dentro de um prazo de 10 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, e deverá de boa-fé proceder a consultas dentro de um prazo não superior a 30 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, com o objetivo de chegar a uma solução mutuamente satisfatória. Se o Membro não responder dentro do prazo de 10 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, ou não proceder às consultas dentro de prazo não superior a 30 dias, ou dentro de outro prazo mutuamente acordado contado a partir da data de recebimento da solicitação, o Membro que houver solicitado as consultas poderá proceder diretamente a solicitação de estabelecimento de um grupo especial. 4 - Todas as solicitações de consultas deverão ser notificadas ao OSC e aos Conselhos e Comitês pertinentes pelo Membro que as solicite. Todas as solicitações de consultas deverão ser apresentadas por escrito e deverão conter as razões que as fundamentam, incluindo indicação das medidas controversas e do embasamento legal em que se fundamenta a reclamação. 5 - Durante as consultas realizadas em conformidade com as disposições de um acordo abrangido, os Membros procurarão obter uma solução satisfatória da questão antes de recorrer a outras medidas previstas no presente Entendimento. 6 - As consultas deverão ser confidenciais e sem prejuízo dos direitos de qualquer Membro em quaisquer procedimentos posteriores. 7 - Se as consultas não produzirem a solução de uma controvérsia no prazo de 60 dias contados a partir da data de recebimento da solicitação, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial. A parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial dentro do referido prazo de 60 dias se as partes envolvidas na consulta considerarem conjuntamente que as consultas não produziram solução da controvérsia. 8 - Nos casos de urgência, incluindo aqueles que envolvem bens perecíveis, os Membros iniciarão as consultas dentro de prazo não superior a 10 dias contados da data de

to não é bem-sucedido, podem pedir ao diretor-geral que intervenha para mediar a contenda. Isso pode ocorrer durante qualquer estágio do processo, conforme dispõe o artigo 5 do acordo<sup>4</sup>.

Na segunda etapa, relacionada aos procedimentos do painel, são estabelecidos o grupo especial e os procedimentos. No caso de ser ultrapassada a fase das consultas por falta de entendimento entre os membros envolvidos, a parte reclamante pode requerer que seja estabelecido um grupo especial, conforme previsão do artigo 6<sup>5</sup>. O grupo especial (painel) é composto normalmente por três membros (artigo 8)<sup>7</sup> e, caso seja uma demanda das partes, permite-se o acréscimo de mais dois membros. O prazo mínimo para apresentar o relatório é de 6 (seis) meses e o máximo é de 9 (nove) meses, a contar da data de seu estabelecimento. A parte reclamante poderá solicitar a suspensão dos trabalhos do grupo especial, a qual não poderá exceder 12 (doze) meses, sob pena de perda do direito para requerer o seu restabelecimento.

---

recebimento da solicitação. Se as consultas não produzirem solução da controvérsia dentro de prazo não superior a 20 dias contados da data de recebimento da solicitação, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial. 9 - Em casos de urgência, incluindo aqueles que envolvem bens perecíveis, as partes em controvérsia, os grupos especiais e o órgão de Apelação deverão enviar todos os esforços possíveis para acelerar ao máximo os procedimentos. 10 - Durante as consultas os Membros deverão dar atenção especial aos problemas e interesses específicos dos países em desenvolvimento. 11 - Quando um Membro não participante das consultas considerar que tem interesse comercial substancial nas consultas baseadas no parágrafo 1º do art. 22 do GATT 1994, parágrafo 1º do art. 22 do GATS, ou nas disposições pertinentes de outros acordos abrangidos(4) tal Membro poderá notificar os Membros participantes da consulta e o OSC, dentro de um prazo de 10 dias contados da data da distribuição da solicitação de consultas baseadas em tal artigo, de seu desejo de integrar-se às mesmas. Tal Membro deverá associar-se às consultas desde que o Membro ao qual a solicitação de consultas foi encaminhada entenda que a pretensão de interesse substancial tenha fundamento. Nesse caso, o OSC deverá ser devidamente informado. Se a requisição para a participação das consultas não for aceita, o Membro requerente poderá solicitar consultas com base no parágrafo 1º do art. 22 ou parágrafo 1º do art. 23 do GATT 1994, parágrafo 1º do art. 22 ou parágrafo 1º do art. 23 do GATS, ou nas disposições pertinentes dos acordos abrangidos<sup>7</sup>.

4 - Artigo 5: "1 - Bons ofícios, conciliação e mediação são procedimentos adotados voluntariamente se as partes na controvérsia assim acordarem. 2 - As diligências relativas aos bons ofícios, à conciliação e à mediação, e em especial as posições adotadas durante as mesmas pelas partes envolvidas nas controvérsias, deverão ser confidenciais e sem prejuízo dos direitos de quaisquer das partes em diligências posteriores baseadas nestes procedimentos. 3 - Bons ofícios, conciliação ou mediação poderão ser solicitados a qualquer tempo por qualquer das partes envolvidas na controvérsia. Poderão iniciar-se ou encerrar-se a qualquer tempo. Uma vez terminados os procedimentos de bons ofícios, conciliação ou mediação, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial. 4 - Quando bons ofícios, conciliação ou mediação se iniciarem dentro de 60 dias contados da data de recebimento da solicitação, a parte reclamante não poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial antes de transcorrido o prazo de 60 dias a partir da data de recebimento da solicitação de consultas. A parte reclamante poderá solicitar o estabelecimento de um grupo especial no correr do prazo de 60 dias se as partes envolvidas na controvérsia considerarem de comum acordo que os bons ofícios, a conciliação e a mediação não foram suficientes para solucionar a controvérsia. 5 - Se as partes envolvidas na controvérsia concordarem, os procedimentos para bons ofícios, conciliação e mediação poderão continuar enquanto prosseguirem os procedimentos do grupo especial. 6 - O Diretor-Geral, atuando 'ex officio', poderá oferecer seus bons ofícios, conciliação ou mediação com o objetivo de auxiliar os Membros a resolver uma controvérsia".

5 - Artigo 6: "1 - Se a parte reclamante assim o solicitar, um grupo especial será estabelecido no mais tardar na reunião do OSC seguinte àquela em que a solicitação aparece pela primeira vez como item da agenda do OSC, a menos que nessa reunião o OSC decida por consenso não estabelecer o grupo especial. 2 - Os pedidos de estabelecimento de grupo especial deverão ser formulados por escrito. Deverão indicar se foram realizadas consultas, identificar as medidas em controvérsia e fornecer uma breve exposição do embasamento legal da reclamação, suficiente para apresentar o problema com clareza. Caso a parte reclamante solicite o estabelecimento do grupo especial com termos de referência diferentes dos termos padrão, o pedido escrito deverá incluir sugestão de texto para os termos de referência especiais".

6 - "1 - Os grupos especiais serão compostos por pessoas qualificadas, funcionários governamentais ou não, incluindo aquelas que tenham integrado um grupo especial ou a ele apresentado uma argumentação, que tenham atuado como representantes de um Membro ou de uma parte contratante do GATT 1947 ou como representante no Conselho ou Comitê de qualquer acordo abrangido ou do respectivo acordo precedente, ou que tenha atuado no Secretariado, exercido atividade docente ou publicado trabalhos sobre direito ou política comercial internacional, ou que tenha sido alto funcionário na área de política comercial de um dos Membros. 2 - Os Membros dos grupos especiais deverão ser escolhidos de modo a assegurar a independência dos Membros, suficiente diversidade de formações e largo espectro de experiências. 3 - Os nacionais de Membros cujos governos sejam parte na controvérsia ou terceiras partes, conforme definido no parágrafo 2º do art. 10, não atuarão no grupo especial que trate dessa controvérsia, a menos que as partes acordem diferentemente. 4 - Para auxiliar na escolha dos integrantes dos grupos especiais, o Secretariado manterá uma lista indicativa de pessoas, funcionários governamentais ou não, que reúnem as condições indicadas no parágrafo 1º, da qual os integrantes dos grupos especiais poderão ser selecionados adequadamente. Esta lista incluirá a relação de peritos não governamentais elaborada em 30 de novembro de 1984 (BISD 31S/9), e outras relações ou listas indicativas elaboradas em virtude de qualquer acordo abrangido, e manterá os nomes dos peritos que figurem naquelas relações e listas indicativas na data de entrada em vigor do Acordo

Nesse ínterim, há a etapa intermediária de reexame (art.15) que acontece após a apresentação das réplicas e da argumentação oral das partes, na qual o grupo especial deve submeter as seções descritivas do projeto de relatório aos comentários das partes. Ultrapassada essa fase, o grupo especial deve elaborar um relatório provisório, a ser comentado pelos demais envolvidos. O relatório provisório, já com as conclusões do grupo especial, será considerado o relatório final, pronto para a circulação entre todos os membros, se não houver outros comentários. Cabe aqui esclarecer que o grupo especial ajuda o órgão de solução de diferenças a ditar resoluções ou fazer recomendações. Esse informe só pode ser rechaçado mediante consenso do OSC, o que dificilmente acontece (WTO, 2005).

Tem-se, então, na terceira fase, os chamados procedimentos do órgão de apelação, momento em que o informe se converte em resolução, e a parte que não concorda com a decisão pode apelar<sup>7</sup>. O órgão permanente de apelação é composto por 7 (sete) membros<sup>8</sup> indicados pelo órgão de solução de diferenças para um mandato de 4 (quatro) anos; desses, apenas 3 (três) membros terão de examinar cada apelação. Apenas as partes da disputa, excluindo-se outros interessados, poderão recorrer do relatório do painel. Por fim, a adoção do relatório do órgão de apelação deve acontecer dentro do prazo de 30 (trinta) dias, a contar da distribuição do documento aos membros, a menos que o OSC decida, por consenso, não adotar o relatório.

Finalmente, na quarta fase – de implementação das recomendações e das decisões do OSC –, estabelece-se em reunião o prazo de 30 (trinta) dias, após a data de adoção do relatório do painel ou do órgão de apelação, para o membro interessado informar ao OSC suas intenções com relação à implementação das decisões e recomendações daquele órgão. Não sendo possível a implementação imediata, o membro interessado deverá dispor de prazo razoável<sup>9</sup>. Caso a parte

---

Constitutivo da OMC. Os Membros poderão periodicamente sugerir nomes de pessoas, funcionários governamentais ou não, a serem incluídos na lista indicativa, fornecendo informação substantiva sobre seu conhecimento de comércio internacional e dos setores ou temas dos acordos abrangidos, e tais nomes serão acrescentados à lista após aprovação pelo OSC. Para cada pessoa que figure na lista, serão indicadas suas áreas específicas de experiência ou competência técnica nos setores ou temas dos acordos abrangidos. 5 - Os grupos especiais serão compostos por três integrantes a menos que, dentro do prazo de 10 dias a partir de seu estabelecimento, as partes em controvérsia concordem em compor um grupo especial com cinco integrantes. Os Membros deverão ser prontamente informados da composição do grupo especial. 6 - O Secretariado proporá às partes em controvérsia candidatos a integrantes do grupo especial. As partes não deverão se opor a tais candidaturas a não ser por motivos imperiosos. 7 - Se não houver acordo quanto aos integrantes do grupo especial dentro de 20 dias após seu estabelecimento, o Diretor-Geral, a pedido de qualquer das partes, em consulta com o Presidente do OSC e o Presidente do Conselho ou Comitê pertinente, determinará a composição do grupo especial, e nomeará os integrantes mais apropriados segundo as normas e procedimentos especiais ou adicionais do acordo abrangido ou dos acordos abrangidos de que trate a controvérsia, após consulta com as partes em controvérsia. 8 - Os Membros deverão comprometer-se, como regra geral, a permitir que seus funcionários integrem os grupos especiais. 9 - Os integrantes dos grupos especiais deverão atuar a título pessoal e não como representantes de governos ou de uma organização. Assim sendo, os Membros não lhes fornecerão instruções nem procurarão influenciá-los com relação aos assuntos submetidos ao grupo especial. 10 - Quando a controvérsia envolver um país em desenvolvimento Membro e um país desenvolvido Membro, o grupo especial deverá, se o país em desenvolvimento Membro solicitar, incluir ao menos um integrante de um país em desenvolvimento Membro. 11 - As despesas dos integrantes dos grupos especiais, incluindo viagens e diárias, serão cobertas pelo orçamento da OMC, de acordo com critérios a serem adotados pelo Conselho Geral, baseados nas recomendações do Comitê de Orçamento, Finanças e Administração”.

7 - Na apelação não cabe revisão de provas, nem o exame de novas questões, o recurso somente pode ser fundamentado em matérias de direito.

8 - As pessoas escolhidas devem ter notório conhecimento em direito e comércio internacional e não estar vinculada a nenhum governo. Podemos citar como exemplo o advogado Luiz Otávio Batista, que até o momento, foi o único brasileiro a fazer parte do Órgão de Apelação.

9 - De acordo com o artigo 21.3 do DSU, “O prazo razoável deverá ser: a) o prazo proposto pelo Membro interessado, desde que tal prazo seja aprovado pelo OSC ou, não havendo tal aprovação; b) um prazo mutuamente acordado pelas partes em controvérsia dentro de 45 dias a partir da data de adoção das recomendações e decisões ou, não havendo tal acordo; c) um prazo determinado mediante arbitragem compulsória dentro de 90 dias após a data de adoção das recomendações e decisões. Em tal arbitragem, uma diretriz para o árbitro será a de que o prazo razoável para implementar as recomendações do grupo especial ou do órgão de Apelação não deverá exceder a 15 meses da data de adoção do relatório do grupo especial ou do órgão de Apelação. Contudo, tal prazo poderá ser maior ou menor, dependendo das circunstâncias particulares”.

afetada não implemente as decisões e recomendações do OSC dentro do prazo razoável estabelecido, deverá, se solicitada, negociar com a outra parte compensações mutuamente satisfatórias. Ademais, se dentro dos 20 (vinte) dias seguintes à data da expiração do prazo razoável determinado não se houver acordado uma compensação satisfatória, quaisquer das partes que haja recorrido ao procedimento de solução de controvérsias poderá solicitar autorização do OSC para suspender a aplicação de concessões ou de outras obrigações decorrentes dos acordos abrangidos à parte interessada.

Os princípios definidores da suspensão da aplicação de concessões e a determinação de seu valor são objeto de arbitragem por um comitê que decidirá de que maneira e em que valor incidirá a suspensão da aplicação de concessões. Ao final, a parte interessada deve solicitar autorização ao OSC para poder aplicar aquela suspensão.

No direito brasileiro, em maio de 2022, foi promulgada a Lei nº 14.353, que autorizou a aplicação de sanções comerciais, por meio da Câmara de Comércio Exterior, a países com os quais o Brasil tenha alguma controvérsia pendente de julgamento de apelação na OMC. A medida foi necessária, mas eis que o órgão de apelação está paralisado, em razão de os Estados Unidos não terem aceitado nomeações de juízes para o órgão, sendo que as indicações necessitam de consenso entre os membros.

### 1.3. O Brasil e o sistema de solução de controvérsias da OMC

O Brasil é um dos membros mais atuantes do OSC da OMC. Ocupa o quarto lugar, junto à Índia, ficando atrás somente dos Estados Unidos, comunidade europeia e Canadá (WTO, 2009). Desde 1995 até 2022, aparece como reclamante em 34 casos, e como reclamado em 17 casos (WTO, 2022). Um dos focos principais do país no sistema multilateral do comércio é o agronegócio. Por isso, participa ativamente do Grupo Cairns e exerce liderança no G20 (Grupo dos 20). Cabe destacar, nesse sentido, que o Brasil já obteve grandes vitórias de interesse do agronegócio, na OMC, como, por exemplo, o caso dos subsídios ao algodão (DS 267); subsídios ao açúcar (DS266); e a classificação aduaneira do frango desossado congelado (DS 269).

O Brasil, na OMC, conta com o apoio do Itamaraty. No entanto, em casos em que não se chega a um acordo e é estabelecido um painel, muitas vezes, são equivocadamente contratados escritórios estrangeiros, sob o argumento falacioso de que não existem advogados públicos com o conhecimento técnico necessário para desempenhar tal mister. Esse argumento, todavia, é juridicamente insustentável, e não condiz com a realidade, tendo em vista que a Advocacia Geral da União (AGU), senão a maior, é uma das maiores bancas de advogados do mundo, contando atualmente com aproximadamente 8 (oito) mil profissionais altamente qualificados e especializados nas mais diversas áreas jurídicas: internacional, agronegócio, comercial, marítima, tributária, bancária, ambiental, que atuam diuturnamente na defesa jurídica do Estado brasileiro. Essa atuação abrange, ademais, a representação jurídica da República Federativa do Brasil no âmbito internacional conforme será visto adiante.

## 2. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E SEU PAPEL CONSTITUCIONAL

### 2.1. Breve Histórico

Até a Constituição Federal de 1969, a Advocacia de Estado brasileira era similar ao modelo português. Em Portugal, o Ministério Público acumula funções e tem a incumbência de ser fiscal da lei; de promover as defesas da sociedade e do Estado; e de exercer a titularidade da ação penal<sup>10</sup>. É o que ensina Canotilho:

O arquétipo de magistrado do Ministério Público prefigurado na Constituição está longe da caricatura usual de ‘funcionário promotor do crime’. A sua relevantíssima acção, num contexto constitucional democrático, vai desde o exercício da ação penal até a defesa e representação de pessoas carecidas de proteção (órfãos, menores trabalhadores), passando pela defesa de interesses difusos (ambiente, patrimônio) e pela defesa da constitucionalidade e legalidade. [...] **Isto, em termos tendenciais, porque em Portugal o Ministério Público continua a ser ‘advogado do estado’, tarefa que noutros países é desempenhada por operadores jurídicos diferentes (‘advogados do Estado’ ou ‘advogados contratados’)** (Canotilho (2007, p.665, grifos nossos).

O advento da Constituição brasileira de 1988 retirou do Ministério Público a atribuição de representante judicial do Estado, transferindo-a para uma nova instituição: a Advocacia-Geral da União (AGU). Antes da promulgação da carta constitucional, o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria-Geral da República, além de suas atribuições típicas, era também responsável pela representação judicial da União. Essa providência do constituinte originário foi de capital importância, para colocar fim às situações ambíguas com as quais o *parquet*, por vezes, se defrontava. Nesse sentido, Silva complementa que:

A Constituição desfez o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de Procuradores da República no exercício da advocacia da União. Agora, o Ministério Público da União com seus Ministérios Públicos especiais só cumpre as funções típicas da instituição. Não são mais advogados da União (Silva, 1997, p. 558).

De outra parte, a incumbência de prestar consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo estava confiada à Advocacia Consultiva da União. Nesse âmbito, o art. 3º, do Decreto nº 93.237, de 8 de setembro de 1986, estabeleceu que os órgãos integrantes da Advocacia Consultiva da União eram: a Consultoria-Geral da República; a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; as consultorias jurídicas dos ministérios; as Procuradorias-Gerais; os órgãos jurídicos das autarquias e fundações federais; e os órgãos jurídicos, as empresas públicas e sociedades de economia mista e entidades outras controladas pela União<sup>11</sup>.

10 - Assim dispõe o artigo 219º c, da Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976: “(Funções e estatutos): 1. Ao Ministério Público compete **representar o Estado** e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática” (Portugal, 1976, grifo nosso).

11 - O Decreto nº 93.237, de 8 de setembro de 1986, assim dispunha:

“CAPÍTULO I

Das Disposições Preliminares

Art 1º A Advocacia Consultiva da União, no Poder Executivo, destina-se a:

Malgrado a Constituição tivesse criado e transferido à AGU a atribuição de defesa judicial da União, essa responsabilidade, por força do art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)<sup>12</sup>, somente passou efetivamente à instituição com o advento da Lei Complementar nº 73/93. Por outro lado, o constituinte genuíno concebeu a AGU, inspirando-se no modelo italiano de advocacia de Estado e nos bem-sucedidos exemplos das procuradorias estaduais existentes em alguns Estados da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, Sesta observa que:

- I- zelar pela observância da Constituição, das leis e dos tratados, bem assim dos atos emanados da Administração Federal;  
 II- - desempenhar as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito da Administração Federal. [...] CAPÍTULO

#### TULO II

##### Da Composição

Art 3º A Advocacia Consultiva da União compreende:

- I - a Consultoria Geral da República;  
 II - a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Ministério da Fazenda;  
 III - as Consultorias Jurídicas dos demais Ministérios, do Estado Maior das Forças Armadas, da Secretaria de

Planejamento da Presidência da República e da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República;

- IV - as Procuradorias-Gerais ou os departamentos jurídicos das autarquias;  
 V - os órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União.

§ 1º Integram, ainda, a Advocacia Consultiva da União, no Poder Executivo, os órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional e do Serviço Nacional de Informações, que continuam sujeitos à disciplina normativa própria.

§ 2º A Consultoria Geral da República é a instância máxima das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos da Administração Federal”

3º A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e as Consultorias Jurídicas são as instâncias superiores das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, no contexto dos respectivos Ministérios, ou órgãos integrantes da Presidência da República, e das entidades vinculadas a uns e outros.

#### CAPÍTULO III

##### Das Competências

Art 4º À Consultoria Geral da República, compete:

- I - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;  
 II - assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração, mediante: a) o exame de antepropostas, anteprojetos e projetos a ela submetidos;  
 b) a proposta de declaração de nulidade de ato administrativo praticado na Administração Direta;  
 III - uniformizar a jurisprudência administrativa federal, garantir a correta aplicação das leis e prevenir controvérsias entre os órgãos e entidades da Administração Federal;  
 IV - solucionar as divergências entre órgãos jurídicos componentes da Advocacia Consultiva da União; V - coordenar as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos dos órgãos integrantes da Advocacia Consultiva da União.

Art 5º A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e às Consultorias Jurídicas, compete, referentemente à estrutura administrativa que integram e às concernentes entidades vinculadas:

- I - cumprir e velar pelo cumprimento da orientação normativa emanada da Consultoria Geral da República; II - fixar, nos casos não resolvidos pela Consultoria Geral da República, a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida;  
 III - assistir o Ministro de Estado no controle interno da legalidade dos atos da Administração, mediante:  
 a) o exame de antepropostas, anteprojetos e projetos, bem como de minutas de atos normativos outros, de iniciativa do Ministério, ou órgão integrante da Presidência da República;  
 b) a elaboração de atos, quando isso lhes solicite o Ministro de Estado;  
 c) a proposta de declaração de nulidade de ato administrativo praticado no âmbito do Ministério ou órgão integrante da Presidência da República;  
 IV - examinar as minutas de edital de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes que devam ser assinados pelas autoridades do Ministério ou órgão integrante da Presidência da República;  
 V - elaborar estudos e preparar informações, em virtude de solicitação dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público” (Brasil, 1986).

12 - Dispõe o art. 29. “Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer as suas atividades na área das respectivas atribuições.”

**Tendo, assim, em vista um melhor aparelhamento da tutela do interesse público**, a Constituição Federal de 1988, **secundando antecedentes praticados, com sucesso, há mais de dez anos, em nível estadual**, optou por dividir a instituição incumbida da tutela judicial do interesse público, atribuindo à chamada “Advocacia da União”, à **conta da influência do modelo italiano**, a atividade institucional originária, isto é, a tutela do interesse público naquilo que diz respeito com os interesse do Estado, remanescendo ao “Ministério Público”, basicamente, as competências acusatória e fiscalizadora herdadas do modelo francês, a que se acrescentou a título revitalizador, a polêmica participação na tutela dos chamados “interesses difusos” (Sesta, 1993, p. 189, grifo nosso).

Na Itália, as atribuições de defesa do Estado e de titular da ação penal foram distribuídas a entidades distintas. Nesse país, o Ministério Público é o responsável pela ação penal e pela fiscalização da lei, ao passo que à Advocacia de Estado compete a defesa dos interesses do Estado. Nas palavras de Di Rufia:

Já vimos como é mister que haja sempre um impulso externo para movimentar a função jurisdicional e já dissemos que, quando, o interesse insatisfeito for de natureza pública, o impulso provém do **Ministério Público: que “tem a obrigação de exercer a ação penal” [...] e a civil nos casos determinados pela lei (art. 69 do Cód. de Proc. Civil; e sua intervenção, por ex., é obrigatória nas causas matrimoniais ou de trabalho). O Ministério Público nunca é parte nos juízos cíveis (onde o Estado, eventualmente, é representado pela Advocacia do Estado);** o é, ao contrário, por disposição do Código, não (sic) penais: onde intervém como acusador público (Di Rufia, 1972, p. 438, grifo nosso).

Pode-se dizer, então, que a AGU tem as suas origens no Ministério Público Federal e na extinta Advocacia Consultiva da União, sendo, hoje, responsável pela defesa judicial e extrajudicial do Estado brasileiro e por prestar consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo.

## 2.2. Definição e principais atribuições da AGU

A AGU detém atribuições preventivas e contenciosas, destinadas a auxiliar a ação do administrador público, para a boa e eficiente satisfação do bem comum. A definição da instituição está contida no art. 131 da Constituição da República do Brasil de 1988, que estabelece:

Art. 131. **A Advocacia-Geral da União é a instituição que**, diretamente ou através de órgão vinculado, **representa a União, judicial e extrajudicialmente**, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, **as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo** (Brasil, 1988, grifo nosso).

A AGU integra a estrutura do Estado, tem *status* constitucional, faz parte das funções essenciais à justiça (FEJ) e está ao lado dos três “poderes clássicos”. É uma instituição perene, que exerce atividades jurídicas nas searas judicial, extrajudicial e consultiva (não são atribuições executivas, como a do Executivo, nem legislativas, como as do Parlamento, tampouco de julgamento, como as do Judiciário) em prol do erário e, também, dos interesses públicos essenciais ao Estado Democrático de Direito. Suas atribuições constitucionais são típicas de advocacia de Estado, e não de governo<sup>13</sup>, e se destinam a atender não só o Executivo federal, mas também o Legislativo, o

13 - Advocacia de governo: espécie subalterna de advocacia, que, em suma, é desprovida de perenidade e de *status* constitucional; possui algum tipo de subordinação (ordinariamente administrativa) ao Executivo e cujo órgão, ou instituição, seria carente de autonomias funcional, administrativa e financeira/orçamentária; seus integrantes mais proeminentes seriam ocupantes de cargos comissionados; inexistiria privatidade de funções nem haveria garantias e prerrogativas, para os membros efetivos.

Judiciário, o Tribunal de Contas da União (TCU), o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União.

Essa instituição promove, internamente, a representação judicial e extrajudicial da União, de suas autarquias e fundações públicas, bem como orienta, em caráter consultivo, as pessoas jurídicas de direito público do Executivo federal, na forma do art. 131 da Carta Magna, combinado com o art. 1º da Lei Complementar nº 73/93. Além disso, a AGU tem a relevante missão, no plano externo, de executar o aconselhamento jurídico do Estado brasileiro na celebração de atos e tratados internacionais, prestando previamente a consultoria ao administrador público federal sobre o ato que será firmado no exterior, a fim de prevenir a ilegalidade e evitar transtornos e prejuízos quando da ulterior incorporação do ato pelo ordenamento jurídico nacional.

Vale lembrar que o tratado internacional pactuado sem as devidas cautelas jurídicas pode não entrar em vigência no Brasil, por contrariar normas hierarquicamente superiores. Ou, caso incorporado sem o devido cuidado, pode trazer prejuízos sociais e/ou econômicos ao país, por conta da revogação de atos normativos existentes.

A instituição age, outrossim, na defesa jurídica da República Federativa do Brasil perante os foros internacionais e estrangeiros, notadamente nos organismos internacionais. Nesse âmbito, convém destacar que essa atuação estará em perfeita sintonia com as ações de política externa desenvolvidas pelo Itamaraty, já que compete à AGU oferecer base jurídica necessária à atuação do Ministério das Relações Exteriores, com o objetivo de trazer segurança, coerência, consistência e eficiência às ações internacionais do Estado Brasileiro.

### **3. ATUAÇÃO DA AGU NO ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC**

Resta evidente, então, que é plenamente legal e constitucional, depois da Constituição Federal de 1988, a atuação jurídica da AGU no plano internacional – e não mais do Ministério Público –, inclusive no OSC da OMC; sendo, por conseguinte, ilegal e inconstitucional cogitar-se a contratação de advogados privados para empreender a defesa jurídica de interesse do Brasil ou a designação de prepostos do Itamaraty para atuar juridicamente naquele órgão da OMC.

De fato, a República Federativa do Brasil deve ser representada pela União na execução de atos de direito internacional. Mas, é igualmente verdade que a União deve ser juridicamente representada pela AGU nesse contexto, tendo em vista que o art. 131 da Constituição Federal incumbe à esta a função de representação judicial e extrajudicial daquela. Por conseguinte, a representação jurídica da República Federativa do Brasil – União federal, internamente – cabe exclusivamente à AGU.

Logo, figura-se juridicamente inviável admitir-se eventual atuação internacional de escritório de advocacia para defesa jurídica de interesse do Estado brasileiro na OMC ou em qualquer foro ou órgão de jurisdição internacional, bem como absolutamente inviável e temerário cogitar-se que um agente público do Itamaraty possa realizar atuação jurídica na OMC ou em qualquer foro internacional. Assim, é fácil perceber que, desde a primeira fase, que é a de consultas, até a eventual e última fase de implementação das recomendações e das decisões do OSC, a AGU deve ter participação direta e ativa, com amparo no art. 131 da Constituição de 1988, no processo instalado na OMC, a fim de bem defender juridicamente os interesses do Estado brasileiro; evitando-se, inclusive, ações temerárias e inconstitucionais de terceiros.

#### 4. CONCLUSÃO

O papel da OMC na solução das controvérsias comerciais é de extrema relevância. A complexidade das disputas e os desafios da modernidade demandam mecanismos igualmente complexos de enfrentamento e diálogo, para promover os interesses dos países sem que haja prejuízos econômicos. O descumprimento de acordos multilaterais pode afetar não apenas os países envolvidos, mas, num cenário globalizado, pode impactar a economia mundial.

Nesse âmbito, o presente artigo examinou o funcionamento do OSC da OMC e as atribuições da AGU, o que nos permitiu chegar às considerações a seguir relatadas. O órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio é composto por todos os seus membros, que são 164 países, e as disputas são resolvidas em quatro estágios, a saber: I) consultas; II) procedimentos do painel; III) procedimentos do órgão de apelação; e IV) implementação das recomendações e das decisões.

À AGU compete a representação judicial e extrajudicial da União, no plano interno, e da República Federativa do Brasil no plano externo. Assim, desde a primeira fase, que é a de consultas, até a eventual quarta e última etapa de implementação das recomendações e das decisões do OSC, deve a AGU ter participação direta e ativa, com amparo no art. 131, da Carta Magna, no processo instalado na OMC, a fim de bem defender juridicamente os interesses do Estado brasileiro.

#### REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Isabella Sayuri Abe. **O protecionismo comercial: o caso do comércio do corte de frango salgado e congelado entre Brasil e União Europeia**. 2008. 60 f. Monografia (Graduação em Relações Internacionais), Centro Universitário de Brasília – Uniceub, Brasília/DF, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 1988.

BARRAL, W. **Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores; Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 2007.

CARNEVALLI, J. P. R. L. P.; BRAGA, M. B. O Caso dos Pneus: Adequação da Ordem Jurídica Brasileira à Jurisdição Internacional. **Revista da AGU**. Brasília, 2017.

CONI, L. C. O Organismo de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio: introdução a alguns aspectos essenciais de seu funcionamento. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização** (substituída pela Revista de Direito Internacional), v. 2, n. 2, 2005.

DI RUFIA, Paolo Biscaretti. *Diritto Costituzionale – Istituzioni di Diritto Pubblico*, 9ª ed., 1972; In: DINIZ, Maria Helena, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

NAKADA, Minoru. **A OMC e o Regionalismo**: análise do art. XXIV e dispositivos afins do acordo de Marraqueche. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

NARLIKAR, A. **The World Trade Organization**: a very short introduction (Vol. 135). Oxford University Press, 1005.

OLIVEIRA, I. T. M. **A atuação do Brasil no sistema de solução de controvérsias da OMC**: o caso do contencioso do algodão contra os EUA. Brasília: IPEA, 2010.

PIÉROLA, F. **Solución de Diferencias ante la OMC**: Presente y Perspectivas. London: Cameron May, 2008.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: Posição Institucional. **Revista de Inf. Legislativa**, nº 117. Brasília, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

THORSTENSEN, Vera. **OMC - Organização Mundial do Comércio**: As regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

UNITED NATIONS. **Growth in United Nations membership**. 2022. Disponível em: <<https://www.un.org/en/about-us/growth-in-un-membership#2000-Present>> Acesso em: 01 set 2022.

WTO - WORLD TRADE ORGANIZATION. **Understanding the WTO**, Genebra, 2005.

WTO – WORLD TRADE ORGANIZATION. **Informe do Brasil no Exame das Políticas Comerciais**. 2009. Disponível em: <[https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/tp\\_r\\_s/tp312\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tp_r_s/tp312_s.htm)> Acesso em: 01 de setembro de 2022

WTO - WORLD TRADE ORGANIZATION. **Brasil y la OMC**. 2022. Disponível em: <[https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/countries\\_s/brazil\\_s.htm#disputesHeading](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/brazil_s.htm#disputesHeading)>. Acesso em: 17 agosto 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





.....

# ACESSO À JUSTIÇA: ATUAÇÃO COOPERATIVA EM UM CENÁRIO DE MÚLTIPLAS PORTAS

.....

Gisele Luiza Soares Moura

---

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Contextualização: a crise do Poder Judiciário; 2. Acesso à justiça: sistema multiportas; 3. Sistema multiportas no Brasil: aspectos conceituais e normativos; 4. Direito administrativo concertado: consensualismo na administração pública; 5. Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é analisar o acesso à justiça em um contexto mais amplo, sob a ótica do uso de métodos alternativos (adequados) de solução de conflitos, bem como a importância da atuação conjunta de diversos atores, como os entes públicos, na consolidação dos métodos autocompositivos, notadamente a conciliação e a mediação. Para melhor compreensão da questão em estudo, foi utilizado primordialmente o tratamento descritivo, mediante revisão da literatura e pesquisa documental. Ademais, para entender o contexto da autocomposição no Brasil, foram analisados os principais diplomas legais, os CEJUSCs existentes na justiça estadual, bem como o ambiente de parcerias, em especial com entes públicos, no qual as atividades autocompositivas ocorrem. Na esfera da administração pública, foram retratadas as iniciativas já existentes de solução administrativa de conflitos. As perspectivas são como peças de um quebra-cabeças que, juntas, permitem a visualização do cenário de forma mais ampla, mas a partir das peculiaridades individualmente observadas. Sob diferentes ângulos, a atuação dos entes públicos viabiliza e torna mais concreta a ampliação do uso de métodos extrajudiciais de solução de controvérsias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à justiça. Sistema multiportas. ADR (Solução Alternativa de Conflitos). Conciliação. Mediação. Direito administrativo concertado.



## INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o acesso à justiça, que abrange tanto a ótica da justiça estadual e das parcerias celebradas, sobretudo com entes públicos, quanto às iniciativas consensuais de resolução de conflitos na esfera administrativa.

Considerando que o conflito é inerente à vida em sociedade, é relevante pensar em outras formas de lidar com as desavenças, bem como sobre as vias possíveis para solucioná-las. Nesse sentido, existem métodos alternativos (adequados de solução de conflitos). Cumpre esclarecer que existem dois métodos para a solução de controvérsias, quais sejam, o autocompositivo e o heterocompositivo. A distinção entre tais modelos é fundada em como ocorre a decisão, se mediante consenso ou adjudicação. No método heterocompositivo, há intervenção de um terceiro imparcial que imporá a sua decisão às partes. É o que ocorre na justiça tradicional e na arbitragem, nas quais o julgamento compete ao juiz e ao árbitro, respectivamente. Por sua vez, nos métodos autocompositivos, os participantes são diretamente responsáveis pela solução do conflito, como na negociação, na mediação e na conciliação e, ainda que haja a colaboração de um terceiro, não caberá a ele decidir a questão suscitada. Nesse método, ao se proporcionar maior abertura para o diálogo, há valorização da cidadania e empoderamento dos cidadãos.

Para melhor compreensão do fenômeno em estudo, foi utilizado, primordialmente, o tratamento descritivo, mediante revisão da literatura e pesquisa documental, bem como a organização do texto em cinco seções. Na primeira seção, contextualiza-se a crise do Poder Judiciário. Na segunda, apresenta-se os aspectos conceituais do acesso à justiça em um cenário de múltiplas portas. Na terceira seção, por sua vez, retrata-se o cenário do sistema multiportas no Brasil, com abordagem do contexto normativo. Na quarta seção, apresenta-se o direito administrativo concertado e o ambiente de consensualismo na administração pública. Por fim, na quinta seção, são apresentadas algumas conclusões sobre o estudo realizado.

### 1. CONTEXTUALIZAÇÃO: A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário brasileiro experimenta um grau de litigiosidade significativo, pois, segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), fechou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação – demandas que aguardavam alguma solução definitiva (Brasil, 2020, p. 93). Ademais, “nos últimos oito anos (2011 – 2019), o volume processual cresceu em proporção às despesas” e, assim, as despesas totais do judiciário contabilizaram R\$ 100,2 bilhões em 2019, o que indica um acréscimo de 2,6% em relação ao ano anterior. Significa dizer que, em 2019, o custo pelo serviço jurisdicional representou, por habitante, o valor de R\$ 479,16 (R\$ 10,70 a mais do que 2018) e 1,5% do PIB nacional (Brasil, 2020, p.74).

Sobre a duração dos processos, o “tempo médio do acervo [processos pendentes de decisão] do Poder Judiciário foi de 5 anos e 2 meses em 2019 (Brasil, 2020, p. 187). Para “receber uma sentença, o processo leva, desde a data de ingresso, quase o triplo de tempo na fase de execução (4 anos e 3 meses) comparada à fase de conhecimento (1 ano e 7 meses)” (Brasil, 2020, p. 184), o que representa uma maior dificuldade para se concretizar a sentença proferida (fase de execução) do que para se obter uma decisão (fase de conhecimento). Nesse contexto, o excesso de demandas na justiça, combinado com um sistema extremamente moroso, revela a pouca capacidade dos órgãos de dar vazão ao grande estoque processual existente. Essa capacidade pode ser mensurada

a partir do número de novos casos em relação ao quantitativo finalizado no ano. Em 2019, tal índice foi de 68,5% – um indicativo do grau de dificuldade dos tribunais em lidar com o estoque de processos (Brasil, 2020, p. 112).

De acordo com o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), no âmbito do Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS), em novembro de 2010, sobre a percepção que o cidadão tem sobre o judiciário, restou constatada que a avaliação é abaixo da média e envolve questões que ultrapassam a simples discussão sobre produtividade, na medida em que “os entrevistados da pesquisa apresentam uma avaliação geral bastante crítica da justiça”. De zero a dez, a média foi de 4,55 (IPEA, 2010, p. 5).

Segundo Sadek (2014), a não sinalização da redução do número de novas demandas ajuizadas aliada ao quantitativo de ações em tramitação no país indicam um grau de litigiosidade sem precedentes nas democracias ocidentais (Sadek, 2014, p. 59-60). Esse cenário, combinado com o modelo tradicional de solução de conflitos, favorece a multiplicação de demandas e, conseqüentemente, o agigantamento do judiciário. Isso contribui para que a efetividade da tutela jurisdicional seja reduzida, bem como para o não atendimento das demandas no tempo e modo esperados. Não é demais ressaltar que o volume processual não indica, por si só, a universalização do acesso à justiça, uma vez que há grandes litigantes e, por isso, a concentração de processos em algumas pessoas jurídicas. E mais: a democratização do acesso à justiça representa mais do que apenas reduzir o volume de demandas em curso no judiciário e garantir a razoável duração dos processos (celeridade). O pano de fundo em questão é o pleno exercício da cidadania e o aumento do acesso aos direitos pelos cidadãos, por meio da construção de soluções igualitárias, justas e efetivas (Moura, 2020, p. 123).

Nesse sentido, segundo pesquisa da AMB, “O Uso da Justiça e o Litígio no Brasil”, realizada em 2015, o poder público municipal, estadual e federal foi responsável pela maior parte das ações iniciadas no 1º Grau de jurisdição em oito dos 11 Estados pesquisados. Restou apurado que a Fazenda, no polo ativo, representou 71% dos processos ajuizados no TJDFT, enquanto os municípios no TJRS corresponderam a 67%. De igual modo, no TJBA, o setor público (representado por três atores no polo ativo) foi responsável por 50% dos processos distribuídos no período de 2010 a 2013 (AMB, 2015, p. 18). Na mesma linha, o relatório “Supremo em ação”, de 2018, constatou que a União e o INSS foram os dois maiores litigantes tanto no pólo ativo quanto no passivo (Brasil, 2018,

p. 45). Verifica-se, portanto, a concentração de grande volume processual em alguns poucos litigantes, especialmente a Fazenda pública (entidades da administração direta e indireta de direito público), o que demonstra a não pulverização dos processos na sociedade como um todo.

Avritzer, Marona e Gomes (2014), ao analisarem os dados da Justiça comum, em especial as ações de execução fiscal, relacionados ao valor da causa, na comarca de Belo Horizonte, em 2009, constataram que, quando o poder público é o autor do processo, o maior volume de demandas ajuizadas é relacionado à execução de dívida ativa, com valor de até dez mil reais. Esse dado indica que “o baixo valor dessas ações revela a falta de razoabilidade dessa jurisdicionalização da cobrança da dívida ativa, pois muitas vezes o processo custa mais para o

Estado do que o crédito que irá receber ao final da ação” (Avritzer; Marona; Gomes, 2014, p. 187). Na contradição que envolve a “utilização de um recurso dispendioso que é o pro-

cesso jurisdicional para resolução de conflitos de baixo valor econômico, ou seja, mesmo em termos utilitários, o demandismo do Estado não se mostra adequado ao alcance do bem comum”. Portanto, resta constatado que o “baixo valor das ações em que o Estado se envolve pode ser um indicativo da necessidade de se utilizarem mecanismos não jurisdicionais para a resolução dos conflitos” (Avritzer; Marona; Gomes, 2014, p. 186).

Já ao analisarem as hipóteses em que Estado figura como réu, e o autor é uma pessoa física, foi verificado que, na maioria dos casos, os valores permanecem baixos e são relacionados a “reajustes de remuneração, proventos e pensão” e “servidores inativos” (Avritzer; Marona; Gomes, 2014, p. 187). Desse modo, o poder público ocupa uma posição de destaque na multiplicação do quantitativo de processos no judiciário, uma vez que, por intermédio dos sindicatos e associações de classe, diversos servidores que estão na mesma situação jurídica pleiteiam, perante a justiça, os direitos que lhes foram negados na esfera administrativa.

Ao final, os autores concluem que, nos processos em tramitação nas Varas da Fazenda Pública e de Feitos Tributários, “grande parte diz respeito ao indivíduo, o qual estaria buscando a efetividade dos seus direitos, mais especificamente de seu direito a uma vida digna, a uma remuneração ou aposentadoria, como servidor público ativo ou inativo”, ou seja, a possibilidade do “exercício dos demais direitos constitucionais, como o lazer, a educação, a moradia, a alimentação, a saúde etc.” (Avritzer; Marona; Gomes, 2014, p. 187). As demandas elencadas estão relacionadas a preceitos de cidadania, de forma que “a rígida separação e hierarquização entre o público e o privado são substituídas por uma relação menos vertical e menos arbitrária, centrada na supremacia dos direitos fundamentais do indivíduo, os quais devem ser objeto de proteção pelo próprio Estado” (Avritzer; Marona; Gomes, 2014, p. 189).

Diante desse excesso de processos em tramitação e do congestionamento existente, além da ausência de um sinal de inflexão, o modelo tradicional de solução de conflitos demonstra claros sinais de esgotamento, razão pela qual avulta-se a necessidade de construir novas alternativas.

## 2. ACESSO À JUSTIÇA: SISTEMA MULTIPORTAS

Ensina Boaventura Santos (1999) que o acesso à justiça é um direito primordial, garantidor da concretização dos demais direitos e fundamental para a construção de um Estado

Democrático. Nesse sentido, o “tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica” (Boaventura Santos, 1999, p.146). Assim, tal acesso está vinculado à ideia de garantia do acesso equitativo à justiça e ao alcance de resultados justos nas esferas individual e coletiva (Cappelletti e Garth, 1998, p. 3).

Para Cappelletti e Garth (1988), a expressão “acesso à justiça” abrange uma “ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas” embasada “no desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, o que exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade” (Cappelletti; Garth, 1988, p. 3). Nesse sentido, o acesso à justiça não se limita ao Poder Judiciário e à representação em juízo e, portanto, não está circunscrito a uma decisão adjudicada (Marona, 2013, p. 352). Por óbvio, se o cidadão optar pela via estatal para o deslinde de um conflito, deve ser a ele garantido acesso às portas de

entrada e de saída, ou seja, condições de acessibilidade alinhadas à brevidade processual e ao banimento do tempo patológico, o que conduzirá a um ambiente mais favorável para a solução dos conflitos (Sadek, 2014, p. 57).

Para o contexto deste estudo, são especialmente relevantes a garantia de uma assistência judiciária que possibilite a todos o acesso efetivo à justiça, independentemente das características socioeconômicas, e a promoção de soluções diversas do modelo adversarial oferecido pela justiça tradicional. Nessa seara, é importante ressaltar o pioneirismo de Cappelletti e Garth (1988) quanto à identificação de algumas barreiras que impedem o acesso à justiça e, conseqüentemente, o pleno exercício da cidadania, especialmente dos indivíduos em situação de pobreza.

Obviamente, o pioneirismo não se encerrou na identificação dessas barreiras, mas avançou para a solução do problema. Desse modo, os autores elaboraram três propostas concretas para ultrapassar as dificuldades de acesso (três ondas renovatórias): a) primeira onda: assistência judiciária para a população vulnerável (barreira econômica); b) segunda onda: visão social do direito, com a defesa dos direitos coletivos e difusos (barreira organizacional); c) terceira onda: efetividade dos direitos mediante a reforma e a simplificação dos procedimentos, bem como a ampliação da percepção do acesso à justiça com a adoção de soluções extrajudiciais (barreira processual).

Por sua vez, Economides (1999) defende a complexidade do acesso efetivo à justiça, uma vez que o acionamento do judiciário abrange questões que ultrapassam discussões sobre o desconhecimento de direitos e condições socioeconômicas dos jurisdicionados. Segundo o autor, é importante ressaltar a existência de uma quarta onda, qual seja, a barreira de caráter psicológico que abarca “o medo que as pessoas sentem em relação aos advogados e ao sistema judiciário” (Economides, 1999, p. 66). Em linhas gerais, o que o autor propõe é um olhar focado na própria justiça, ou seja, na oferta, e não propriamente no acesso.

Diante da importância dos profissionais jurídicos para promoção do acesso à justiça e para a concretização dos direitos previstos na legislação, a formação acadêmica e a atuação profissional devem refletir o compromisso com a justiça e a responsabilidade social dos operadores do direito (Moura, 2020, p. 108). Nesse cenário, para além das mudanças de cunho normativo, são necessárias alterações de postura, de forma que seja possível contribuir para uma real transição entre uma justiça preponderantemente adversarial e beligerante para uma justiça consensual e pacificadora. Para tanto, é importante ressaltar instrumentos diversos dos tradicionais.

Os métodos chamados alternativos ou adequados de resolução de conflitos compreendem as hipóteses nas quais a decisão não é proferida pelo juiz (modelo da justiça tradicional), mas mediante a utilização de técnicas e métodos que abrangem a conciliação, a negociação, a mediação e a arbitragem para solucionar as demandas. O acrônimo ADR (*Alternative Dispute Resolution*) surgiu nos Estados Unidos e, com o mesmo sentido, foram adotados outros termos, como *Modes Alternatifs de Règlement des Conflits* (MARC), na França, e *Resoluciones Alternativas de Disputas* (RAD), na América Latina. No Brasil, a literatura utiliza ADR (Solução Alternativa de Conflitos) e, em menor incidência, Meios Alternativos de Resolução de Conflitos (MASC), Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias (MESC) e Resolução Adequada de Disputas (RAD).

Convém pontuar que o objetivo dos métodos de ADRs não é eliminar ou se opor ao judiciário, mas complementá-lo, por isso, o uso do termo “alternativo” é criticado por alguns

doutrinadores que defendem, em contraposição, o uso da palavra “adequado”. Considerando que o conflito é inerente à vida em sociedade e, por essa razão, sempre existirá, é relevante pensar em outras formas de lidar com as desavenças, bem como sobre as vias possíveis para solucioná-las. Conflitos envolvem um conjunto de questões e peculiaridades que devem ser avaliadas, para que sejam identificadas a melhor forma de tratamento, as ferramentas apropriadas e a porta de acesso à justiça mais adequada (Menkel-Meadow, 1999, p. 23).

Nesse sentido, Calvo Soler (2014) destacou a importância de se mapear o conflito, ou seja, de realizar um levantamento sistemático de informações do contexto e dos interesses em questão, uma vez que o maior conhecimento representa para o facilitador uma maior possibilidade de avaliar as linhas de soluções. Todavia, o objetivo primordial do mapeamento do conflito é prover maior compreensão do fenômeno em sua complexidade (questões controvertidas, sentimentos, reais interesses, etc.), mas também possibilita uma melhor atuação do facilitador e o direcionamento da questão para o método mais adequado de acesso à justiça. De toda forma, os mecanismos de ADRs estão em consonância com as ondas renovatórias expostas, notadamente a terceira onda de Cappelletti e Garth (1988), por buscarem mais flexibilidade, criatividade e simplicidade para a solução de conflitos.

### 3. SISTEMA MULTIPORTAS NO BRASIL: ASPECTOS CONCEITUAIS E NORMATIVOS

No Brasil, a partir da Constituição da República de 1988 e da Resolução 125, de 29 de outubro de 2010, do CNJ, consagrou-se, em 2015, um microssistema normativo responsável pelo fomento dos métodos adequados de solução de conflitos (com destaque para o Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015, e para a Lei de Mediação – Lei 13.140, de 26 de junho de 2015). Tais normativas repercutem na justiça de modo geral, uma vez que contribuem para a entrega de uma tutela jurisdicional mais célere, independentemente dos valores financeiros e da complexidade das demandas. Contudo, é importante ressaltar a atuação dos Juizados Especiais, criados antes da promulgação das normativas de 2015, bem como dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), criados posteriormente. Ambos são exemplos atrelados à terceira onda identificada por Cappelletti e Garth (1988).

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais – disciplinados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 – são competentes para atuar em demandas cíveis cujo valor não ultrapasse 40 salários mínimos (artigo 3º) e em contravenções e crimes cuja pena máxima prevista na lei não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa (artigo 61). Mais de 14 anos depois, por meio da Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009, foram regulamentados os Juizados Especiais da Fazenda Pública, com competência para atuação nas causas cíveis cujo valor não ultrapasse 60 salários mínimos e que sejam de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios (artigo 2º). De maneira geral, os Juizados Especiais foram constituídos sob a perspectiva da gratuidade em primeiro grau de jurisdição, da informalidade, da oralidade, da não obrigatoriedade de advogado e da utilização de métodos conciliatórios para a solução de conflitos e alicerçados na ampliação do acesso à justiça. É inerente a essas instituições a tentativa de conciliação prévia que, além de promover a redução do tempo processual, gera participação direta das partes envolvidas no deslinde da lide.

A criação desses órgãos está em congruência com a efetivação de uma justiça mais acessível, o que contribui para mitigar a barreira psicológica porventura existente entre o jurisdicionado e o judiciário. Ocorre que os Juizados Especiais têm competência definida por lei e, conforme exposto an-

teriormente, não abarcam qualquer causa suscitada pela parte. Dessa forma, urge a necessidade de se pensar sobre as formas e ferramentas disponíveis para a solução de controvérsias, bem como sobre alternativas que ultrapassem as esferas de atuação dos Juizados Especiais e do próprio Poder Judiciário.

Para tanto, o CNJ desempenhou um papel fundamental de fomento e aperfeiçoamento dos métodos consensuais de solução de conflitos, com destaque para a conciliação e a mediação, por meio da criação de uma política pública, consagrada na Resolução 125, de 29 de outubro de 2010 (e alterações posteriores). Trata-se de uma política pública permanente de tratamento adequado de conflitos de interesses, Política Judiciária Nacional, na qual o CNJ é o responsável pela regulamentação de âmbito geral e nacional, com a definição das diretrizes norteadoras.

A política contemplou múltiplos aspectos, como o desenvolvimento de uma estrutura judiciária, com a criação de órgãos para viabilizar e uniformizar o uso dos métodos consensuais nos diversos tribunais; a fixação de diretrizes para a capacitação (módulos teórico e prático) e treinamento contínuo dos facilitadores, com indicação de conteúdo programático mínimo, carga horária e exigência de estágio para certificação; e o estímulo à consolidação de parcerias com instituições públicas e privadas para a formação dos facilitadores e para a realização de mediação e conciliação.

A Política Judiciária Nacional tem como meta a busca pelo engajamento, tanto dos profissionais do direito quanto dos cidadãos, na promoção de iniciativas consensuais, mediante a transição da cultura do litígio para a cultura da pacificação, por meio da interlocução com diversos atores, como advogados (via OAB); estudantes (com inclusão de disciplinas na grade curricular); procuradores; defensores públicos; membros do Ministério Público e instituições diversas, como as agências reguladoras e os grandes litigantes públicos e privados. Concretamente, a política de conciliação foi iniciada pelo CNJ em 2006 com o “Movimento pela Conciliação” e a promoção das “Semanas Nacionais pela Conciliação”.

Na seara estadual, coube aos tribunais a capacitação e o treinamento dos facilitadores, bem como a criação e a disponibilização da infraestrutura necessária para a implementação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e das unidades de execução da política, que são os CEJUSCs. Ao NUPEMEC, compete o desenvolvimento e a implementação da política no tribunal (planejar, aperfeiçoar e implementar as ações necessárias para tal mister); a instalação dos CEJUSCs e a regulamentação da remuneração dos facilitadores, se for o caso, uma vez que é admitido o trabalho voluntário, entre outros (artigo 7º, Resolução 125/2010, CNJ). Já a criação dos CEJUSCs é inspirada no Tribunal Multiportas (*Multidoor Courthouse*), criado nos Estados Unidos, na década de 70, para oferecer ao cidadão outros métodos de solução de conflitos além do modelo tradicional.

O CEJUSC é uma unidade do Poder Judiciário direcionada para a solução consensual de conflitos, o atendimento e a orientação do cidadão. O atendimento é realizado tanto para demandas processuais (ou incidentais) quanto para as pré-processuais (quando não existe processo judicial em tramitação), de forma que “cada unidade dos centros deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de cidadania” (artigo 10, Resolução 125/2010, CNJ).

A Resolução 125/2010 do CNJ determinou a criação de CEJUSCs pelos tribunais no prazo de quatro meses, para as comarcas de maior movimento forense, e de 12 meses, para as

demais. Ou seja, em 2010, começaria o processo de criação dos Centros. Contudo, a Resolução 125 do CNJ foi alterada em 2020 e passou a remeter ao prazo de entrada em vigor do CPC, 16 de março de 2016 (artigo 165, CPC). Ademais, a primeira publicação do “Justiça em números” do CNJ, que aborda a temática da conciliação, é de 2015. Com isso, a implementação dos Centros foi realizada de forma gradual pelos tribunais.

O CPC, de 2015, incorporou a visão trazida pela Resolução 125/2010 do CNJ e consolidou, na legislação pátria, uma mudança paradigmática mediante a inclusão da solução consensual de conflitos como núcleo central do processo civil. A alteração ideológica do sistema processual pode ser verificada na previsão de que o Estado, e não apenas os particulares, promoverão, sempre que possível, a solução de conflitos pela via autocompositiva (artigo 3º, § 2º, CPC), e até mesmo quando se compara quantas menções expressas foram feitas aos termos conciliação e mediação no CPC de 2015 e no anterior, de 1973. No CPC de 2015, o termo conciliação aparece 37 vezes, enquanto, no anterior, constam originalmente três menções e, após alterações legislativas a partir de 1994, dez vezes; já o termo mediação aparece 38 vezes, todavia, no CPC anterior, não há menção ao termo.

Ademais, as modificações implementadas abrangeram um novo desenho estrutural e procedimental do Poder Judiciário, no qual a lógica da condução do processo pelo juiz foi alterada, pois, antes da solução adjudicada mediante sentença, devem ser oferecidos outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial, a mediação e a conciliação (artigo 308 do CPC). Assim, após a distribuição do processo, o primeiro passo será a designação de audiência de conciliação ou de mediação e, apenas após a realização desta, na hipótese de não ser consolidado um acordo, terá início a contagem de prazo para apresentação de contestação (defesa da parte ré). Isso significa uma pausa na litigiosidade para buscar uma solução consensual, possibilitar uma melhor compreensão do conflito e a produção das peças processuais em sintonia com a realidade (adequação dos pedidos e defesas realizadas pelos advogados).

A conciliação e a mediação perpassam pelo uso de ferramentas específicas para a resolução de conflitos de forma consensual, em que a decisão não é imposta por um terceiro (juiz ou árbitro, como ocorre na heterocomposição), o que diminui as chances de não cumprimento, com redução do tempo investido em relação a uma decisão proferida pelo juiz (processo de execução). Os métodos consensuais prezam pela informalidade, oralidade, flexibilidade, simplicidade e pela disseminação da comunicação como uma importante ferramenta para a solução de controvérsias pelos próprios envolvidos, que assumem o protagonismo da tomada de decisão. Ademais, enquanto o processo judicial está adstrito às questões técnico-jurídicas, os métodos autocompositivos alcançam assuntos periféricos e sistêmicos, de modo a compreender o fenômeno de forma ampla e possibilitar o desenlace de um conflito, não apenas de uma demanda processual específica. Isso repercute no judiciário, tanto na redução do ajuizamento de novas ações quanto na solução das demandas em curso.

À luz do artigo 165 do CPC, a conciliação é preferível nos casos em que não existe vínculo precedente entre os envolvidos, ou seja, quando o contato é pontual, e as questões são objetivas e superficiais. A conciliação também é mais breve, o que significa um menor número de encontros para as tratativas, uma vez que as audiências são focadas na construção do acordo e tratam apenas de questões jurídicas (solução da desavença específica que foi suscitada). Ademais, o conciliador poderá realizar sugestões e propostas voltadas para solucionar a questão.

A mediação, por sua vez, é indicada para as hipóteses multidimensionais e complexas nas quais preexistia vínculo entre os participantes (relações continuadas no tempo ou perenes). O método é focado na melhoria ou no restabelecimento da comunicação, de forma a identificar os reais interesses dos envolvidos por meio do levantamento de elementos subjetivos que interferem na situação objetiva em questão. Por essa razão, são trabalhadas questões sociais e jurídicas para a pacificação do conflito, o que acarreta, em muitos casos, a necessidade de mais de uma sessão (com possibilidade de sessões individuais e conjuntas para o mapeamento das narrativas) e maior flexibilidade no número total de encontros. Nesse processo, o mediador não apresenta soluções, mas auxilia e viabiliza que os envolvidos compreendam o conflito e identifiquem, por si mesmos, as opções possíveis que gerem benefícios mútuos (colaborativa ou ganha-ganha). Por serem autores da decisão, fala-se em protagonismo e em empoderamento dos envolvidos, que não terceirizam o papel de decidir, com observância para o caráter preventivo e pedagógico do método.

Por sua vez, a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) estabeleceu os princípios e os pressupostos da mediação de forma ampla (judicial e, especialmente, extrajudicial) e contém dispositivos que são, de forma geral, congruentes com o CPC. A normatização desse procedimento foi um passo importante para a divulgação do método e contribuiu para a consolidação da política pública de tratamento adequado de conflitos de interesses no cenário nacional. A partir das normativas, paulatinamente, sobrevieram alterações em diplomas legais a fim de permitir expressamente o uso de conciliação e mediação, tanto na esfera privada como pública. Nesse sentido, pode ser citada a inclusão da possibilidade de extinção do contrato de forma consensual (artigo 138) e a resolução de conflitos via conciliação, mediação e arbitragem (artigos 151 e seguintes) na Lei 14.133, de 1º de abril 2021 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Outros exemplos relevantes são: a) acordo de leniência previsto nos artigos 16 e 17 da Lei 12.846, de 1º de agosto 2013 – Lei Anticorrupção; b) permissão para celebrar acordo (transação) nas ações de improbidade administrativa, alteração realizada no artigo 17, § 1º, da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA); c) modificações na normativa de desapropriação e inclusão da possibilidade de “opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização” nas desapropriações por utilidade pública, artigo 10-B, Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho de 1941 – Lei de Desapropriação; d) acréscimo da possibilidade de mediação e conciliação pré-processual e processual nos casos de recuperação judicial, artigo 20-B da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Lei de Recuperação Judicial e Falência.

Em que pese o uso de métodos autocompositivos ser alvo da mencionada política pública e marco central do CPC, ao recomendar expressamente que os órgãos do Poder Judiciário disponibilizem outras formas de soluções de conflitos antes da decisão judicial, o percentual de conciliação ainda é baixo e apresentou queda. Segundo o CNJ, em 2019, o índice de conciliação “aponta para redução pelo terceiro ano consecutivo”. Tal índice é obtido pela relação entre o percentual de sentenças e decisões homologatórias (acordos homologados pelos magistrados) e o total de decisões judiciais terminativas proferidas (Brasil, 2020, p.171). Assim, em 2015, o índice total de acordo foi de 11,1%; em 2016, de 13,6%; em 2017, 13,5%; em 2018, 12,7%; e, em 2019, 12,5% (Brasil, 2020, p.172). Então, repisa-se: mais do que alterações de cunho normativos, é preciso uma mudança cultural dos operadores do direito e da sociedade.

Nesse cenário, é salutar a atuação de outras instituições, notadamente dos entes públicos, para viabilizar a resolução administrativa de conflitos e a consolidação de um ambiente de consen-

sualismo no qual coexistem diferentes frentes de atuação extrajudiciais – mediante parceria com o Judiciário, como ocorre nas câmaras privadas, ou por meio de iniciativas apartadas. No último caso, é possível citar algumas ações importantes do Poder Executivo, como as plataformas Consumidor.Gov e e-SIC – Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão. A plataforma e-SIC é vinculada à Controladoria-Geral da União (CGU) e está disponível para encaminhamento de pedidos de acesso à informação de órgãos e entidades do Executivo Federal. Já a plataforma Consumidor.Gov, criada em junho de 2014, é gerida pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon). O sistema permite que o consumidor registre a sua reclamação apenas contra as empresas que já estão previamente cadastradas. Em abril de 2020, a plataforma contava com um montante de 1.949.525 usuários e 682 empresas de diversos segmentos cadastrados.

Nessa modalidade de negociação via plataforma virtual, a empresa reclamada tem 10 (dez) dias para analisar a demanda e respondê-la, e o consumidor, por sua vez, deve analisar, comentar e classificar a resposta oferecida pela empresa em até 20 (vinte) dias. Se não houver acordo, o consumidor pode indicar se a demanda foi “resolvida” ou “não resolvida”, informar o seu grau de satisfação e, se for a sua vontade, recorrer a outro método para solucionar o conflito (ADR ou Poder Judiciário). Em abril de 2020, o sistema somava 2.658.506 reclamações finalizadas. O maior volume de reclamações está concentrado na região Sudeste, com 49% do total; seguido das regiões Sul, com 20,7%; Nordeste, com 16,4%; Centro-Oeste, com 10,3%, e Norte, com 3,6%. O *link* para o Consumidor.Gov é indicado em diversos portais de tribunais de justiça, além de outras organizações públicas. As agências reguladoras, por exemplo, utilizam plataformas virtuais para efetivar a negociação entre os participantes (o sistema também é utilizado para obtenção de dados importantes para subsidiar o desempenho das atividades de regulação, fiscalização e punição) e a tentativa de acordo (Guerra e Salinas, 2020, p.16).

Sobre o assunto, Guerra e Salinas (2020) constataram que as autarquias utilizam plataformas com características e grau de interação entre as partes distintos. A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) adotou plataforma própria, já a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) promove o redirecionamento das reclamações para o sistema Consumidor.Gov que, por sua vez, agrega um maior grau de interação do que a ferramenta utilizada pela ANS. Tais plataformas são iniciativas importantes que contribuem para o desenvolvimento e concretização dos meios alternativos de solução de conflitos.

No que se refere às parcerias celebradas entre instituições públicas e privadas e o judiciário, outras opções despontam na esfera extrajudicial, as quais se referem a organizações dedicadas à utilização de métodos alternativos para a solução de conflitos, que podem ser desde entes públicos (como instituições de ensino voltadas para a prática jurídica dos estudantes) a instituições empresariais. O ambiente regulatório pátrio permite que o judiciário atue em parceria com essas organizações no desempenho de atividades de mediação e conciliação. Para tanto, as instituições interessadas devem pleitear o cadastramento junto ao NUPEMEC do respectivo do tribunal. Após verificação dos requisitos legais exigidos, as instituições aptas serão credenciadas e qualificadas como câmaras privadas. Assim, elas podem receber e dar andamento a reclamações pré-processuais e processuais encaminhadas pelos CEJUSCs, além da possibilidade de homologação judicial dos acordos celebrados, o que contribui para a ampliação do acesso à justiça e a redução de demandas no judiciário. Contudo, para atuação apenas na esfera pré-processual, o cadastramento não é obrigatório.

Cumprе ressaltar que todos os tribunais de justiça contam com CEJUSCs instalados e, em 2020, o número de órgãos variava de 3 (três) a 231 (duzentos e trinta e um) por tribunal. De acordo com os dados divulgados nos relatórios “Justiça em números”, do CNJ<sup>1</sup>, houve um aumento expressivo do quantitativo de CEJUSCs instalados nos últimos anos, uma vez que: a) em 2014, existiam 362 CEJUSCs instalados; b) em 2015, 654; c) em 2016, 808; d) em 2017, 982; e) em 2018, 1.088; f) em 2019, 1.284. Nesse sentido, de 2014 para 2015, houve uma ampliação de 80,66% do montante de CEJUSCs. De 2014 para 2016, o número de órgãos mais que dobrou. Em 2019, o quantitativo apurado representa um incremento superior a 3,5 vezes ao total existente em 2014.

Em pesquisa<sup>2</sup> realizada no ano de 2021, constatou-se que a maioria dos tribunais tem câmaras privadas cadastradas. Nesse cenário, tem-se que: a) 17 (dezessete) órgãos, o que representa 63% do total, contam com câmaras privadas cadastradas; b) 10 órgãos, 37% do total, não têm câmaras privadas cadastradas e habilitadas para atuar junto aos respectivos CEJUSCs. Com relação à composição dos dez tribunais que não têm câmaras privadas cadastradas, 70% são classificados como de pequeno porte; 20%, de médio porte; e 10%, de grande porte. Já no que se refere à classificação dos tribunais de acordo com o porte, 80% dos pertencentes aos grupos de grande e de médio portes contam com câmaras privadas cadastradas, enquanto somente 41,66% dos de pequeno porte vivenciam a mesma realidade.

Na avaliação quanto à localidade, verificou-se que nenhum dos sete tribunais localizados na região Norte tem câmaras privadas cadastradas. Por outro lado, todos os quatro tribunais da região Centro-Oeste contam com esse acesso. Nos tribunais das regiões Nordeste, Sudeste e Sul, há câmaras privadas cadastradas em quase todos os Tribunais, apenas um órgão de cada região não tem instituições habilitadas. Sobre os 17 (dezessete) respondentes que informaram contar com câmaras privadas cadastradas, o maior número de instituições habilitadas encontrado foi de 53 (cinquenta e três), no TJSP, e o menor de foi de 1 (uma), em quatro tribunais. No total, há 159 (cento e cinquenta e nove) câmaras privadas cadastradas no país.

Observa-se que, na maioria dos tribunais em que existem câmaras cadastradas, o quantitativo é reduzido. Nesse sentido, 70,58% (doze tribunais) têm de uma a quatro instituições habilitadas. Dos cinco tribunais restantes, que contam com o maior número de câmaras privadas cadastradas, três deles são de grande porte (TJSP, TJMG e TJRJ), e dois de médio porte (TJPE e TJMT). O montante apurado foi especificamente de: a) TJSP – 53 câmaras privadas cadastradas, representando 33,33% do total; b) TJPE – 33 câmaras privadas cadastradas, 20,75 do total; c) TJMG – 18 câmaras privadas cadastradas, 11,32% do total; d) TJRJ – 17 câmaras privadas cadastradas, 10,69% do total; e) TJMT – 9 câmaras privadas cadastradas, 5,66% do total. Quanto à distribuição das câmaras privadas por região do país, tem-se que: a) 88 estão na região Sudeste, o que equivale a 55,35% do somatório; b) 49 estão na região Nordeste<sup>3</sup>, equivalente a 30,82% do somatório; c) 17 estão na região Centro-Oeste, equivalente a 10,69% do somatório; d) cinco estão na região Sul, equivalente a 3,14% do somatório.

1 - Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 08 mar. 2021.

2 - Foi realizada uma busca nos sítios eletrônicos dos tribunais de justiça estaduais, bem como o encaminhamento de um questionário para o levantamento de dados. Os tribunais de justiça foram escolhidos em razão da abrangência e da distribuição no território brasileiro (atuação de forma desconcentrada e pulverizada nas comarcas).

3 - Ressalte-se a significativa participação do TJPE no montante apurado.

Dos cinco tribunais com maior quantitativo de CEJUSCs, o TJSP é o que conta com o maior número de órgãos instalados (231) e o maior número de câmaras (53), ou seja, 5,66 vezes o valor da média de câmaras privadas cadastradas, que é de 9,35 instituições. O TJMG é o segundo tribunal em quantidade de Centros (184) e o terceiro em câmaras (18) habilitadas. O TJBA e o TJPR, ambos com 141 CEJUSCs instalados, e o TJGO, com 82 CEJUSCs, têm, respectivamente, 1 (uma), 0 (zero) e 2 (duas) câmaras cadastradas. Nesse cenário, em linhas gerais, nos tribunais de São Paulo e de Minas Gerais, o expressivo montante de CEJUSCs instalados é acompanhado por quantitativos maiores de câmaras privadas cadastradas. Entretanto, nos tribunais da Bahia, do Paraná e de Goiás não há tal alinhamento, uma vez que restou constatado um desnível entre o montante de Centros e o de câmaras.

Por sua vez, o TJPE é classificado como de médio porte, é o 2º (segundo) órgão com o maior número de câmaras privadas cadastradas no cenário nacional, mas o 13º (décimo terceiro) em termos de CEJUSCs. Assim, são 28 CEJUSCs instalados e 33 câmaras privadas cadastradas, ou seja, há um maior quantitativo de câmaras do que de Centros. É importante ressaltar uma peculiaridade observada nesse caso. Em consulta no portal institucional do TJPE<sup>4</sup>, é possível verificar que as câmaras privadas em questão são, em sua maioria, instituições de ensino – um total de 26 universidades e faculdades, representando 78,78% do total de câmaras cadastradas. As demais são unidades da Defensoria Pública, da Prefeitura e do Centro Comunitário da Paz - Compaz, que integra a Secretaria de Segurança Urbana da Prefeitura do Recife. Diferente do que ocorre em outros Tribunais, no TJPE, estão cadastradas como câmaras privadas, exclusivamente, órgãos da administração pública e instituições de ensino públicas e privadas.

No que se refere à relação estabelecida entre os CEJUSCs e as câmaras privadas cadastradas, é possível que estas encaminhem acordos para homologação àqueles e que recebam dos CEJUSCs demandas para resolução via métodos autocompositivos. Especificamente sobre o endereçamento das demandas entre as organizações, tem-se que: a) 42,3%, ou seja, 11 (onze) respondentes informaram que os CEJUSCs não encaminham nem recebem demandas das câmaras privadas para homologação. É importante ressaltar que dez órgãos noticiaram a inexistência de câmaras privadas cadastradas, conforme mencionado anteriormente. Tal fato, aliado ao tenro cadastramento de câmaras privadas junto a alguns NUPEMECs, contribui para entender questões pertinentes ao resultado obtido; b) 26,9%, ou seja, 7 (sete) respondentes noticiaram que os CEJUSCs não encaminham, mas recebem acordos das câmaras privadas para homologação esporadicamente; c) 23,1%, ou seja, 6 (seis) respondentes disseram receber acordos para homologação com frequência; d) por fim, 7,7%, ou seja, 2 (dois) respondentes informaram que os CEJUSCs encaminham demandas para câmaras privadas esporadicamente. Assim, os únicos Centros que encaminham demandas para as câmaras privadas são dos tribunais do Mato Grosso do Sul e do Pernambuco, órgãos de pequeno e médio porte, respectivamente.

No tocante aos demais CEJUSCs com maior número de câmaras privadas cadastradas – na sequência TJSP (53), TJMG (18) e TJRJ (17) –, todos recebem acordos para homologação, mas não encaminham demandas para as câmaras privadas. Desses tribunais, o recebimento de demandas é frequente nos CEJUSCs dos tribunais de São Paulo e Minas Gerais, bem como nos órgãos dos tribunais de Goiás, Mato Grosso, Piauí e Sergipe. Observa-se, ainda, que, em 55,56% dos casos, ou seja, 15 (quinze) órgãos recebem demandas oriundas das câmaras privadas para homologação, independente da frequência. São 3 (três) tribunais de grande porte, 7 (sete) de médio porte e 5 (cinco) de pequeno porte. Esses estão distribuídos no território brasileiro de forma a

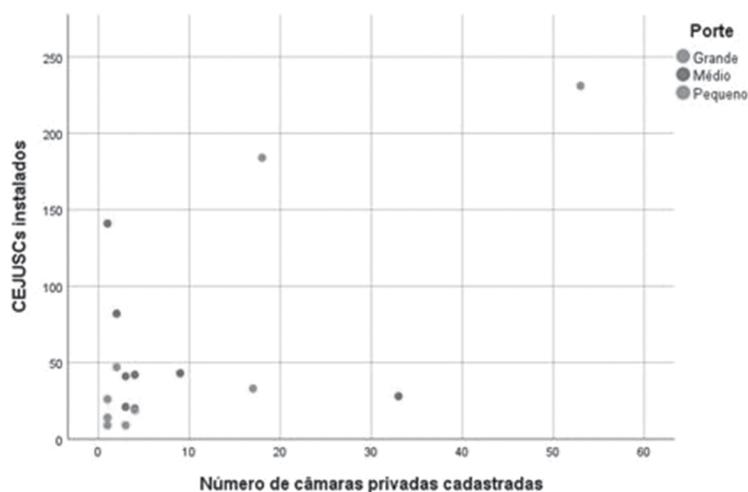
4 - Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/web/resolucao-de-conflitos/cejuscs-camaras/camaras>. Acesso em: 08 março 2021.

abranger todos os tribunais integrantes da região Centro-Oeste e nenhum da região Sul. Eles abarcam, ainda, a maior parte dos tribunais localizados na região Sudeste, com uma exceção, 6 (seis) estão na região Nordeste e 2 (dois), na região Norte. Desse modo, é significativamente mais frequente que as câmaras privadas encaminhem demandas para homologação nos CEJUSCs, para que os juízes homologuem os acordos celebrados, do que recebam demandas de tais órgãos.

Em suma, constata-se que o número de CEJUSCs existentes nos tribunais de justiça varia em torno da média de 48,56 órgãos, sendo que metade dos tribunais tem quantitativo inferior a 26 Centros. Por sua vez, o valor mais frequente é de 9 (nove) CEJUSCs. O desvio padrão de 57,81 é uma dispersão relevante e indica a considerável probabilidade de tribunais terem montante de Centros muito distantes da média geral. Tal fato foi verificado, notadamente, nos TJSP, TJMG, TJPR e TJBA. Por sua vez, o número de câmaras privadas cadastradas varia em torno da média de 5,89 organizações, sendo que metade dos tribunais tem quantidade inferior a uma câmara privada. Nesse aspecto, deve ser pontuado que 10 (dez) tribunais não contam com câmaras credenciadas. Verifica-se, portanto, que os tribunais são mais heterogêneos com relação ao número de CEJUSCs instalados do que com relação ao número de câmaras privadas cadastradas, tendo em vista o maior desvio padrão apresentado.

Verificou-se a inexistência de correlação entre as variáveis, segundo o indicador de Spearman ( $\text{sig} > 0,05$ ). De toda forma, o referido indicador estimou correlação positiva, com coeficiente de 0,339, entre o número de Centros e o quantitativo de câmaras, sendo esse valor considerado fraco. Ademais, é possível visualizar, no Gráfico 1<sup>5</sup>, que há uma dispersão entre os pontos, reforçando o indício de inexistência de correlação entre as variáveis. Ou seja, o quantitativo de CEJUSCs instalados parece não influenciar o montante de câmaras privadas credenciadas.

**Gráfico 1:** Relação entre o número de CEJUSCs instalados e o número de câmaras privadas cadastradas, com identificação dos portes dos Tribunais de Justiça – Brasil – 2021.



Fonte: Elaboração própria.

5 - O gráfico de dispersão, segundo o critério de Corrar et al. (2011), sugere que o TJSP representa um possível *outlier*, com quantitativos maiores de CEJUSCs instalados e de câmaras privadas cadastradas em relação aos demais tribunais, considerando o escore de 3,16 para CEJUSCs e de 3,93 para câmaras. Corrar et al. (2011) sugerem a aplicação de uma regra de bolso para a identificação de *outliers*, qual seja  $-2,5 \geq z_i \geq +2,5$ , para  $n \leq 80$ .<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/17818-tjrn-firma-convenio-com-ogoverno-do-rn-para-criacao-do-cejusc-divida-ativa>. Acesso em: 27 maio 2021.

Assim, embora já existam diversas câmaras privadas em atuação, inclusive vinculadas ao poder público, há espaço para a ampliação de tais iniciativas. Sobre as parcerias com entes públicos, além do caso do TJPE, pode ser citada, por exemplo, a existência, na justiça potiguar, do CEJUSC Fiscal Municipal e do Fiscal Estadual – CEJUSC Dívida Ativa<sup>6</sup>, criados em 2020 e instalados na Secretaria Municipal de Tributação e Secretaria de Tributação.

No mesmo contexto, no TJDFT, foi noticiada, ainda, a possibilidade de os Centros irem ao encontro do cidadão para a solução consensual de conflitos, o que indica a ação conjunta de diferentes atores. Trata-se do “Centro temático de acidentes de trânsito”, que presta atendimento no local do acidente mediante deslocamento de uma equipe, composta por conciliador ou mediador, um agente de segurança do TJDFT ou policial militar e um motorista da van (artigo 18, Portaria Conjunta nº 79, de 17 de julho de 2018).

Outro exemplo de atuação conjunta do judiciário e de entes públicos é o que ocorre no TJMG. O órgão tem, além das câmaras privadas cadastradas, uma rede de parceiros que prestam suporte (postos de cidadania) ou realizam diretamente a mediação e a conciliação de conflitos (postos de atendimento). As parcerias envolvem entes públicos, instituições de ensino, entidades públicas e privadas e associações comerciais. As iniciativas existentes no Estado são:

Postos de cidadania: são implantados, normalmente, em municípios que constituem determinada comarca, mas que não contam com a presença dos CEJUSCs. Assim, o primeiro atendimento, com orientações e agendamento da conciliação ou da mediação, é realizado pela prefeitura local, ou seja, pelo posto. Desta feita, o cidadão terá de se deslocar até o Centro apenas na data da sessão designada. No portal institucional, constam 11 (onze) postos, distribuídos em dez municípios e 1 (um) na Associação de Proteção ao Condenado (APAC/Caratinga).

Postos de atendimento pré-processual (Papres): são instalados nos municípios, em pessoas jurídicas e em instituições de ensino conveniadas com o tribunal que atuam em parceria com os CEJUSCs. Esses postos realizam a conciliação nos casos em que não há processo em tramitação (pré-processual). No total, são 116 postos, constituídos por 72 instituições de ensino, 29 municípios, e os demais, em menores percentuais, por câmaras municipais, Procons, entre outros. Nesses espaços, no período de agosto a dezembro de 2018, foram celebrados 1.120 acordos, 652 deles em Belo Horizonte. Já, em 2019, houve 9.124 agendamentos, 5.984 sessões realizadas (65,59%), e 5.006 acordos celebrados (83,66%). Desse total, 2.251 foram designados na capital, que contabilizou igual número de acordos, ou seja, 100% dos agendamentos.

A título de contextualização, é possível citar, ainda, o acordo de cooperação firmado entre o TJDFT e a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF), cujo objetivo é prevenir litígios e incentivar a desjudicialização de conflitos por meio da elaboração de súmulas administrativas e orientações normativas para os defensores. Nesse sentido, consta no acordo a recomendação do “não ajuizamento de ações ou a não interposição de recursos nos casos em que se identificar temas recorrentes da Defensoria com baixo índice de êxito, assegurada a independência funcional dos defensores” (TJDFT, 2021, p.9)<sup>6</sup>.

6 - Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/gestao-estrategica/planejamento-estrategico/relatorios/gestao2020-relatorio-atividades.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2021.

Essas parcerias diversas, acordos, ações e programas institucionalizados aproximam o cidadão do judiciário, ao apresentar um ambiente mais informal e dinâmico para a escuta das necessidades das suas necessidades, e constituem importantes ferramentas que, além de atuar em diversas frentes e envolver diferentes atores, buscam estreitar o diálogo entre pessoas físicas, entre cidadão e pessoa jurídica e entre esta e o judiciário. Nesse sentido, tais iniciativas promovem o diálogo entre partes e entre instituições. Desse modo, é possível constatar que alguns passos foram dados. Contudo, há uma miríade de possibilidades e de espaços a serem ainda explorados.

#### 4. DIREITO ADMINISTRATIVO CONCERTADO: CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De acordo com o cenário de consensualismo exposto na seção anterior, os entes públicos podem desempenhar um papel fundamental na consolidação dos métodos adequados de solução de conflitos, inclusive, em razão do expressivo ativo processual no qual figuram como parte.

Especificamente sobre o Estado, é importante ressaltar o momento de flexibilização que envolve o direito público do século XXI. Em um primeiro momento, a concepção do Estado de Direito estava relacionada com a observância do princípio da legalidade, conforme consagrado no *caput* do artigo 37, da CRFB/88. Com a constitucionalização do direito administrativo, pretendeu-se uma atuação eficiente do poder público e, ao mesmo tempo, comprometida com o sistema democrático, sobretudo com vistas a proteger e a promover os direitos fundamentais dos indivíduos.

Já em um segundo momento, a administração pública se viu diante de um novo contexto, no qual urgia a superação de concepções meramente burocráticas, da legalidade da letra da lei, para a adoção de um modelo menos rígido, haja vista o direito provisório implementado em razão da pandemia da covid-19 (*Corona Virus Disease* ou Doença do Coronavírus de 2019). Percebe-se, portanto, a superação das amarras rígidas do princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito rumo à adoção do princípio da legitimidade e da juridicidade. Esses se alinham ao princípio da legalidade no seu sentido axiológico (sentido de valor), prezando pela conjugação das leis com o ordenamento jurídico como um todo.

Tal cenário favorece a ampliação do canal de comunicação entre a administração e os administrados, a efetividade da atuação pública e o alcance dos resultados (finalidade pública). No mundo contemporâneo, são muitos os empecilhos e desafios fomentados por um contexto social marcado pelo aprofundamento da diversidade, do dinamismo e da complexidade nas relações. Nessa seara, agiganta-se um clamor por ampliar a transparência e a eficiência dos serviços prestados e das relações estabelecidas pelo poder público. Em consonância, observa-se a maior participação dos cidadãos, seja na avaliação dos serviços prestados pelo poder público, na tomada de decisão ou no processo legislativo que, em síntese, estreitam o diálogo entre a sociedade e o Estado, o que coaduna com o uso de ferramentas consensuais para atuação do Estado e para solução de conflitos.

Há também um olhar diferente para o direito público e para as pedras de toque do direito administrativo<sup>7</sup>, pois nem sempre o interesse público é necessariamente um direito indisponível e,

7 - Expressão cunhada pelo autor Celso Antônio Bandeira de Melo, a qual se refere aos princípios básicos que fundamentam o regime jurídico administrativo (supremacia e indisponibilidade do interesse público).

mesmo quando o for, ainda assim é possível a transação, conforme artigo 3º, § 2º, da Lei da Mediação. Nesse sentido, a Advocacia Geral da União (AGU) conta, por exemplo, com a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), voltada para a solução consensual de conflitos.

Nesse ambiente de consensualismo, abre-se espaço para o direito administrativo concertado, ou seja, baseado no consensualismo e na celebração de acordos. A concertação, “nesse sentido de busca de consensos sobre questões econômicas e sociais, é tributária do princípio democrático, na medida em que, não desconhecendo os conflitos inerentes a uma sociedade plural, substitui decisões unilaterais de gabinete por processos de discussão e persuasão”, o que significa dizer a “substituição de uma atuação impositiva por uma atuação negocial e consensual [...], sob o pálio da transparência, da igualdade, da imparcialidade e das demais imposições da juridicidade” (Neto, 2017, p.193).

Assim, a administração concertada direciona a atuação do poder público para a adoção dos procedimentos conciliatórios a fim de se alcançar efetividade, eficácia e eficiência nas relações estatais. A perspectiva da “concertação” pode ser aplicada, portanto, entre órgãos, entre entidades e entre Estado e administrados. Em consonância, cite-se a previsão do controle interno realizado de forma integrada pelos Poderes com o objetivo de “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial”, bem como “da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado” (artigo 74, II, da CRFB/88).

Cabe ressaltar também o artigo 71, IX, da CRFB/88, que prevê que compete ao Tribunal de Contas da União (TCU) a fixação de prazo para que o órgão ou entidade adote as providências para suprir irregularidades visualizadas e, dessa forma, tome as medidas necessárias para o cumprimento integral da lei. O dispositivo consagra, portanto, a possibilidade de o próprio jurisdicionado solucionar a questão, evitando a judicialização de uma nova demanda. É possível, ainda, o termo de ajustamento de conduta ou de ajustamento de gestão, que são acordos firmados com o objetivo de substituir os procedimentos punitivos.

Foi o que ocorreu quando o TCU se posicionou com relação às instalações olímpicas e à necessidade de identificação de um plano de legado definitivo mediante acordo entre as entidades envolvidas, formalizado no TC 015.072/2017-7, lavrado pelo relator Ministro Augusto Nardes. Restou consignado no citado relatório que “a proposta de metodologia consistiu em métodos consensuais de solução de questões (mediação e conciliação), mitigando a decisão unilateral dos órgãos de controle, refletindo uma preocupação no sentido de melhor solucionar o problema”, ou seja, na busca de “soluções ajustadas e calibradas pelos próprios responsáveis por sua implementação”. Em conclusão, em vez da atuação sancionatória, o TCU sugeriu um termo de aditamento de gestão de forma que a sociedade pudesse usufruir de um retorno positivo e útil com relação às arenas construídas.

Ademais, a LINDB, alterada pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, prevê que as decisões das áreas administrativa, controladoria e judicial devem ser tomadas pelo gestor público de acordo com o caso concreto, ou seja, o julgamento não deve ser baseado em “valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, conforme leciona o artigo 20 da normativa. Tal previsão, por sua vez, casa com a busca de ampliação do diálogo e da comunicação voltada para apurar os dois lados da questão controvertida, em contraposição à atuação meramente punitiva (administração pública impositiva).

Diversas normativas estão no esteio da administração concertada, cujo foco é a comunicação e o alinhamento de condutas para solucionar questões, em contraposição às medidas punitivas. A título de contextualização, é possível citar alguns exemplos nesse sentido, como: a) o termo de compromisso previsto no artigo 11, § 5º, da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976 – Comissão de Valores Mobiliários; b) o Termo de Ajustamento de Condutas (TAC) previsto no artigo 5º, § 6º, da Lei 7.347, de 24 de julho 1985 – Lei da Ação Civil Pública; c) o termo do compromisso de cessação de prática sob investigação ou de seus efeitos lesivos e programa de leniência (acordo administrativo celebrado entre Estado e infratores), previsto nos artigos 85 a 87 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Especificamente sobre os serviços públicos, existem normativas que, além de prever a ampliação do papel do cidadão, estipulam outras formas de atuação do poder público diante de irregularidades. Nesse sentido, a Lei 13.460, de 26 de junho de 2017, disciplina a participação e a defesa dos direitos dos usuários de serviços públicos, especialmente no que concerne ao acompanhamento concomitante à prestação e à avaliação quanto à adequação do serviço público, conforme artigos 6º, I; artigo 18, II e V; artigo 23, I.

Já com relação às concessionárias, há diversos mecanismos previstos em normativas, como: a) a indicação no contrato de concessão de telefonia do foro e do modo para solução extrajudicial das divergências contratuais, conforme artigo 93, XV, da Lei 9.472, de julho de 1997; b) as regras sobre a solução de controvérsias, relacionadas ao contrato de concessão de petróleo e energia elétrica e sua execução, inclusive com previsão de conciliação e arbitragem internacional, nos termos do artigo 43, X, da Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997; c) a suspensão do processo administrativo e celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta nos contratos de concessão de saúde, conforme artigo 29 da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998.

Paralelamente às normativas, existem decisões judiciais em consonância com essa nova perspectiva do direito público conciliador, que permitem visualizar concretamente as vantagens advindas de uma administração pública concertada. Nesse sentido, a ministra Ellen Gracie, no Recurso Extraordinário nº 253.855-0, consignou a validade da transação celebrada entre o município de Santa Rita do Sapucaí e as servidoras públicas municipais. Na ocasião, a municipalidade pleiteava o desfazimento do acordo sob a alegação de não haver previsão legal autorizativa da celebração da transação, o que, portanto, contrariava o princípio da legalidade. Contudo, na justiça, houve a manutenção da transação e, para tanto, foi considerada a necessidade de atenuação do princípio da legalidade, tendo em vista que o acordo preservou o interesse público de forma mais rápida, efetiva e menos onerosa para o município (inexistência de ônus de sucumbência). Ademais, restou consignado que o acordo transacionado, após quase três anos do ajuizamento da ação, “nada mais fez do que antecipar a justiça [...], apenas tentou minimizar os desastrosos efeitos ocasionados às autoras”. Além de menos oneroso para o poder público, o acordo possibilitou uma resolução mais célere do conflito.

Dessa forma, o cenário normativo e institucional da administração pública apresenta sinais de inflexão, com a adoção de medidas autocompositivas para o deslinde de conflitos, nos termos vislumbrados pela terceira onda de Cappelletti e Garth (1988).

## 5. CONCLUSÃO

O uso de métodos autocompositivos para a solução de conflitos está em consonância com o exercício da cidadania ao possibilitar a participação do indivíduo no deslinde da questão suscitada e consolidar, em concreto, os direitos proclamados no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o pressuposto das ondas renovatórias, delineadas por Cappelletti e Garth (1988), é o de garantir uma justiça realmente acessível a todos, com resultados efetivos e justos tanto na esfera individual quanto na social. A democratização de tal acesso, seja via Poder Judiciário ou ADR, perpassa por exercitá-lo de forma qualificada e igualitária.

O uso de ADR na solução autocompositiva é relacionado à maior acessibilidade e celeridade, redução de gastos em relação ao sistema tradicional de solução de conflitos, promoção do diálogo entre as partes e empoderamento dos participantes, que gozam de autonomia na solução do conflito. É importante, contudo, que a incorporação de métodos de ADR venha acompanhada de políticas públicas robustas, de forma a potencializar os pontos favoráveis da adoção das medidas e, ao mesmo tempo, refletir sobre os sinais de alerta, mediante participação conjunta de diversos atores, como agentes públicos, profissionais jurídicos e cidadãos. Caso contrário, será apenas um conjunto de normativas sem efetividade.

Constatou-se que o fenômeno observado é heterogêneo na justiça estadual, pois, apesar de existirem Centros em todos os tribunais de justiça, a região Sudeste conta com o dobro do número total de CEJUSCs instalados na região Sul, aproximadamente o triplo da região Centro-Oeste e quase o quádruplo da região Norte. As câmaras privadas, por sua vez, podem ser desde órgãos públicos, instituições de ensino a organizações privadas, de acordo com o tribunal em questão. A distribuição das câmaras no território brasileiro também não é homogênea, uma vez que 63% dos tribunais de justiça contam com câmaras cadastradas, mas a maioria delas estão localizadas nos estados da região Sudeste (TJSP, TJMG e TJRJ), bem como são cadastradas para atuação exclusivamente em um tribunal.

Trata-se de mudanças gradativas e, para tanto, o papel desempenhado pelos profissionais do direito pode contribuir tanto para reduzir as barreiras psicológicas (Economides, 1999) quanto para fomento dos métodos adequados de solução de conflitos. No mesmo sentido, constatou-se a importância do engajamento das instituições públicas, notadamente dos grandes litigantes, para a consolidação do uso de ADR.

Desse modo, os entes públicos podem atuar de forma decisiva para a implementação de práticas autocompositivas, tanto no que se refere à resolução administrativa de demandas quanto mediante parcerias com o judiciário. Tais pressupostos ganham força à luz do direito administrativo concertado, baseado no consensualismo e na celebração de acordos, em que há uma atuação do poder público voltada para a participação, para a negociação e para o consensualismo, ou seja, na adoção de procedimentos conciliatórios a fim de se alcançar efetividade, eficácia e eficiência nas relações estatais. Não se trata da eliminação do poder judiciário, mas da atuação cooperativa rumo à consolidação de um novo caminho para a solução de conflitos.

## REFERÊNCIAS

- AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian. **Cartografia da Justiça no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Saraiva, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. **Resolução 125 do CNJ**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.
- BRASIL. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: Brasília, 2015. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 set. 2019.
- BRASIL. **Lei 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 20 set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 253.855-0**. Relatora: Min. Ellen Gracie, 04 jun. 2002
- BRASIL. **Supremo em ação 2018**. Brasília: CNJ, 2017.
- BRASIL. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2020.
- CALVO SOLER, Raúl. **Mapeo de conflictos**: técnica para la exploración de los conflictos. Barcelona: Editorial Gedisa, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CORRAR, Luiz J.; PAULO, Edilson; DIAS FILHO, José Maria (Coords). **Análise multivariada**: para cursos de administração, ciências contábeis e economia. São Paulo: Atlas, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.
- ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce et.al. (org.). **Cidadania, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76.
- GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Resolução eletrônica de conflitos em agências reguladoras. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 1949, 2020.



INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS. **Sistema de Indicadores de Percepção Social** (SIPS). Brasília: Ipea, 2010. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/>>. Acesso em: 20 set. 2019.

MARONA, M. “Defensorias Públicas”. In: AVRITZER et alii (Orgs). **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013.

MEDEIROS. P. H. R.; GUIMARÃES, T. de A. O estágio do governo eletrônico no Brasil em relação ao contexto mundial. **Revista do Serviço Público**, ano 55, Brasília, 2004.

MENKEL-MEADOW, Carrie J. When Dispute Resolution Begets Disputes of its Own: Conflicts Among Dispute Professionals. **UCLA Law Review**, 1997.

MOURA, Gisele. O acesso à justiça e a celeridade processual: o alcance de uma justiça efetiva, justa e igualitária. In: PEREZ, Áurea (Org). **5 anos do Código de Processo Civil 2015**. Belo Horizonte: TJMG, 2020.

NETO, Eurico Bitencourt. **Concertação Administrativa Interorgânica: Direito Administrativo e Organização do Século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**, Campinas, v. 10, n. 1, p. 01-62, maio 2004.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, n. 101, p. 55-66. São Paulo, 2014.

SADEK, Maria Tereza (Coord.). **O uso da justiça e o litígio no Brasil**. Associação dos Magistrados do Brasil, 2015. Disponível em:<[https:// cpj.amb.com.br](https://cpj.amb.com.br) > Acesso em: 20 set. 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. Porto: Edições Afrontamento, 1999.



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



Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais

 [anafe.org.br](http://anafe.org.br)  
 (61) 3326-1729

 [anafe.org.br](http://anafe.org.br)  
 @ANAFENACIONAL  
 @anafenacional

 SHIS QL 24, Conjunto 3,  
Casa 1, Lago Sul - Brasília/DF