

MESAS PARALELAS

FÓRUM 2024

AVANÇOS E RECUOS DA GLOBALIZAÇÃO E AS NOVAS FRONTEIRAS:

TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS, POLÍTICAS,
ECONÔMICAS, SOCIOAMBIENTAIS E DIGITAIS

ORGANIZADORES

GILMAR FERREIRA MENDES
CARLOS BLANCO DE MORAIS
LUIS FELIPE SALOMÃO

TRANSCRIÇÕES DO
XII FÓRUM DE LISBOA
REALIZADO EM JUNHO 2024



Lisbon
Public Law
Research Centre



INSTITUTO DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS E POLÍTICAS



Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia



FIBE
FÓRUM DE INTEGRAÇÃO
BRASIL-EUROPA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Fórum de Lisboa (12. : 2024 : Rio de Janeiro, RJ)
XII Fórum de Lisboa [livro eletrônico] :
avanços e recuos da globalização e as novas
fronteiras : transformações jurídicas, políticas,
econômicas, socioambientais e digitais : mesas
paralelas / organizadores Gilmar Ferreira Mendes,
Carlos Blanco de Moraes, Luís Felipe Salomão. --
1. ed. -- Rio de Janeiro : Fundação Getúlio
Vargas, 2025.
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-83308-68-9

1. Direito - Brasil - Miscelânea 2. Economia
3. Gerenciamento socioambiental 4. Globalização
5. Política I. Mendes, Gilmar Ferreira. II. Moraes,
Carlos Blanco de. III. Salomão, Luís Felipe.
IV. Título.

25-262389

CDD-337.1

Índices para catálogo sistemático:

1. Globalização e integração : Economia 337.1

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

XII FÓRUM DE LISBOA



COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Gilmar Ferreira Mendes

COORDENAÇÃO ACADÊMICA

Francisco Schertel Ferreira Mendes

Laura Schertel Ferreira Mendes

João Paulo Bachur

Raphael Carvalho da Silva

Victor Fernandes

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Lincoln Philipe Martins



COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Carlos Blanco de Morais

COORDENAÇÃO ACADÊMICA

Vladyslava Kaplina

Gonçalo Carrilho

Vitalino Canas

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Ana Vieira Silva



COORDENAÇÃO ACADÊMICA

Luis Felipe Salomão

Elton Leme

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Marina Bichara

COORDENAÇÃO DE DESIGN / PROJETO GRÁFICO

Marcela Lima

REVISÃO

Ligia Lopes

Elisabeth Lisovsky

DIAGRAMAÇÃO

7 Artes

O conteúdo desta publicação é de responsabilidade dos autores e não reflete, necessariamente, a opinião da FGV. A divulgação desta edição é gratuita, estando disponível para download no site: <https://forumjuridicodelisboa.com/>.

SUMÁRIO

MESA I

01

AGENDA VERDE E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO _____ 26

MODERADORA

SILVIA FINGUERUT _____ 28

ALEXANDRE SILVEIRA DE OLIVEIRA _____ 30

PATRÍCIA FREITAS _____ 40

RODRIGO LIMP _____ 44

ISADORA COHEN _____ 48

MESA II

02

REGULAÇÃO FINANCEIRA E MERCADO DE CARBONO _____ 52

MODERADORA

CRISTIANE DE OLIVEIRA COELHO GALVÃO _____ 54

JOÃO PEDRO NASCIMENTO _____ 56

LEONARDO BARBOSA _____ 62

JOAQUIM LEVY _____ 66

MAURO RIBEIRO NETO _____ 72

ARTHUR PINHEIRO MACHADO _____ 76

MESA III

03

TRANSIÇÃO ENERGÉTICA: DESAFIOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS _____ 80

MODERADOR

FERNANDO MOSNA	82
CLAUDIO OLIVEIRA	84
SOLANGE RIBEIRO	88
ALIEL MACHADO	94
GESNER DE OLIVEIRA	100

MESA IV

04

SUSTENTABILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA _____ 106

MODERADOR

EDILSON DE SOUSA SILVA	108
KETLIN FEITOSA DE A. LIMA SCARTEZINI	110
NATÁLIA RESENDE	116
FERNANDA RODRIGUES DE MORAIS	122
AGUINALDO BALLON	126
JOSÉ EDUARDO GUIMARÃES BARROS	130

SUMÁRIO

MESA V

05

ESG E SUSTENTABILIDADE CORPORATIVA 134

MODERADORA	MARIA PAULA FIDALGO	136
	ANIELLE FRANCO	138
	LUIZA TRAJANO	142
	ALEXANDRE BALDY	146
	NICOLE GOULART	150
	CARLOS PORTUGAL	154
	LUCINÉIA POSSAR	160
	DANIEL WEISS	164

MESA VI

06

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E SEPARAÇÃO DOS PODERES 168

MODERADORA	LUIZ RODRIGUES WAMBIER	170
	WELLINGTON CÉSAR LIMA E SILVA	172
	DOMINGOS NETO	178
	AMINI HADDAD CAMPOS	182
	JOSÉ EDUARDO ALCKMIN	186
	PAULO ROQUE KHOURI	190

MESA VII

07

MODERADOR

FINANCIANDO O DESENVOLVIMENTO _____ 194

JHONATAN DE JESUS _____ 196

LUCIANA SANTOS _____ 198

MARIA CLARA BUGARIM _____ 204

JORGE VIANA _____ 208

JOSÉ BERENGUER _____ 214

ALOIZIO MERCADANTE _____ 218

MESA VIII

08

MODERADOR

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, GLOBALIZAÇÃO E INOVAÇÃO _____ 222

FERNANDO MARCATO _____ 224

SANDOVAL FEITOSA _____ 226

VERONICA SÁNCHEZ DA CRUZ RIO _____ 230

INGO WOLFGANG SARLET _____ 234

MARIA RITA DRUMMOND _____ 238

ROGÉRIO TAVARES _____ 242

ALICE MOREIRA FRANCO _____ 246

SUMÁRIO

MESA IX

09

PARIDADE E DISPARIDADE CONTRATUAL NA ECONOMIA GLOBAL _____ 250

MODERADOR

ANTÔNIO CLÁUDIO FERREIRA NETTO _____ 252

MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO _____ 254

JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES _____ 258

PAULA COSTA E SILVA _____ 262

CATARINA MONTEIRO PIRES _____ 266

BRUNO DUQUE _____ 270

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK _____ 274

MESA X

10

COLABORAÇÕES ENTRE CONCORRENTES _____ 278

MODERADORA

CHRISTIANNE DIAS FERREIRA _____ 280

GILVANDRO ARAÚJO _____ 282

CARLOS JACQUES VIEIRA GOMES _____ 286

MARIANA TAVARES _____ 290

TOMAS FUCHS _____ 294

PAULO BURNIER DA SILVEIRA _____ 298

ALEXANDRE CORDEIRO MACEDO _____ 302

MESA XI

11

MODERADORA

AGRONEGÓCIO NA ECONOMIA GLOBAL	306
KÁTIA ABREU	308
OTÁVIO CARNEIRO	310
MOACIR FERREIRA TEIXEIRA	314
JORGE BASTOS	318
BRUNO MACHADO FERLA	322
RONALDO CAIADO	326

MESA XII

12

MODERADOR

CONCESSÕES DE SERVIÇOS DELEGADOS	330
LUÍS OTÁVIO VERÍSSIMO	332
AFRÂNIO VILELA	334
BENJAMIN ZYMLER	338
DYOGO OLIVEIRA	342
RAFAEL CARNEIRO	346
LEANDRO MARIN	350

SUMÁRIO

MESA XIII

13

200 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1824 _____ 354

MODERADOR	PAULO SÁVIO MAIA _____	356
	LAFAYETTE DE ANDRADA _____	358
	ARNALDO GODOY _____	362
	BRUNO RODRIGUES DE LIMA _____	366
	CAROLINA CYRILLO _____	370
	ANTÔNIO BARBAS HOMEM _____	374

MESA XIV

14

GOVERNANÇA ORÇAMENTAL _____ 378

MODERADOR	FILIPE NETO BRANDÃO _____	380
	JOSÉ ROBERTO AFONSO _____	382
	JOSÉ FERNANDES FARINHA TAVARES _____	386
	AROLDO CEDRAZ _____	390
	MARGARETE COELHO _____	396
	MARIA D'OLIVEIRA MARTINS _____	400
	LUIZ ANTÔNIO GUARANÃ _____	404

MESA XV

15

JUIZ DAS GARANTIAS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO _____ 408

MODERADOR

ANDRÉ CALLEGARI _____ 410

SIMONE SCHREIBER _____ 412

ROGÉRIO FAVRETO _____ 418

FLÁVIO JARDIM _____ 422

CAROLINA COSTA FERREIRA _____ 426

PABLO DOMINGUES _____ 430

ALAOR LEITE _____ 434

MESA XVI

16

CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL E VIRTUAL _____ 438

MODERADOR

FABIANO DALLAZEN _____ 440

SEBASTIÃO REIS JÚNIOR _____ 442

ROGERIO SCHIETTI CRUZ _____ 446

NEY BELLO FILHO _____ 450

SIDNEY ELOY DALABRIDA _____ 454

FERNANDA TÓRTIMA _____ 458

SUMÁRIO

MESA XVII

17

A JUSTIÇA SOCIAL E O FEDERALISMO FISCAL NA REFORMA TRIBUTÁRIA _____ 462

MODERADOR	CELSO DE BARROS CORREIA NETO _____	464
	PEDRO PAULO CARVALHO TEIXEIRA _____	466
	FERNANDO MOMBELLI _____	472
	MISABEL ABREU MACHADO DERZI _____	476
	CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA _____	480

MESA XVIII

18

ARBITRAGEM NA ECONOMIA GLOBAL: AS DORES DO CRESCIMENTO _____ 484

MODERADOR	RAFAEL PIMENTA _____	486
	LUIS FELIPE SALOMÃO _____	488
	GUSTAVO SCHMIDT _____	492
	ANA SERRA E MOURA _____	496
	PETER SESTER _____	500
	PAULO CESAR SALOMÃO FILHO _____	504
	FABIANO DE CASTRO ROBALINHO CAVALCANTI _____	508

MESA XIX

19

MODERADOR

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA _____ 512

HUMBERTO MARTINS _____ 514

CELINA LEÃO _____ 516

ELIZIANE GAMA _____ 520

MARCOS PEREIRA _____ 524

AUGUSTO ARAS _____ 528

MESA XX

20

MODERADOR

AS REFORMAS TRIBUTÁRIAS SOBRE RENDA E CONSUMO _____ 532

LUCIANO FUCK _____ 534

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA _____ 536

MARCUS ABRAHAM _____ 540

LUIZ GUSTAVO BICHARA _____ 544

JOÃO RICARDO CATARINO _____ 548

GLAUCE CARVALHAL _____ 552

AGUINALDO RIBEIRO _____ 556

SUMÁRIO

MESA XXI

21

INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS E TEORIA DO DIREITO _____ 560

MODERADOR	LUIZ FERNANDO BANDEIRA DE MELLO _____	562
	RENATA GIL _____	564
	GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO _____	568
	ALEXANDRE FRANCO DE SÁ _____	572
	PETAR BOJANIC _____	576
	LEANDRO VERGARA _____	578

MESA XXII

22

GOVERNANÇA DAS PLATAFORMAS DIGITAIS _____ 582

MODERADORA	TAINÁ JUNQUILHO _____	584
	DOMINGOS FARINHO _____	586
	LORENA COUTINHO _____	590
	FRANCISCO DE ABREU DUARTE _____	594
	GABRIELLE SARLET _____	600
	RAÚL ECHEBERRÍA _____	604

MESA XXIII

23

MODERADOR

FORÇAS ARMADAS NA DEMOCRACIA _____ 608

JOÃO PAULO BACHUR _____ 610

JAQUES WAGNER _____ 612

RAUL JUNGSMANN _____ 618

NELSON JOBIM _____ 622

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR _____ 628

ILTON NORBERTO ROBL FILHO _____ 632

JORGE BORNHAUSEN _____ 636

MESA XXIV

24

MODERADORA

EDUCAÇÃO, DEMOCRACIA E SOCIEDADE _____ 638

SIMONE HORTA ANDRADE _____ 640

JOÃO COSTA _____ 642

OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JR. _____ 646

ANDRÉ LEMOS JORGE _____ 650

RAPHAEL CARVALHO _____ 654

CHAIM ZAHER _____ 658

CLÁUDIA ROMANO _____ 662

SUMÁRIO

MESA XXV

25

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E DEFESA DA CONCORRÊNCIA _ 666

MODERADOR

ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA	668
CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA NETO	670
DIOGO THOMPSON DE ANDRADE	674
FRANCISCO COSTA-CABRAL	678
MARCELA MATTIUZZO	682
VICTOR RUFINO	686

MESA XXVI

26

O PAPEL DA MÍDIA CONTEMPORÂNEA NA ERA DIGITAL _ 690

MODERADORA

MONIQUE DE SIQUEIRA CARVALHO	692
LEONETE BOTELHO	694
GASPARD ESTRADA	698
LUÍSA MEIRELES	702
DENISE ROTHENBURG	706
MIGUEL MATOS	710

MESA XXVII

27

DIREITO À SAÚDE NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA _____ 714

MODERADOR

JAIRO GILBERTO SCHÄFER _____ 716

ADALBERTO CAMPOS FERNANDES _____ 718

DOUTOR LUIZINHO _____ 722

JOSIER VILAR _____ 726

ANTONIO BARRA TORRES _____ 730

BRENO DE FIGUEIREDO MONTEIRO _____ 734

LETÍCIA GARCIA _____ 738

MESA XXVIII

28

TRANSFORMAÇÃO DIGITAL: DESAFIOS E OPORTUNIDADES _____ 742

MODERADORA

LUNA BARROSO _____ 744

VICTOR FERNANDES _____ 746

RENATA MIELLI _____ 750

MARCELO LACERDA _____ 754

FLÁVIO FERREIRA DE LARA RESENDE _____ 758

DENÍSIO LIBERATO _____ 762

SÉRGIO ALVES _____ 766

ANDREA MARIGHETTO _____ 770

SUMÁRIO

MESA XXIX

29

TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO _____ 774

MODERADOR

CARLOS HIGINO _____ 776

ANELIZE LENZI RUAS DE ALMEIDA _____ 778

VASCO GUIMARÃES _____ 782

TARSILA FERNANDES _____ 786

GUSTAVO BINENBOJM _____ 790

HELENO TAVEIRA TORRES _____ 794

MESA XXX

30

O PAPEL DO SETOR PRIVADO NA PRESTAÇÃO DE SAÚDE _____ 798

MODERADORA

DENISE NICOLL SIMÕES _____ 800

ANTONIO SALDANHA _____ 802

DAIANE NOGUEIRA DE LIRA _____ 808

ALEXANDRE SICILIANO COLAFRANCESCHI _____ 812

LUCIANO BANDEIRA _____ 816

MESA XXXI

31

MODERADOR

TRIBUNAIS SUPERIORES E SEGURANÇA JURÍDICA _____ 820

SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR _____ 822

MARCO BUZZI _____ 824

FRANCISCO MÜSSNICH _____ 828

CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO _____ 832

RODRIGO BADARÔ _____ 836

BRUNO BIANCO _____ 840

GEORGE ABBOUD _____ 844

MESA XXXII

32

MODERADORA

A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL NO BRASIL _____ 848

PATRÍCIA CARRIJO _____ 850

LUIS FELIPE SALOMÃO _____ 852

FLÁVIO GALDINO _____ 856

NELSON ROSENVALD _____ 860

HEITOR SICA _____ 864

CELSO BARROS _____ 868

SUMÁRIO

MESA XXXIII

33

RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL NA ECONOMIA GLOBAL 872

MODERADOR	THIAGO GONZALEZ	874
	JOÃO OTÁVIO DE NORONHA	876
	JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA	880
	LUIS FELIPE SALOMÃO FILHO	886
	JULIANA BUMACHAR	892
	BRUNA MARENGONI	896
	ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO	900

MESA XXXIV

34

MUDANÇAS CLIMÁTICAS E CIDADES RESILIENTES 904

MODERADOR	MAURO LUIZ CAMPBELL MARQUES	906
	PAULO DANTAS	908
	CARLOS CARREIRAS	912
	LUCIANA BOTAFOGO BRITO	914
	ELTON LEME	918
	ALEXANDRE BIANCHINI	922

ARTIGOS ACADÊMICOS

35

APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS
ACADÊMICOS

926

NOTA DO EDITOR

O XII Fórum de Lisboa – “Avanços e recuos da globalização e as novas fronteiras: transformações jurídicas, políticas, econômicas, socioambientais e digitais”, ocorreu nos dias 26, 27 e 28 de junho de 2024, em formato presencial e transmissão ao vivo. Os conteúdos apresentados resultam das transcrições e edições dos painéis principais e das mesas paralelas realizadas durante os três dias do Fórum. Esses materiais têm como propósito contribuir para a compreensão dos desafios e das tendências relacionadas à globalização e aos seus diferentes impactos nas organizações públicas e privadas.

Para proporcionar uma leitura direta, as saudações e os agradecimentos realizados pelos participantes foram omitidos. Assim, o leitor será direcionado exclusivamente ao conteúdo das discussões. Por isso, em alguns momentos, as transcrições poderão apresentar diferenças em relação às gravações do evento. Além disso, com o objetivo de garantir maior fidedignidade à fala dos palestrantes, foram mantidas algumas expressões típicas da linguagem oral, como repetições, contrações de preposições e artigos e demais expressões da linguagem oral. Ademais, as opiniões e manifestações não refletem o posicionamento das instituições organizadoras do Fórum.

Boa leitura!

PREFÁCIO

Organizado pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), pelo Lisbon Public Law (LPL) da Faculdade de Direito de Lisboa e pela FGV Justiça, o Fórum de Lisboa é um encontro global que reúne acadêmicos, autoridades, juristas, e representantes da sociedade civil organizada, do Brasil e da Europa, com o objetivo de debater grandes temas do Estado contemporâneo. A XII edição do Fórum de Lisboa ocorreu em junho de 2024 sob o mote "Avanços e re- cuos da globalização e as novas fronteiras: transformações jurídicas, políticas, econômicas, socioambientais e digitais".

Esta publicação sistematiza os diálogos e conhecimentos compartilhados no evento, com ênfase nas relações entre economia global, democracia, tecnologia, direitos humanos, sistemas de justiça e garantias institucionais. As seções seguintes detalham as contribuições e os debates que ocorreram durante o Fórum, com a abrangência dos desafios, das possibilidades e das tendências que a globalização traz às instituições, às empresas e aos governos. No site do Fórum,

encontram-se as publicações com os debates ocorridos nas diversas edições anteriores. As publicações estão disponíveis em: forumdelisboa.com

Esta publicação apresenta, portanto, o registro das interações e das discussões do XII Fórum de Lisboa. Espera-se que os leitores possam encontrar um conteúdo informativo e inspirador, com a promoção do engajamento contínuo nas questões relacionadas à globalização, que são extremamente pertinentes ao Estado contemporâneo.

MESA I

01

MODERADORA - SILVIA FINGUERUT¹

AGENDA VERDE E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

¹ Coordenadora de Projetos da FGV Conhecimento.

Silvia Finguerut



Coordenadora de
Projetos da FGV
Conhecimento.

Começo falando das mudanças climáticas e do seu impacto no desenvolvimento econômico. A Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp) estimou uma redução de 5,3% no Produto Interno Bruto (PIB) do Rio Grande do Sul, causada pelas enchentes que atingiram o estado e que impactaram em R\$ 39,4 bilhões o PIB estadual. Em 2023, o Ministério da Fazenda anunciou um plano de transformação ecológica de longo prazo, voltado para investimentos em transição energética, que busca captar recursos, tendo em vista que o Brasil tem uma das matrizes energéticas mais limpas do mundo.

A Agenda Verde do governo brasileiro pretende reduzir em 30% a emissão de gás carbônico pela indústria. Trata-se de um amplo conjunto de propostas destinadas aos campos da agroindústria, da indústria, da saúde, da infraestrutura verde e da transformação digital. Por outro lado, o Congresso brasileiro está discutindo um projeto de lei sobre o mercado de carbono. Enquanto a União Europeia registra uma redução de 2% de emissão de gases estufas, o Brasil ainda é um dos maiores emissores desses gases. O desmatamento, principalmente na Amazônia e

no Cerrado, é o principal responsável pelo aumento das emissões. E mesmo o setor de energia, apesar dessa matriz limpa, ainda tem uma grande emissão de gases.

Por isso, os temas da sustentabilidade, da governança e da responsabilidade social são atualmente obrigatórios para todas as empresas que buscam competitividade, e não há como conquistar liderança econômica sem contribuir para a sociedade na qual estão inseridas. Devemos olhar para as comunidades e para o ambiente, e os painéis temáticos desse fórum com o tema da Agenda Verde e o Desenvolvimento Econômico, e a presença de palestrantes tão relevantes certamente contribuirá muito para colocar o tema da sustentabilidade e da responsabilidade social na pauta de todos.

Alexandre Silveira de Oliveira



Ministro de Minas e Energia do Brasil, deputado federal do Congresso Nacional do Brasil (2006-2014), diretor-geral do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes do Brasil (2004-2006) e graduado em Direito pela Fundação Educacional Monsenhor Messias.

Eu não poderia deixar de começar, em especial estando no exterior representando o Brasil, destacando os pontos positivos do momento que nós vivemos. Temos um déficit de conta corrente no Brasil, hoje, de menos de 1%, uma balança comercial que é a terceira maior do mundo, atrás apenas da Alemanha e da China, uma inflação de 4% ao ano e uma dívida externa equivalente a um terço das nossas reservas. Então, o nosso ambiente macroeconômico está colocado.

Em sequência a isso, o mundo debate com vigor, em especial depois da guerra da Rússia com a Ucrânia, dois temas fundamentais, essenciais, e que eu destaco sempre e que vão acontecer por bem ou por mal (eu espero que seja por bem), que é a questão da transição energética e da segurança alimentar. Em especial da transição energética, eu falo que por bem ou por mal, porque as mudanças climáticas e os seus efeitos são notórios, patentes e saltam às vistas de todos nós. Essa economia verde, que é a economia que nós acreditamos, vai se impor de uma forma ou de outra. Nós esperamos que seja com a consciência global, porque a transição energética só vai se dar, efetivamente, num discurso global, porque ela teve início,

incontestavelmente, sobre o pilar e sobre o alicerce da sustentabilidade. No entanto, hoje, ela é também, não podemos negar, um grande fronte econômico mundial, e o Brasil, pelas suas peculiaridades e também pelas políticas públicas implementadas ao longo dos anos, investiu muito nessa matriz, e hoje temos orgulho de poder dizer que nos coloca na liderança global da transição energética.

O Fórum Mundial nos colocou bem posicionados, do ponto de vista da nossa matriz de energia elétrica, com 89,2% de energia limpa e renovável. Nós temos energia hidrelétrica, biomassa, solar, eólica e nuclear. Esta última é uma energia importante. É uma energia não-renovável, mas limpa. A peculiaridade do Brasil, que é uma força nacional e que eu sempre defendo, é a nossa pluralidade energética como uma grande frente econômica. Nós podemos afirmar de forma extremamente vigorosa que somos o paraíso dos biocombustíveis. Ninguém investiu tanto nas últimas décadas em biocombustíveis como o Brasil. Nós, na compreensão de que os extremos não contribuem e que a boa política deve buscar sempre discutir os problemas reais da sociedade, e eu tenho definido isso de forma extremamente clara e transparente, que o passar boiada num mundo globalizado ia nos levar ao isolamento econômico. Era incontestável que as barreiras se tornariam cada vez mais vigorosas, mais contundentes. Nós não deixaríamos de poder sonhar com a indústria e com a agricultura de baixo carbono, com respeito internacional, pois isso nos levaria à bancarrota econômica. Também não podemos deixar de reconhecer e brigar pela governança global e não podemos pagar um preço nacional pelo achismo ideológico. Então, eu acredito no caminho do equilíbrio, no caminho do meio, da construção, do debate político, para que a gente possa continuar avançando nessas políticas que equilibram desenvolvimento econômico com sustentabilidade e num país onde, para se tratar a doença mais grave que nós temos, que ainda é uma realidade, que é a fome, a miséria e a desigualdade social, o desenvolvimento com sustentabilidade deve ter efetivos frutos sociais, cumprindo o grande mistério de quem busca implementar políticas públicas, que é deixar resultados efetivos para a sociedade.

As políticas implementadas em 2023 são muito claras e fomos ao Congresso Nacional, e aqui eu quero render minha homenagem à velocidade com que a Câmara dos

Deputados teve a lucidez de aprovar na íntegra o Projeto Combustível do Futuro. Esse projeto, na minha opinião, vai marcar a história da sustentabilidade nacional. Hoje, nós temos uma limitação legal de 27,5% de mistura do etanol, esse grande potencial que tem o Brasil na produção, em especial depois da entrada do etanol de milho. Nós vamos inaugurar em Sinop, no Mato Grosso, em agosto, a maior fábrica de etanol do planeta. Lá serão produzidos 6 milhões de litros por dia e nós, no Projeto do Futuro, ampliamos a participação de 27,5% até 35%, conforme decisão do Conselho Nacional de Política Energética, para o etanol.

O biodiesel, que começou com uma política pública lá no primeiro mandato do presidente Lula, que tinha um foco no social, mais no selo em atender a agricultura familiar, se tornou uma vigorosa indústria, inclusive para estabilizar o agronegócio nacional. Desde o princípio do governo até agora, nós aumentamos de B10 para B14, e a lei limita a B15. No Projeto Combustível do Futuro, nós estamos ampliando de B15 até, conforme decisão do Conselho Nacional de Política Energética, até B25. Regulamentamos no projeto, a captura e estocagem de carbono, para que possamos, no caso do etanol, por exemplo, não só comemorar e apresentar ao mundo o etanol de segunda geração, que aproveita os rejeitos da produção da primeira leva de etanol para produzir o etanol, que esse, sim, já é reconhecido, inclusive, com o Prêmio Verde. Esse prêmio é fundamental para que a transição energética se dê de forma efetiva e mais célere, porque há dinheiro na mesa, há de se colocar a questão econômica compatibilizada com a questão da sustentabilidade.

Nós regulamentamos o Carbon Capture Utilization and Storage (CCUS), criamos e tivemos a coragem de implementar o mandato para o diesel verde, uma nova indústria nacional que vai surgir com muito vigor, e o combustível sustentável de aviação, que, pelas nossas potencialidades como paraíso dos biocombustíveis, era tão esperado. Nós tivemos a coragem de implementar e criar mandato que tem custo para a economia, porque entendemos que o caminho da economia verde é um caminho sem volta. As questões climáticas se imporão de uma forma muito vigorosa. Há outra questão que é fundamental, que é uma questão cultural. Nós sabemos como funcionava a indústria do tabaco. Há 30 anos, era quase um modismo a questão do tabaco. Hoje, é quase repugnado pelas novas gerações. Isso vai acontecer também, na nossa compreensão, a médio prazo, com a questão dos combustíveis fósseis. Nós vamos ter uma questão cultural que vai se impor na sociedade, de forma clara e inequívoca. Nós já vemos isso nos bancos universitários, então, apostamos no mandato para o combustível sustentável de aviação, a partir de 2027, também oportunizando investimentos nessa nova indústria no Brasil, e isso era esperado por todo o mundo.

Fizemos, ainda, o maior leilão de linhas de transmissão da história do Brasil. Foram 60 bilhões de linhas de transmissão, só do Nordeste brasileiro para o centro de carga,

que, infelizmente, ainda é São Paulo e o Sudeste. Eu falo, infelizmente, porque nós queremos levar desenvolvimento, os *data centers* etc para o Nordeste brasileiro, para que a gente tenha um país mais igual. Nós temos linha de transmissão contratada do extremo Sul do Brasil, com a ordem de serviço que eu tive a alegria de dar. A Eletrobras está com o Instituto Nacional de Pesquisas Especiais (Inpe) para fazer a obra de Itaipu até o centro de carga, de São Paulo até o Nordeste brasileiro, e a linha de transmissão para ligar o último estado da federação que não está no Sistema Integrado Nacional, que foi a linha de transmissão que estava para licenciar, desde 2011, de Manaus a Boa Vista. Portanto, teremos 100% do país completamente interligado por linha de transmissão, o que nos permitirá dobrar a nossa capacidade. Aqui, eu quero trazer um dado em primeira mão. Essas linhas de transmissão, somadas à medida provisória que enviamos ao Congresso Nacional, a MP 1212/2024, permitiu ampliarmos, só na Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), já foi protocolado, mais de 85 gigas de energias eólicas, solar e de biomassa do Nordeste brasileiro para o centro de carga. Ou seja, estamos aumentando a nossa segurança energética e, ao mesmo tempo, ampliando a oferta de energia limpa e renovável.

Onde queremos chegar? Nós queremos chegar na nova indústria, na reindustrialização do Brasil. Essa é a nossa discussão global. Num momento tão oportuno e de solo tão fértil nas discussões que teremos no G20 no Brasil e na Conferência das Partes (COP), em 2025. Nós teremos duas oportunidades essenciais, na minha compreensão. A primeira é de mostrar nossas potencialidades para o mundo e mostrar que não podemos ser conhecidos apenas como pulmão do planeta por causa da nossa Amazônia. Ali, nós temos que discutir os 19 milhões de pessoas que vivem na Amazônia e precisam ter uma vida com dignidade. Nós temos que mostrar nossa matriz energética, mas, ao mesmo tempo, temos que discutir o que foi estabelecido em 2015, no Acordo de Paris, e em 2009, no Acordo de Copenhague, que é a luta internacional da governança global para a transição energética. Espera-se que os países industrializados realmente façam os investimentos de forma mais equânime e mais bem distribuída para que os países do Sul global também sejam inseridos na transição energética. Na nossa visão, essa transição tem que ser justa e inclusiva porque é uma oportunidade econômica. Ela não deve ser vista apenas pela imposição da sustentabilidade, que é tão fundamental, mas também como uma oportunidade econômica. Ela tem que ser vista pelo âmbito da inclusão. Por isso, discutimos a regulamentação do artigo 6º do Acordo de Paris, que cria o crédito carbono global. Com muita tristeza, vemos, às vezes, por exemplo, notícias das multinacionais recuando nas suas metas de descarbonização, o que, para nós, é um equívoco enorme e com impacto, inclusive, na nossa economia, e que deve ser discutido de forma global.

Por que eu falo que nós temos um momento de solo fértil? Porque há, por parte do nosso governo, a visão clara de que, no mundo globalizado, não há saída fora de uma

governança sob temas, como sustentabilidade, de forma isolada. Os gases de efeito estufa não ficam nas nossas fronteiras. Nós estamos discutindo a salvaguarda do planeta, não a salvaguarda do Brasil, ou de Portugal, ou da Itália. Temos que aproveitar esse momento que temos, verdadeiramente, um líder. Eu tive a oportunidade de acompanhá-lo na Índia, quando assinamos a aliança global pelos biocombustíveis. Eu estive em Davos, na Suíça, estive no Departamento de Energia americano, na ONU com o presidente Lula, no G7 com o presidente Lula, na Itália, e vemos que o Brasil voltou a dialogar sobre esses temas de forma ativa, serena, equilibrada, mas com a autoridade que nos foi dada pela nossa matriz energética, condições climáticas, potencialidades naturais. Eu acredito muito que a taxonomia discutida no mundo, em vez de ser uma barreira imposta pelos países, é uma grande oportunidade para, respeitando a soberania de cada um, aproveitarmos a nossa pluralidade.

Eu estive aqui na Espanha, na Iberdrola, vendo a cadeia produtiva do hidrogênio e a fábrica de hidrogênio já produzia fertilizante. Os números da Espanha demonstram que, comparativamente com o preço do gás no Brasil, o hidrogênio já é, para a produção interna, mais viável do que o gás. Só não é externa porque nós precisamos, essa é uma outra luta que eu tenho tido de forma também sustentável, defendendo os interesses nacionais que têm que ser também colocados pelas nossas particularidades, defendendo se nós podemos importar o gás não convencional, e o Brasil foi o primeiro país, em 1970, a importar gás não convencional dos Estados Unidos. Se nós estamos discutindo aumentar a oferta de gás, importando gás de vaca morta para aumentar e, conseqüentemente, diminuir o preço do nosso gás, que não é nada competitivo, e o Brasil não pode ser visto como um país também sob a ótica extrativista. Nós queremos, pelo menos, parte do nosso setor mineral, porque temos que defender a mineração sustentável, a mineração legal, porque não existe transição energética sem minerais críticos, que nós somos, em potencial, produtores. Não existe transição sem o lítio e o cobre, que nós somos tão ricos. Então, temos que discutir o equilíbrio das políticas públicas para que alcancemos o nosso grande propósito. O país tem estabilidade jurídica, social e política. Ninguém discute a posição geopolítica da América do Sul e nós não temos problema de conflitos de maior monta. Portanto, as nossas potencialidades saltam aos olhos e nós não estamos fazendo esse debate internacional, porque quem quiser, realmente, cumprir com os acordos internacionais, tem, no Brasil, solo fértil para investir, manufaturar riquezas, e produzir agricultura de baixo carbono e aço verde. Assim, nós vamos valorar nossa matriz energética.

Essa era uma explanação inicial, não só para mostrar as nossas potencialidades já conhecidas, mas para mostrar, principalmente, as políticas públicas e aquilo em que resolvemos efetivamente apostar. O nosso governo não passa boiada e resolvemos

apostar na economia verde. Nós entendemos que não há saída fora da economia verde. José Alencar dizia que fora da política não há salvação. Eu digo sempre que fora da economia verde não haverá salvação. Em muito pouco tempo, as energias serão renováveis. Cada vez mais vamos avançar na bateria, vamos conseguir estabilidade das energias que são intermitentes hoje e isso vai valorizar com quem pagou o preço por ter transmissão, estabilidade jurídica e regulatória. É importante destacar que tivemos a coragem de publicar o decreto das linhas gerais da renovação das distribuidoras, demonstrando que o Brasil é um país sério, porque o capital internacional chegou no Brasil há 20, 25 anos, e investiram em distribuição, acreditando que iam ficar no país por várias décadas. Agora, a instabilidade era total numa discussão que houve sobre renovar ou não as distribuidoras. Eu sempre disse que a discussão deveria se pautar exclusivamente em que termo se renovar, porque é natural que os contratos, à medida do passar dos anos, vão se tornando obsoletos. Era importante que modernizássemos os contratos de distribuição, exigíssemos mais qualidade e uma maior comunicação com a sociedade, já que a distribuição é o setor mais próximo da população. Devemos ter mais estabilidade jurídica e econômica, para garantir investimentos. Esse decreto tirou de uma possibilidade real, entre 30 e 35 bilhões de investimentos nos próximos quatro anos em distribuição no Brasil, de média e baixa tensão e manutenção de rede. Ele nos tirou desse patamar e vai nos elevar, seguramente, para mais de 115 bilhões de reais de investimento.

O Brasil aposta na sua matriz, na sua estabilidade econômica e jurídica, na sua regulação e na parceria constante com o controle para que possamos atingir o grande objetivo, que é usar o máximo das nossas potencialidades a favor da sustentabilidade, mas também cumprir a nossa grande missão, que é combater a desigualdade e construir um país melhor.

Silvia Finguerut

Eu gostaria que o ministro falasse um pouco do aspecto social que esses projetos de energias renováveis também devem colocar, pois nós sabemos que o desenvolvimento só será sustentável se ele olhar para as populações, e principalmente aquelas mais vulneráveis.

Alexandre Silveira de Oliveira

Tendo feito um apanhado não só das potencialidades do Brasil, mas das políticas públicas que têm sido implementadas para avançarmos na agenda verde, eu vejo a nova economia sob as duas vertentes da sustentabilidade e das oportunidades eco-

nômicas, com frutos sociais. Aí eu volto a uma constatação: para se chegar na matriz energética que temos, o Brasil pagou caro por isso. É uma matriz energética que teve custo para a população brasileira, inclusive nos subsídios.

Nós temos a nossa composição tarifária feita, boa parte dela, pela nossa Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), que tem 12 bilhões de custos da Conta de Consumo de Combustíveis (CCC), que ainda são, em consequência da nossa dimensão territorial, óleos diesel dos sistemas isolados pagos por essa conta da CCC. Por isso, a descarbonização. Por isso, também, que quando eu fui com o presidente Lula a Parintins desligar as térmicas e inaugurar a transmissão foi motivo de muita comemoração e, também, dar ordem de serviços para a obra da Eletrobras de Manaus a Boa Vista para desligar também as térmicas de Manaus, porque isso é redução de custos na veia, a curto e médio prazo na CDE. Precisamos estar muito atentos, e nisso há uma clara política do nosso governo de não transigir na questão dos subsídios. Eu aproveito aqui a oportunidade para dizer que, na nossa compreensão, nós chegamos no limite da compressão econômica na questão da energia elétrica no Brasil. Não há mais espaço para se absorver na conta de energia subsídios, sendo que alguns deles já não seriam necessários para incentivar novas fontes há tempos. Assim, chegamos a uma conta de desenvolvimento energético de 39 bilhões de reais.

O que nós temos feito é sermos muito firmes em duas questões que são fundamentais. Primeiro, não poderíamos deixar de respeitar algo que, no setor elétrico e no setor de investimento de infraestrutura, deve ser sagrado, que é a segurança jurídica. Nós tivemos que virar a página em temas altamente espinhosos, e o Tribunal de Contas da União (TCU) foi um grande parceiro nisso. A contratação emergencial, por exemplo, porque o Brasil, infelizmente, depois de 20 anos, passou à beira, novamente, de uma crise energética grave. Assim, tiveram as contratações emergenciais e eu tratei isso com o tema da segurança jurídica acima de qualquer posição, porque o setor elétrico é um setor altamente judicializado. No setor elétrico, jamais será tomada uma decisão que agrade todo mundo, porque ele é muito bem já dividido. Por isso, cabe ao gestor ter coragem de decidir.

Uma linha que, para mim, é muito tênue é o equilíbrio que temos que buscar nesse setor entre segurança energética e modicidade tarifária. Não se tem um número exato sobre isso. Tanto é que, tendo aprendido com a crise de 2001, nós, 20 anos depois, com toda a tecnologia, o dimensionamento, com a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) funcionando, com o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE) ativo, nós estivemos à beira de um colapso em 2021, e sabemos que a energia caríssima é a energia que não tem, que falta. Por isso, eu citei a questão das baterias. Eu quero fazer um leilão de baterias no Brasil, porque tenho a expectativa de que, para as ener-

gias intermitentes, a curto, médio prazo, tenhamos baterias para poder estabilizar cada vez menores. Eu pude ver isso na Espanha. Quando estabilizarmos essas energias, aí, sim, teremos tranquilidade, porque não falta produção de energia, muito pelo contrário, no Brasil. Nós vamos precisar ter a estabilidade dessas energias para nos dar segurança energética. Aí é fundamental a correlação, de novo, no mundo globalizado, com os países da América do Sul. Nós, hoje, temos interligação com o Paraguai, por conta de Itaipu binacional, com o Uruguai, com a Argentina e vamos ter com a Venezuela, porque isso é segurança energética na veia e é descarbonização.

A questão dos subsídios, eu tenho discutido na Comissão de Minas e Energia (CME) na Câmara dos Deputados. É importante que a gente retome a lógica do planejamento do setor elétrico brasileiro para que possamos cumprir com a função social. Não adianta, por exemplo, falar que vamos democratizar o Sol, implementando placas solares para a população mais pobre, se comprimirmos e não buscarmos uma fonte de financiamento que não seja para a extrema pobreza que vai continuar no mercado regulado. Essas são as minhas críticas à abertura de mercado. A abertura de mercado, na minha opinião, seria natural e é importante, mas eu acho que foi injusta no Brasil, pois foi feita muito rapidamente para quem consome a maior parte da energia, 45% hoje está no mercado livre da energia brasileira, 55% no mercado regulado, só que com uma diferença, esses 45% da energia brasileira são consumidas em torno de 350 a 400 mil unidades consumidoras, e os outros 55% por 89 milhões e 500 mil unidades consumidoras, que ficam com a maior parte da conta, que pagam a maior parte da CDE. Eu até admitiria pagar o menor custo pela estrutura física em consequência de estar na alta tensão e, portanto, usarem menos a estrutura física, mas pagar a maior parte da conta de desenvolvimento energético que, é onde, inclusive, estão as políticas públicas, e é muito mais fácil colocar custo na CDE do que conseguir espaço orçamentário para poder buscar recursos para poder implementar políticas públicas. Então, eu tenho tido, já há mais de um ano, a coragem de trazer a público esse debate no Brasil. A transição energética deve ser justa, equilibrada e inclusiva. Se ela não for por esse caminho, vamos criar uma compressão na economia nacional e, consequentemente, custos para o desenvolvimento social, que é o grande propósito de um país em desenvolvimento como o Brasil, com as tantas diferenças latentes que temos. Essa é uma questão que temos trazido para o debate nacional, respeitando as diferenças, heterogeneidades.

Para concluir, é extremamente republicano, num país com as diferenças que temos, que Minas Gerais, por exemplo, defenda a fonte solar, porque é a sua potencialidade do norte, do Jequitinhonha, do Mucuri, que o Ceará e o Rio Grande do Norte defendam a fonte eólica, porque é a sua potencialidade maior, que o Rio de Janeiro defenda a nuclear, porque precisamos da conclusão de Angra 3 para a extensão da linha de Angra 1, porque gera emprego, gera renda, gera desenvolvimento. Nós somos vários

Brasil, como diz Guimarães Rosa, Minas são várias e o Brasil é também vários, mas é ao Governo Federal que cabe a responsabilidade de ser gestor de uma área tão sensível. Eu costumo dizer que o Ministério de Minas e Energia do Brasil deveria ser três, um de energia, outro de petróleo, gás e biocombustíveis e o outro de mineração, porque a amplitude e as potencialidades dessas três áreas, na minha opinião, estão entre 40% e 45% da economia nacional, em especial nesse momento, e são de uma responsabilidade tremenda.

Alguns eixos, para nós, são mantras. Um deles é a gente buscar todo o tempo o equilíbrio entre segurança energética e motricidade tarifária e não admitir, dentro das nossas limitações democráticas, a possibilidade de deprimir a economia e, em especial, prejudicar mais ainda a classe média e o consumidor e a população pobre que paga a maior parte da conta no Brasil. Por isso, eu quero apresentar até final de agosto, e aí virar a página desses problemas que eu acabei de citar, renovação distribuidora, Procedimento Competitivo Simplificado (PCS), compatibilizar, por meio da MP 1212/2024, a transmissão com geração, para não impedir o crescimento da geração no Nordeste. Essa mão firme que precisamos ter para que façamos da transição, como disse o papa Francisco, uma oportunidade, além da sustentabilidade, uma oportunidade econômica também de inclusão e de combate às diferenças sociais no Brasil. Então, o emprego e a renda é uma obsessão para todos nós, buscar esse equilíbrio constante entre público e privado, e o Brasil escolheu esse modelo com o setor elétrico praticamente todo privatizado. O que nós temos que buscar, na minha opinião, é fortalecer o formulador de política pública e o órgão regulador. Eu tenho esse debate sobre as agências reguladoras no Brasil, que também já é público. Nós precisamos, foi criado lá no governo Fernando Henrique, aperfeiçoar o modelo, porque as agências reguladoras não podem confundir o seu papel como formulador de política. Então, temos que buscar o equilíbrio e o fortalecimento disso, para que possamos, na relação republicana, transparente, dialogada com o privado, estimular investimento e fazer desse Brasil o gigante que é, além do celeiro de alimentos do mundo, também o celeiro não só de energias limpas e renováveis, mas, principalmente, de produtos manufaturados limpos e verdes para o planeta.

Patrícia Freitas



Presidente da
Prudential do Brasil.

Eu começo afirmando que não tem como discutirmos as pautas de desenvolvimento econômico, agenda verde, crescimento sustentável e transições climáticas sem a área de seguros estar presente na mesa. O setor de seguros exerce um papel fundamental na gestão e no planejamento de riscos, prevenção e gestão do impacto, uma vez acontecidos os eventos. Então, o setor quer, sim, cada dia mais estar presente e exercer esse papel fundamental no nosso país.

Eu vou trazer uns números que vão me permitir seguir um roteiro. Em 2023, foram 380 bilhões de dólares em perdas por eventos climáticos no mundo, dos quais 31% com perdas indenizáveis, ou seja, ainda são 69% sem cobertura. Quando nós trazemos isso para o Brasil, nós olhamos no horizonte de 10 anos. Até 2022, houve 320 bilhões de reais de perdas por tragédias por eventos climáticos. Esse número tem dois fatores muito importantes. Primeiro, 90% dessa perda de 320 bilhões de reais estava na lavoura e na pecuária. O outro é que o crescimento desse número foi de 70% nos últimos 3 anos, nesse horizonte de 10 anos. Isso mostra a aceleração em que vem acontecendo esse volume de transição ou de perdas.

Um outro dado é que, em 2023, nós tivemos, em média, três eventos climáticos por dia no nosso país. Alguns números são alarmantes e precisamos estar bem atentos. Eu não poderia deixar de citar, claro, trazendo toda a solidariedade, que temos o nosso Rio Grande do Sul, que vivencia agora mais uma grande tragédia depois de 2023, e onde já temos mais de 10 mil pessoas desabrigadas e o governo anunciou já 39 bilhões de reforço para o estado. Volto ao ponto da necessidade dos seguros estar mais presente no nosso país. Nós temos hoje, já declarados, perto de 4 bilhões de perdas reportadas no nosso segmento. Nós não fazemos projeções de onde isso vai chegar no Rio Grande do Sul, mas nós temos a certeza, infelizmente, que esse número vai crescer.

Vou trazer alguns dados do nosso setor de seguros no Brasil. Primeiro, um setor que tem 6,2% de contribuição no nosso Produto Interno Bruto (PIB), e já temos uma meta declarada de chegar a 10% em 2030. Temos, hoje, 185 mil empregos diretos, fora todo o ecossistema que envolve o setor de seguros. Nós, brasileiros, temos normalmente a ideia de que os nossos veículos estão sempre segurados e que o brasileiro tem a consciência do seguro do veículo. Então, pasmem, porque menos de 30% dos veículos brasileiros são segurados. Quando vamos para as residências, são menos de 20%. O seguro de vida, setor em que atuamos fortemente, somente 16% das vidas são protegidas no Brasil. Quando vamos para as plantações, estamos falando em 10% de proteção.

Acho que dá para ver de novo a oportunidade que temos, mas também o desafio que se coloca à nossa frente nesse debate. Eu trago o reforço do segmento a um programa já existente, que é o programa de subsídios para o seguro rural. É um programa importante do nosso governo. Nós trazemos esse apoio, o fortalecimento, inclusive, desse programa. Hoje, giramos em patamares de 2019, em termos de áreas protegidas. São 6,2 milhões de hectares protegidos no nosso país. Então, entendemos a importância da evolução desse programa. O setor debate, também, o fundo de seguro rural, formado pelo setor privado e pelo setor público, trazendo os seguradores, resseguradores e a União, para, de novo, fortalecer o segmento. Instrumentos como seguro-garantia, seguro de responsabilidade civil, seguro de risco

de engenharia, podem garantir a continuidade de obras públicas e privadas que precisam ser incentivadas no nosso país, mas ainda são instrumentos muito pouco utilizados, apesar de disponíveis.

Além disso, apresento o Plano Estratégico de Sustentabilidade que a nossa confederação publicou, em três eixos principais: transição justa para uma economia sustentável e de baixo carbono; resiliência frente às mudanças climáticas; e inclusão e combate à desigualdade. Três eixos desafiadores, mas possíveis, e que a gente precisa abordar. O Plano Estratégico vem alinhado com as questões regulatórias que temos no nosso órgão regulador, a Superintendência de Seguros Privados (Susep), que traz regulamentações em relação à sustentabilidade, traz o Plano de Taxonomia Brasileiro, e tem, como meta, uma publicação, este ano, dos critérios para seguros e previdência verde. Aguardamos uma publicação do nosso órgão regulador, determinando claramente quais são esses critérios. O objetivo aqui não é fazer o famoso *greenwashing*, no qual a propaganda é maior do que o fato, mas é, realmente, trazer critérios e objetivos no qual possamos afirmar que temos seguros e uma previdência verde.

Trago também algumas oportunidades que vemos no mercado. Primeiro, o seguro social de catástrofe, que é um seguro que pode trazer, por meio de uma contribuição bem pequena, mensal, uma oportunidade de ter um fundo para coberturas de tragédias, com indenizações imediatas, assistência funeral, no caso de ocorrências como a do Rio Grande do Sul. Um outro, em parceria com a associação de Governos Locais para a Sustentabilidade (ICLEI), é um programa de seguros para suporte aos municípios em caso de desastre climático, para revermos as estruturas dos municípios que precisam ser resgatadas e suas estruturas urbanas que precisam ser reconstruídas. Há, também, o seguro de crédito carbono, que levaremos fortemente na discussão da COP30, no próximo ano. Também há o seguro de barragens e descomissionamento, que é uma interprodução com o Ministério de Minas e Energia.

Eu reforço, mais uma vez, a pauta e a oportunidade que temos de seguros no nosso país e a importância de se levar à frente essas iniciativas que estão sendo debatidas e realmente implementá-las. Só teremos um país com crescimento sustentável se a trouxermos o equilíbrio da gestão de riscos para essa agenda, e esse é o papel do nosso setor de seguros. Então, espero que os números fiquem em nossas mentes e, principalmente, a oportunidade que nós temos juntos por meio de uma parceria público-privada. Esse debate junto ao governo e ao nosso órgão regulador com as empresas de seguros privados, é importante para expandir o nosso segmento e trazer um equilíbrio para o nosso país e para as tragédias que sabemos que virão a acontecer, esperamos que mínimas, mas sabemos que virão a acontecer.

Rodrigo Limp



Vice-presidente de Regulação e
Relações Institucionais Eletrobras.

Não há, no mundo de hoje, desenvolvimento sem olhar para a economia verde. As pautas Agenda Verde e Desenvolvimento Econômico são totalmente convergentes, só que, para que elas tragam os benefícios que a sociedade espera, é preciso planejamento e um alinhamento entre as políticas públicas, a atuação do poder público, do governo, e também das empresas. É preciso que esse alinhamento exista para que essas pautas sejam, de fato, convergentes e agreguem benefícios para o setor.

Trazendo um pouco mais para o setor elétrico, que é o campo de atuação da Eletrobras, o Brasil é a referência e o exemplo em termos de energia renovável, em que cerca de 89%, 90% de toda a energia consumida no Brasil vem de energias renováveis. Então, é uma matriz de referência mundial. Quando olhamos a expansão e o futuro do setor, ele vai continuar sendo essa referência. Temos um grande projeto de expansão, e boa parte da expansão da geração será de energia eólica e solar. Isso ocorrerá muito na região Nordeste, que é uma região que, certamente, terá um grande desenvolvimento econômico.

Para que tenhamos esse desenvolvimento das fontes renováveis, precisamos tam-

bém tratar de algumas pautas que são relevantes para viabilizar essa expansão. Aqui eu trago uma menção às fontes que agregam segurança energética, pois, sem elas não se viabilizaria uma expansão tão forte em energias eólica e solar, principalmente. Eu destaco, portanto, a fonte hidrelétrica, que, além de ser uma fonte que agrega flexibilidade na operação, segurança energética, é uma fonte também renovável e limpa. Também destaco o sistema de transmissão de energia, que interliga as regiões e permite o escoamento dessa energia renovável. Muitas vezes, quando se fala de transição energética, só se fala nas fontes e se esquece que a transmissão é um elemento fundamental na transição energética. O Brasil é um exemplo, em termos de sistema interligado. Vou abordar um pouco mais à frente a interligação de Roraima, que hoje é o único estado no qual a Eletrobras tem liderado uma obra. Além disso, temos os investimentos futuros. Tivemos, nos últimos meses, os dois maiores leilões de transmissão da história, que vão permitir essa integração, além de viabilizar a expansão do consumo e a integração das novas fontes. Então, reforço essa questão do alinhamento de políticas públicas com a atuação do setor privado. No lado do poder público e das políticas públicas, precisamos de políticas eficientes, com adequada alocação de custos, atuação nos subsídios, falando do setor elétrico, que hoje tanto penalizam os consumidores de energia. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem atuado muito fortemente, assim como também o Ministério, o Congresso, na redução dos subsídios que tanto penalizam os consumidores. O Brasil é o país das fontes de energia renováveis baratas, mas o consumidor acaba sofrendo com custos caros, muito pelos subsídios, alguns deles que, hoje, não se justificam mais. Do lado do setor privado, precisamos que as empresas, especialmente as grandes empresas, tenham esse compromisso com a sustentabilidade.

A Eletrobras tem consciência do seu papel nessa agenda, até pelo porte da Eletrobras, que é a maior empresa de energia renovável da América Latina. A Eletrobras tem consciência do seu papel e da sua importância na transição energética, como um vetor da agenda verde e do desenvolvimento econômico. Nós temos trabalhado muito nesse sentido, especialmente nos últimos dois anos. Aprovamos, em 2023, o nosso compromisso Net Zero 2030, alinhado com as metas globais de redução das emissões de gases causadores de efeito estufa. A Eletrobras caminha com alguns desinvestimentos que foram feitos para ser uma empresa 100% renovável. Hoje, é a maior

empresa da América Latina e caminha para ser 100% renovável, ampliando seus investimentos. Nós mais do que dobramos nossos investimentos nos últimos anos, em relação ao período anterior da capitalização. Em geração de energia, temos um grande projeto de energia eólica sendo desenvolvido na região sul do Brasil, que tanto tem sofrido, o projeto do Parque Eólico Coxilha Negra. Aproveito para reforçar a solidariedade com o povo do Rio Grande do Sul.

Na parte de transmissão, a interligação de Roraima por Manaus, uma obra que foi listada em 2011, e que, de fato, as obras só iniciaram nos últimos anos. A Eletrobras tem muito orgulho de participar desse projeto, de impulsionar essa obra que trará tantos benefícios para o estado, em termos de segurança energética e de descarbonização. Roraima ainda é atendida, uma parte muito relevante, por de usinas térmicas a diesel, teve uma modernização recente com usinas a gás, mas ainda tem um parque diesel muito grande. Então, a interligação vai permitir essa redução. Logo, essa obra contribui também com a sustentabilidade do estado.

A Eletrobras voltou a participar muito ativamente nos leilões de transmissão, depois de um longo período afastada. No último leilão, tivemos a satisfação de vencer quatro lotes, totalizando investimentos de cerca de 6 bilhões. Inclusive, assinaremos o contrato de concessão nos próximos dias com a NEO e com o Ministério de Minas e Energia. Nós também fizemos investimentos nos ativos existentes, reforçando a resiliência do sistema, com a modernização de ativos de transmissão e de geração, que tanto são importantes nessa pauta da Agenda Verde, gerando empregos, desenvolvimento econômico, segurança energética e sustentabilidade. Então, de forma geral, nós sentimos, não só falando pela Eletrobras, mas tenho certeza que todas as outras empresas muita disposição em investir nessa Agenda Verde, especialmente no Brasil. É claro que, para que os investimentos aconteçam da forma adequada, são necessárias regras claras, segurança jurídica, estabilidade regulatória e respeito às decisões tomadas. Nós temos tudo isso e observamos uma aderência muito grande com o que tem sido discutido em termos de políticas públicas.

Em termos de futuro, também queria citar o desenvolvimento das novas tecnologias. Fazendo uma menção específica ao hidrogênio verde, para que se torne o hidrogênio verde uma realidade e que gere desenvolvimento, precisamos também, muito fortemente, desse alinhamento das políticas públicas com a atuação das empresas. Tivemos, recentemente, pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), a aprovação da Política Nacional do Hidrogênio Verde. No Senado Federal, foi aprovado o projeto do hidrogênio verde, que foi um avanço muito importante. Quero destacar um ponto especial, que foi a inclusão das hidrelétricas como fonte para o hidrogênio verde. Esse é um grande potencial competitivo do

Brasil, e não seria, na nossa percepção, positivo para o país excluir as fontes hidrelétricas, que são fontes renováveis e que agregam tanta segurança e sustentabilidade para o setor.

A Eletrobras, além das políticas públicas, também tem feito a sua parte e temos atuado fortemente na pauta do hidrogênio verde. Já temos uma planta, ainda em menor escala, em operação em Tumbiara, que é a planta que maior quantidade de hidrogênio verde produz no Brasil, e feito diversos estudos e parcerias visando a produção de hidrogênio verde em maior escala. Temos dedicado muita atenção a essa pauta, buscando parcerias com grandes empresas alinhadas com esses objetivos de desenvolvimento sustentável do país.

Nós enxergamos um futuro muito promissor para o Brasil. Essas pautas podem gerar muitos benefícios em termos socioeconômicos e para o desenvolvimento de regiões carentes no Brasil. A agenda verde é um vetor para permitir esse desenvolvimento.

Isadora Cohen



Vice-presidente do
Conselho do Infra
Women Brazil.

A pauta da Agenda Verde e do Desenvolvimento Econômico traz um olhar importante para as parcerias que a universidade faz junto com o setor público e também com a iniciativa privada. Eu vou abordar as Parcerias Público-Privadas (PPPs) para falar sobre essa intersecção e como isso não pode andar separado. Hoje, o Brasil desponta como um dos países que mais tem PPPs celebradas no mundo. Contamos com quase 300 projetos, isso sem contar as concessões em âmbito federal, de PPPs que foram celebradas desde 2006 até agora. Isso é muito relevante e nos coloca num mapa muito estratégico para quem quer entender melhor sobre PPPs e concessões. Por já termos quase 300 projetos de PPPs, devemos aprender com o que já foi feito e aprimorar esses projetos. Esse ambiente é muito profícuo.

Por que falamos de PPPs? Porque, hoje, temos coisas muito interessantes acontecendo no universo das parcerias público-privadas. Em âmbito federal, temos incentivos para que isso aconteça. A Secretaria do Tesouro Nacional apoia com garantias o desenvolvimento de PPPs, tanto em âmbito federal, como também nos entes subnacionais, estados e municípios. Temos garantias que

são importantes e que, pela primeira vez, trazem uma perspectiva de que conseguimos ter apoio da União para o desenvolvimento desses projetos. Este é um momento muito relevante para o desenvolvimento desse instrumento. Além desse anúncio, conseguimos, nas PPPs, pensar em resiliência da infraestrutura, em colaboração público-privada, em financiamento, nos seguros e na gestão eficiente dos riscos.

Para a gente fazer a intersecção com a Agenda Verde, eu vou tratar de dois temas específicos. O primeiro é sobre as PPPs para a manutenção das florestas em pé. A regulação do mercado de carbono no Brasil e o desenvolvimento de PPPs para a conservação da floresta em pé e para a geração de créditos de carbono, posicionam o Brasil no mapa do mundo quando o assunto é carbono e agenda de desenvolvimento verde. O outro tema que eu vou abordar é sobre as PPPs em drenagem. Não dá para falar de Brasil sem se referir também ao evento climático extraordinário, ou não, que aconteceu no Rio Grande do Sul. Nós podemos e temos um instrumento potente para, eventualmente, mitigar e minimizar esses impactos, que são as PPPs de drenagem. Elas podem, inclusive, ser acopladas em PPPs já existentes. Por que isso é tão interessante? Porque mostra como esse mecanismo traz aquilo que falei da resiliência da infraestrutura. Como são contratações de longo prazo, nós temos mobilizado um parceiro privado, que apoia o governo em dar respostas rápidas e ágeis para aquilo que se apresenta. Por que não usar essas parcerias para abranger a reconstrução de temas correlatos, de trechos adjacentes? Os eventos não são novidades. Nós temos que, cada vez mais, nos acostumar com isso. Nós precisamos estar atentos para soluções que vão ser colocadas para que possamos resolver esses problemas de uma vez por todas. As PPPs estão a serviço disso.

O Infra Women Brasil, hoje, reúne e congrega mais de 2 mil mulheres. Eu aprendi com uma colega minha do Infra Women que, se mantivéssemos a nossa Amazônia em pé, nós, possivelmente, conseguiríamos atribuir um valor de mais de 300 bilhões de dólares para essa nossa floresta. Hoje, felizmente, temos iniciativas nesse sentido, que passam justamente pelas parcerias público-privadas. Estou falando em crédito de carbono, isso sem contar a biodiversidade, a preservação dos rios e a preservação dos vulneráveis, e todo o olhar social que temos que ter também para essas áreas.

Hoje, temos uma iniciativa importante, em Minas Gerais, de preservação de áreas degradadas pela iniciativa privada, com venda de eucalipto, de madeira sustentável, que é muito interessante, que vale a pena ser olhada. Temos o Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) olhando para pagamentos por serviços ambientais, o que também é relevante para esse momento. Nós temos o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), junto com Roraima e com o Pará, que está fazendo um esforço para fazer PPPs para preservação das áreas da floresta em pé e para geração de crédito de carbono pela iniciativa privada. Aqui, eu posso citar as Florestas Nacionais de Anauá, em Roraima, e no Pará, as que vão receber esses esforços, que são as Florestas Nacionais da Mulata, a Quiri e Trairão. Há também uma iniciativa do próprio governo do Pará de fazer a parceria público-privada para as florestas do Iriri, do Paru e outras tantas. Estamos em um bom caminho, mas precisamos acreditar mais nesse instrumento.

Para concluir, temos experiências bem-sucedidas mundo afora sobre a drenagem. Por exemplo, em Barcelona, temos um único prestador concessionário que faz todo o serviço de água, esgoto e também de drenagem. Por que não nos valermos dessas experiências internacionais, que fazem tanto sentido, que colocam os países desenvolvidos em um outro nível, quando falamos de saneamento? Por que não importarmos essas experiências bem-sucedidas para o Brasil? Hoje temos um momento muito auspicioso para fazer isso. O novo marco foi aprovado há quatro anos e temos construído cada vez mais projetos nesse sentido. Temos executivos que acreditam nessa agenda e um mercado que tem se desenvolvido cada vez mais e melhor, com empresas privadas que vêm para apostar no Brasil. Também temos segurança jurídica nos investimentos. Por que não apostar nesse ambiente de tamanho desenvolvimento para que possamos olhar para a drenagem por meio desse mecanismo, que são as PPPs, e fazer com que cada vez mais o nosso investimento em infraestrutura resiliente para casar a intersecção com a agenda verde e o desenvolvimento econômico sustentável possa, de fato, ir para frente?

MESA II

02

MODERADORA -

CRISTIANE DE OLIVEIRA COELHO GALVÃO¹

REGULAÇÃO FINANCEIRA E MERCADO DE CARBONO

¹ Professora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Cristiane de Oliveira Coelho Galvão



É um prazer contar com audiência tão completa e tão qualificada para conversarmos sobre mercado de carbono, um tema tão novo e candente que tem o potencial de colocar o Brasil, efetivamente, no centro das discussões e, se fizermos direito, saímos daquele desejo de futuro para o efetivo futuro.

Professora do Instituto
Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e
Pesquisa.

MODERADORA

João Pedro Nascimento



Presidente da Comissão
de Valores Mobiliários.

O tema do mercado de carbono é muito relevante para o mercado de capitais e tem sido uma pauta em que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) vem se dedicando, porque enxergamos, no mercado de carbono, uma oportunidade de aumentar a relevância do mercado de capitais do Brasil. Assim, eu vou começar passando algumas mensagens.

A primeira delas é que os modelos econômicos tradicionais foram concebidos em uma era em que as pessoas não tratavam da finitude dos recursos. Ninguém levava em consideração, nos modelos econômicos, nada diferente do que o objetivo finalístico da obtenção do lucro. O objetivo finalístico da obtenção do lucro é, e sempre será, o fim social de todas as atividades empresárias e é fundamental que permaneça dessa maneira.

No entanto, é importante reconhecer que hoje existe uma série de tendências globais associadas ao reconhecimento de que o lucro pode alcançar dimensões ainda mais abrangentes se considerar, também, os valores adicionados que uma agenda responsável na temática da sustentabilidade é capaz de proporcionar. Eu costumo dizer que a diferença entre o remédio e o veneno é a

dose. Em relação ao mercado de carbono, vamos ter oportunidade de viver exatamente isso, assim como acontece em vários dos assuntos relacionados à economia verde e às finanças sustentáveis.

Numa sociedade extremamente polarizada, é importante encontrarmos uma noção de equilíbrio para não forçar demais a existência de um mercado a fim de que ele não seja só sustentável do ponto de vista ambiental, mas também do ponto de vista econômico. É interessante levarmos em consideração que o tema das finanças sustentáveis é muito mais abrangente do que a discussão pura e simples do mercado de carbono.

A CVM tem feito inúmeros esforços para ter, no Brasil, uma liderança em relação à economia verde e às finanças sustentáveis. Esses esforços vêm rendendo para a CVM muitos reconhecimentos internacionais que podem ser úteis, tanto para o setor público quanto para o setor privado. Trazer o mercado de carbono para dentro do mercado de capitais é reconhecer a oportunidade que o Brasil tem, quase que uma vocação natural. O Brasil é um país de proporções continentais, com vegetação nativa preservada, que utiliza fontes energéticas limpas e tem vários motivos para ser um líder nessa pauta.

A CVM já fez alguns dos esforços no sentido de posicionar o Brasil adequadamente dentro da agenda sustentável na economia e no mundo das finanças. Esse é um tema transversal. Então, haverá contribuições que virão dos profissionais do direito e de economia, e será muito importante termos um diálogo permanente com a ciência. Sem a ciência, esse discurso não segue adiante. A CVM editou, nos últimos anos, um destaque principal para a Resolução 193. O Brasil foi o primeiro país do mundo, por meio da CVM, a ter uma norma que inseriu dentro da sua regulação as regras sobre o reporte de sustentabilidade. É interessante entendermos que finanças sustentáveis é um mercado global integrado. Portanto, precisamos assegurar que os ativos das finanças sustentáveis sejam harmônicos, comparáveis e interoperáveis para além do Brasil.

Isso exige três questões que estamos chamando de *building blocks* nos fóruns internacionais. A primeira delas é o tema da taxonomia, no sentido de fazer ali uma segregação do que é, quais ativos têm que ir na natureza. Como se tivéssemos um fenótipo dos

ativos ambientais. Depois, o tema do *reporting*, como comunicamos os compromissos de sustentabilidade. Em terceiro, o *assurance*, é como verificamos se aquilo que foi comunicado está adequado.

Então, o Brasil foi pioneiro em relação à Resolução 193. O Brasil também foi pioneiro em relação à Resolução 175, que é a marca regulatória dos fundos de investimento, em várias dimensões relacionadas aos ativos ambientais. A primeira delas, na disciplina de como os fundos de investimento podem carregar as nomenclaturas verde e ESG, sendo certo que queremos evitar o *greenwashing*. Há também a Resolução 59, que abordou uma temática importante, que foi aquela resolução do “Pratique ou Explique”, dentro do formulário de referência das companhias abertas.

O que eu queria passar aqui, é uma mensagem de equilíbrio. Como é o mercado de carbono no Projeto de Lei (PL) que está ali estabelecido? O PL de carbono brasileiro segue um modelo internacional do que chamamos de *cap and trade*, que é o estabelecimento de um limite máximo de emissão para grandes emissores, de tal maneira que os emissores que queiram emitir para além desse limite possam adquirir os créditos dos emissores que não consumam todo o seu limite. Do ponto de vista científico, faz bastante sentido isso, mas é interessante lembrarmos a importância da harmonização. Só haverá um mercado de crédito de carbono se houver compradores desses créditos. Então, é interessante que tenhamos, por exemplo, um equilíbrio em quanto cada país pode estabelecer, por setor de indústria, como limite máximo de suas emissões.

Isso é importante para não se favorecer os países a estabelecerem limites muito altos e todos os países se verem credores do mercado de carbono. É interessante que, nos fóruns internacionais, todos os países se veem credores desse mercado e falta devedor. Esse mercado só vai prosperar se houver alguém reconhecendo a obrigatoriedade de efetuar esse pagamento. Então, é importante criarmos, de uma maneira bastante serena, essa transição segura para não fazer desse esforço uma panaceia, um esforço frustrado. O nosso PL tem vários ângulos transversais e eu vou me ater exclusivamente aos três pontos principais que tocam a temática do mercado de capitais. São eles: a definição da natureza jurídica do crédito de carbono, a temática do regime de sanções que o PL estabelece em relação ao cometimento dos ilícitos administrativos relacionados ao crédito de carbono e o terceiro é uma brasilidade que devíamos ter muito orgulho dela e colocá-la como algo muito importante para defendermos, que são os certificados de recebíveis ambientais. Guardem esse nome e ajudem a defender essa pauta que é tão importante para a CVM.

O primeiro tema da natureza jurídica está relacionado a como poderíamos classificar o crédito de carbono. Alguns países, do ponto de vista jurídico de mais essência, classifi-

cam o crédito de carbono como sendo uma *commodity*. A rigor, a opção legislativa feita pelo Brasil é a classificação do crédito de carbono como um valor mobiliário. Se rodássemos o *Howey Test* no crédito de carbono, que é aquela definição aberta que a Lei nº 10.303 inseriu na Lei nº 6.385, para ver quais são os valores mobiliários que se enquadram nessa noção mais aberta, provavelmente o crédito de carbono não seria enquadrável como um valor mobiliário. A opção legislativa, no entanto, não é um erro. Se fizermos o *Howey Test* em vários derivativos, eles também não cairiam no conceito de valores mobiliários. Aqui, temos que reconhecer que, no Brasil, a dinâmica regulatória para os mercados de capitais é muito menos complexa do que em outros países. O mandato da CVM no Brasil, por exemplo, é muito maior do que o mandato da U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) nos Estados Unidos. O mandato da SEC nos Estados Unidos se limita aos *securities*. A agência que cuida das *commodities* nos Estados Unidos é a Comissão de Negociação de Futuros de Commodities (CFTC). Além disso, a parte dos auditores lá é traçada pelo Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB). É interessante dizer também que ainda fazemos aqui o julgamento dos ilícitos administrativos referentes à interpretação da lei das S.A. ou seja, o mandato da CVM, no Brasil, é muito largo. Estou dizendo isso porque classificar o crédito de carbono como um valor mobiliário no Brasil não é um erro. Classificar o mercado de crédito de carbono como um valor mobiliário no Brasil é reconhecer que, no regime de transferência, circulação, comercialização, já existe todo um conhecimento adquirido ao longo do tempo que podemos apropriar o crédito de carbono, trazendo rigidez e segurança para o funcionamento desse mercado.

Indo para o segundo ponto, o regime das sanções, eu achei que o PL foi supercuidadoso para evitar um *busy-needng*, no sentido de que os ilícitos decorrentes de eventual problema na negociação dos créditos de carbono no ambiente do mercado de capitais entram também na apuração do regime sancionador da CVM, para não haver duas vezes a aplicação de um regime sancionador.

Meu terceiro ponto é a defesa do Certificado de Recebíveis Ambientais (Cram). Em 2021, teve o marco legal da securitização, ampliando a possibilidade dos produtos securitizáveis para além do setor imobiliário e do setor ambiental. O Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI) e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA) são ferramentas muito bem-sucedidas na economia brasileira, e observamos eles crescendo de forma muito grande ao longo dos últimos anos no mercado de capitais, em grande parte por conta do incentivo tributário associado a eles, que permanece. Houve, recentemente, uma resolução nova do Conselho Monetário Nacional, tentando restringir um pouco o lastro dos créditos que são enquadráveis dentro desses valores imobiliários. O que eu queria dizer para vocês?

O Certificado de Recebíveis Ambientais (Cram) é a democratização da agenda susten-

tável porque a pauta do crédito de carbono é uma pauta dos grandes emissores, das supergrandes companhias abertas, e é natural que seja assim, porque não se quer onerar o pequeno e o médio empreendedor. Quer-se que o pequeno e o médio empreendedor possam crescer com uma legislação suave, flexível, sem muitos entraves, sem muito peso nas costas do empreendedor. Se quisermos ver a agenda sustentável florescer, de fato, no mercado de capitais, é importante que ela não se limite ao crédito de carbono, ao mercado de carbono regulado. Então, por exemplo, nos estudos que estamos desenvolvendo na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), e o Brasil, hoje em dia, tem uma cadeira cativa como membro permanente do Conselho de Governança Corporativa, analisamos os efeitos econômicos dos *green bonds*, que são os títulos de dívida verde, e observamos que, no momento atual, não há evidências empíricas de um valor adicionado em relação aos compromissos ambientais assumidos pelos emissores.

É importante fazermos isso de forma gradual. Essa é uma agenda muito importante e uma agenda cheia de oportunidades para o Brasil. O mundo vem reconhecendo, no Brasil, essa liderança e, para que consigamos mantê-la, é relevante que nós não limitemos isso ao crédito de carbono e que democratizemos o mercado de capitais. O Cram proporciona o ingresso de mais emissores e ainda traz aqui algumas questões, porque ele não compete com o crédito de carbono, de maneira geral. A CVM vai precisar de reforço e estamos com o nosso quadro absolutamente enxuto e enfraquecido para os desafios atuais e, por isso, eu agradeço a todos que vêm defendendo a pauta da CVM.

Para concluir, dado que estamos falando de um mercado global integrado, o crédito de carbono associado, por exemplo, ao *digital finance*, pode gerar uma maior integração do mundo com a *tokenização* dos ativos ambientais. Nós estamos discutindo, inclusive, a possibilidade, no contexto desse reconhecimento da liderança também do Brasil, falar do *token* do crédito de carbono.

Cristiane de Oliveira Coelho Galvão

Eu abro a palavra para algumas considerações finais pelo presidente João Pedro Nascimento e pelo ministro Joaquim Levy, porque não teremos, em breve, a oportunidade de ter essas considerações sobre esse tópico tão candente com essas duas autoridades no tema.

João Pedro Nascimento

Para fazer um *wrap-up* final, aproveitando as falas e tentando conectar todas elas, gostaria de dizer que quem vai impulsionar a regulação financeira da economia verde é o público consumidor dos produtos, é o investidor que vai pagar um valor adicionado nas emissões de determinados valores mobiliários.

Se a agenda sustentável não for sustentável do ponto de vista econômico, ela não vai prosperar. Ela precisa ser uma agenda de recompensas. O que é uma agenda de recompensas? Basicamente, se eu sou um fundo de investimentos ou uma companhia aberta, um emissor de valores mobiliários, o valor mobiliário emitido por mim consegue uma captação maior do que o valor mobiliário emitido por outro, supostamente, porque os compromissos sustentáveis por mim assumidos são maiores. De outra maneira, o valor de um produto final tende a ser um pouco maior, porque aquele produto é mais saudável no sentido de ser mais comprometido com a pauta sustentável.

No campo da atração de talentos, sou professor universitário e convivo com os mais jovens. Os mais jovens, hoje, se alimentam do propósito. É diferente das gerações antigas que simplesmente pensavam em entrar e fazer carreira em uma determinada instituição. O jovem quer entender que ele está trabalhando em um objetivo mais finalístico.

Agora, quero ponderar sobre a conexão entre o *digital finance* e o *sustainable finance* e a capacidade que o Brasil tem de ser líder nessa pauta, especialmente quando pensamos que, para um mercado global integrado, precisamos, por exemplo, pensar a conveniência de que os créditos de carbono sejam *tokenizados* para serem comercializados no mercado de capitais. Essa é uma outra discussão, e nós temos que ver que o projeto de lei, tal como colocado, está bem concebido, mas sempre vai melhorar, e nos colocamos à disposição para permanecer atentos ao diálogo e à escuta ativa.

Leonardo Barbosa



Diretor de Relações
Institucionais da
Confederação
Nacional de
Instituições Financeiras.

Eu vou ser bastante objetivo e tocar em um dos pontos que eu sei que é muito importante para uma das nossas associadas, que é a Federação Brasileira de Bancos (Febraban), mas que, na verdade, é reconhecido por todas. Nós temos um fórum técnico que debate a questão do mercado de carbono, e todas as associadas da Confederação Nacional de Instituições Financeiras (CNF), que envolve o mercado bancário, o mercado financeiro, o mercado de capitais, as infraestruturas de mercado financeiro, estão de acordo com o ponto do tratamento desse ativo como valor mobiliário, sempre que ele for negociado em mercado financeiro ou de capitais.

Essa discussão não é uma discussão diletante. Eu vou ter a ousadia de fazer uma metáfora com as decisões da Constituinte, quando discutíamos o que tinha ou não tinha que estar na Constituição. Às vezes, pensávamos em normas materialmente constitucionais, pensávamos no tema que essas normas regulam, a organização do Estado, os direitos fundamentais, e várias coisas que não têm nada a ver com isso entraram na Constituição. Por que elas receberam um tratamento de norma constitucional? As decisões variam muito,

mas, em grande parte das vezes, é porque queríamos revestir aquela norma de proteção constitucional. Essa proteção, às vezes, significa, inclusive, a proteção da jurisdição constitucional, a proteção de quem cuida da aplicação daquela norma.

No caso do crédito de carbono, temos a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Então, estamos olhando para um regulador adequado, com uma estrutura estabelecida e um léxico conhecido de quem faz investimentos no Brasil, desde fora como de dentro do país, e para um conjunto de garantias que asseguram maior segurança, transparência, rastreabilidade, e diminuem os riscos de dupla contagem etc. Para nós, esse dado é muito relevante.

Eu vou situar muito rapidamente essa discussão no contexto do Congresso. Nós começamos a fazê-la já tem algum tempo. O projeto, no âmbito da Câmara dos Deputados, começou a discutir isso em 2015. Essa discussão toca num tema, esse sim, muito caro para mim, que sou servidor licenciado de carreira da Câmara e fui secretário-geral da Mesa, que é a questão do processo legislativo. Câmara e Senado debatem esse tema.

No Senado, no PL 402/2024, a discussão chega com os créditos de carbono todos, com o valor imobiliário, tanto as cotas como as reduções verificadas, como os créditos de carbono, ou seja, o mercado regulado e o mercado não regulado. Na Câmara, o mercado voluntário foi suprimido do artigo 14, o que gerou certa insegurança sobre qual seria a natureza desses ativos, caso o projeto fosse aprovado na versão da Câmara. É uma boa ideia, e bastante factível, devolver essa natureza jurídica de valor imobiliário para esses ativos no âmbito do Senado. Hoje, nos encontramos na expectativa dessa decisão, que não é importante só do ponto de vista da construção de segurança. Nós estamos olhando para o mercado internacional, e esse mercado precisa se comunicar, ser interoperável e falar a mesma língua. Isso não significa, contudo, que, necessariamente, do ponto de vista doméstico, esses ativos vão ser tratados todos do mesmo jeito em todas as jurisdições do mundo.

Todos os relatórios de grandes escritórios de advocacia que fazem esse acompanhamento reconhecem que isso não é factível nem plausível. No entanto, não significa

que nós não possamos fazer opções inteligentes. A opção pelo valor imobiliário nos parece uma opção inteligente, porque esse é um conceito legível para quem está fora do Brasil. A pessoa sabe o que vai acontecer se eu usar esse ativo como uma garantia, se eu encarteirá-lo por algum tempo. Além disso, a questão prudencial vai favorecer e tornar o custo factível para as instituições financeiras investirem em projetos de geração e desenvolvimento de crédito. Nós precisamos lembrar que, no caso do Brasil, nós somos produtores e desenvolvedores desse ativo, ou seja, nós precisamos investir para estruturar esses projetos.

Quando fazemos isso, estamos falando de, possivelmente, instituições financeiras que vão encarteirar esses ativos por um período considerável de tempo. A nossa expectativa, em relação a todo esse debate, é que consigamos produzir um marco legal que sirva não só como um estímulo de um mercado novo, que estava em um bilhão, há cerca de dois anos, e olhemos com um potencial de 50, sendo que o Brasil tem essa expectativa de ter em torno de 15% desse mercado mundial. É uma expectativa bem positiva.

Nós queremos, também, promover uma mudança sobre a mentalidade do papel do setor financeiro no combate à mudança climática, no desenvolvimento de pautas sustentáveis. Aqui nós sabemos que, notadamente, os bancos todos participam de uma grande aliança pela descarbonização. Isso envolve, necessariamente, a descarbonização das carteiras dos bancos. Para isso, precisamos criar condições que sejam favoráveis a essas medidas. Eu vejo, da nossa parte, um engajamento muito grande. Coincidentemente, isso também nos coloca diante da necessidade de resolver problemas de processo legislativo que são interessantes e desafiadores.

Do mesmo jeito que estamos enfrentando esse projeto do mercado de carbono, não pensem que ele está isolado. Nós também estamos enfrentando esse problema no projeto de inteligência artificial. A discussão entre Câmara e Senado, do ponto de vista bicameral, precisa ser capaz de produzir boas respostas e esperamos que eles a produzam no campo do mercado de carbono. Se fôssemos liberais clássicos, como no início dos Estados Unidos, possivelmente diríamos que foi para isso que o bicameralismo foi pensado, para tornar adesões mais difíceis, menos plausíveis. No entanto, nós estamos em outro momento histórico e precisamos que o Congresso seja capaz de oferecer respostas consistentes para os problemas que estão colocados.

Eu vou me limitar aqui à questão da natureza jurídica do valor imobiliário. Nós sabemos que tem muitos outros problemas e questões que estão ali por trás desse debate, mas, em síntese, o que é fundamental para nós? Do ponto de vista negocial, ser valor imobiliário nos permite garantir melhores condições de financiamento e inves-

timento nesse ativo. Do ponto de vista prudencial e regulatório, nós gostaríamos muito que isso fosse supervisionado pela CVM. Por fim, eu vou frisar que nós não estamos propondo que os créditos de carbono no mercado voluntário sejam valores imobiliários em qualquer situação, apenas quando negociados no mercado financeiro e no mercado de capitais. Então, é muito importante frisarmos isso, porque esse custo vai aparecer apenas para quem quiser transacionar esses ativos nesses mercados.

Joaquim Levy



Economista-chefe
do Banco Safra.

Eu acredito que a proposição que está no Projeto de Lei (PL) 412/2022, de fazer que os créditos carbonos sejam tratados como ativos imobiliários, é mais ou menos pacificada no mercado regulado. Agora, o mercado regulado, no fundo, vai ser uma fração pequena do mercado total de crédito de carbono. Só para dar uma ideia, dentro das emissões totais do Brasil, a indústria, digamos que deu cerca de 100 milhões de toneladas. Só que essas são poucas, porque, na maior parte dos nossos processos industriais, nós já encontramos outras opções. Há, por exemplo, a celulose que, há muitos anos, não usa diesel para sua energia, pois usa a própria madeira, ou seja, ela é até negativa, de certo modo, do jeito que está lá no PL, já que ela considera desde a plantação até o produto final. Então, isso significa que os setores que estão sendo afetados pelo mercado regulado, que é o coração deste projeto, eles são, na maior parte, aquilo que é chamado de difíceis de descarbonizar. Isso é importante porque, desses 100 milhões, nos próximos anos, se conseguirá tirar 20%.

Parte dessa redução tem que ser pelo esforço próprio da indústria, novas tecnologias, novas máquinas etc. Haverá

ali uma janela, digamos, 20% dessa redução, vai estar falando de créditos carbonos, *offsets* ou outras coisas desse gênero. Isso significa que, ao final das contas, nós vamos estar falando de umas 5 milhões de toneladas por ano. Isso, mesmo multiplicado por um preço de 40, 50, 100 dólares, estamos falando de um mercado da ordem de 500 milhões de dólares, o mais ambicioso dentro dos que os créditos carbonos podem trabalhar no mercado regulado. Isso é importante, mas é um mercado mais limitado. É bom que tenha máxima segurança jurídica, mas serão os outros produtos, as outras manifestações de atividades que sequestrem ou evitem carbono, que vão ser o grande mercado, que hoje é convencionado como voluntário. Voluntário porque nada do que produzimos hoje é aceito em outros mercados regulados.

O Emissions Trade System (ETS) europeu não reconhece nada do que fazemos. Hoje, os compradores desses mercados voluntários são, majoritariamente, empresas multinacionais, em geral, do setor de tecnologia, que até não têm tantas emissões, mas querem fazer esses *offsets* e têm dinheiro, têm uma perspectiva de fazer isso, inclusive em questão de carbono evitado em florestas etc.

Eu chamo a atenção, um pouco mais do lado econômico e financeiro. O que eu quero desse mercado de carbono regulado no Brasil? Dado que a proporção da indústria, no total, corresponde a menos de 10% das emissões brasileiras, não vai o mercado de carbono que vai, realmente, fazer um impacto nas emissões de carbono total brasileiras. O que faz diferença é o desmatamento, são outras coisas. Logo, o objetivo desse mercado não é reduzir drasticamente as nossas emissões. Esse é o primeiro motivo.

O segundo motivo, que se pode considerar, é proteger a nossa indústria no comércio internacional. É muito importante que ele seja desenhado de forma que seja reconhecido. Todo mundo aqui conhece o Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) e outras medidas. Se houver um mercado de carbono no Brasil, se as empresas forem exportar aço, enquanto não for o aço verde ou o aço do hidrogênio, vão ter pagado alguma coisa em termos de crédito de carbono aqui no Brasil. Então, temos que prestar muita atenção, dentro desse aspecto jurídico, em como essas coisas viajam no resto do mundo. Essa é uma questão jurídica e, também, diplomática. Porque,

senão, não adianta ter um mercado de carbono regulado no Brasil, que as empresas industriais, na verdade, vão ter um ônus, de certo modo, e esse ônus não vai ser reconhecido e, quando eles chegarem na fronteira da Europa, eles vão dizer, que esse crédito de carbono não conta. Então, temos que prestar muita atenção, pois, no fundo, o que precisamos é que tenha um passaporte. Ainda que seja no mercado local, o principal objetivo de fazermos um PL de carbono e estarmos criando esse mercado de carbono, é ajudar as empresas a poderem enfrentar a concorrência mundial. Logo, tem que ter essa compatibilidade, senão, nós teremos feito um exercício lindo, mas sem resultados efetivos. Estaremos apenas onerando alguns setores.

Aqui entra a questão do reconhecimento do crédito de carbono brasileiro, que não é tanto jurídica, mas também é uma questão das metodologias. Quais ações podem realmente gerar crédito de carbono, ou permitem que se tenha um produto de baixa pegada de carbono? É preciso ter a metodologia que demonstre, não só o que não está associado ao desmatamento, e, no fundo, é um grande mistério, mas provavelmente a proporção da produção total de bovinos, que é associada diretamente ao desmatamento, é relativamente pequena. Não quer dizer, com isso, que o desmatamento não seja um problema. Estou dizendo que a proporção de quem entra na cadeia, principalmente na cadeia que é exportada, é relativamente pequena, apesar de só se conseguir ver o último elo. Outra coisa é, então, reconhecer se, por exemplo, consegue-se abater ou gerar crédito porque eu tenho, por exemplo, carbono no solo, ou porque eu estou fazendo a agricultura integrada com a lavoura, com a floresta etc. Todas essas coisas são fundamentais e elas, basicamente, envolvem discussões metodológicas.

Já tem algumas instituições no Brasil fazendo isso. A Fundação Getulio Vargas está criando mecanismos para podermos ter essa discussão metodológica e nós temos que levá-las ao âmbito internacional. Eu fui escolhido para ser *chairman* da Glasgow Financial Alliance for Net Zero, que é a reunião das instituições financeiras que estão apoiando o Net Zero. Um dos pontos da nossa discussão, inclusive, é exatamente como se incorporam essas metodologias, porque elas são importantes para medir com a exposição das carteiras de empréstimo, as carteiras de investimento das instituições financeiras.

Eu chamo a atenção para um acordo muito importante que houve sobre o tratamento dos créditos de carbono no mercado regulado, como esse tratamento deve ser feito. Foi dada alguma liberdade para os instrumentos fora do mercado regulado. Aqui pode-se até citar a CPR Verde, o Cram, e tem uma série de instrumentos, mas a gente deve se lembrar que, no fundo, o nosso foco tem que estar sempre no mercado global.

Tudo o que fizemos, tanto do lado puramente jurídico, e principalmente do lado da metodologia, e que se reconheçam as práticas de baixo carbono do Brasil em todos

os setores, tanto nos setores industriais, biocombustíveis etc., devem sempre ter esse foco de estar aumentando a competitividade das atividades econômicas no Brasil.

Cristiane de Oliveira Coelho Galvão

Eu abro a palavra para algumas considerações finais pelo presidente João Pedro Nascimento e pelo ministro Joaquim Levy, porque não teremos, em breve, a oportunidade de ter essas considerações sobre esse tópico tão candente com essas duas autoridades no tema.

Joaquim Levy

É muito bom a gente ver o envolvimento e o conhecimento das autoridades brasileiras num tema tão importante, porque isso é uma discussão realmente mundial.

Eu vou fazer duas observações. A primeira é que foi perguntado quem serão os compradores finais desses créditos. Mais uma vez, os compradores finais dentro do Brasil são mais ou menos limitados. O comprador internacional e, na verdade, o mercado de créditos carbonos está se modificando, porque os Estados Unidos têm apoiado a tese de usar os créditos carbonos para facilitar a transição do carvão. O carvão, em muitos países, principalmente na Ásia, tem uma longa cadeia de produção, e desativar uma usina de geração elétrica a carvão envolve não só o custo capital daquela indústria, mas toda a cadeia de produção da geração e transporte. Isso vai ter um grande impacto em países como Índia, Indonésia etc.

A ideia é usar o crédito carbono não só para questões geradas em produtos baseados na natureza, mas também para diminuição de emissões de carvão. Quem seriam os compradores? No fundo, o grande comprador mundial para isso serão as empresas de combustíveis líquidos. Ali, deve-se observar a sua cadeia não só de fornecedores, mas também de quem vai usar o seu produto, chamado Escopo 3, para quem acompanha isso mais ou menos de perto.

O mercado de carbono vai crescer e multiplicar na medida em que o Escopo 3 de companhias que o usam, no fundo fala-se de petróleo, venham a comprar esse crédito carbono para lidar com as suas emissões. Isso significa que, na verdade, vai ser um consumidor final de combustível, por exemplo, que vai estar pagando por aí. Agora, nós temos que ter muita atenção em como os créditos carbonos vão ser reconhecidos. Eu fui parte de um High-Level Expert Group da Organização das Nações Unidas (ONU), e há muitas restrições. O Arthur citou que tem 2 mil regulamentações e a maior parte não é favorável ao Brasil. Então, temos que estar atentos a isso.

Por último, o setor financeiro trabalha bastante nisso. Na hora que as grandes empresas assumem seus compromissos de carbono, a primeira coisa que elas falam é se virar para os seus fornecedores, que muitas vezes são empresas médias e pequenas, e avisam que elas terão que melhorar a sua pegada de carbono para poder cumprir o compromisso que a grande empresa assumiu. Então, o sistema financeiro tem que estar preparado, ou seja, como o setor financeiro vai ajudar as pequenas e médias empresas a poderem responder às exigências que as grandes vão começar a botar.

Não posso deixar aqui de dizer que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) disse que adotou o International Sustainability Standards Board (ISSB), que as empresas, daqui a dois anos, a partir de 2026, vão ter que estar botando suas demonstrações financeiras de pegada de carbono, e também até informar seus planos, suas trajetórias de redução de carbono. Então, haverá um novo mundo no Brasil que espelha as novas realidades mundiais. Mas nós temos muito trabalho para conseguir que o que fazemos melhor, o que temos de mais competitivo, seja reconhecido, quer seja na agricultura, na pecuária, ou em outras atividades que temos. Essa vai ser a nossa força do mercado de carbono como um produto até de exportação mundial.

Mauro Ribeiro Neto



Diretor-executivo
da Votorantim S.A.

Eu vou abordar mais a perspectiva da indústria bancária. Minha ideia é discutir um pouco, de forma bem pragmática, como garantir recurso para essa transição, para investimentos em projetos de carbono.

Muito tem se falado em certificação, origem, mas essa indústria vai passar também pelo sistema bancário, não só pelo mercado de capitais. A realidade é que, hoje, nós temos desafios importantes no financiamento desses projetos, passando desde regularização fundiária, por colateralização, que aí depende muito da natureza jurídica desse instrumento. Eu acredito muito que esses pontos precisam ser abordados nos próximos 10 anos. Se dividirmos, tentando fazer aqui uma perspectiva dos últimos 10 anos da indústria financeira e bancária, ela estava muito focada em democratização, bancarização, em competitividade e tecnologia. Se pegarmos os últimos 10 anos, muito se fala em PIX e *Open Finance*, mas pode pegar abertura de arranjo de pagamento, balcão de recebíveis, cadastro positivo, o fim do *lock-in* em folha de pagamento. Essas foram medidas que buscaram a democratização do sistema financeiro, a inclusão bancária, e com re-

lativo sucesso. Se compararmos no mundo, em vários países europeus, a Espanha, por exemplo, discutindo a consolidação do mercado bancário, os Estados Unidos discutindo a consolidação do mercado bancário, e o Brasil, se olharmos a *big picture*, de 2016 para cá, houve 12% de redução dos depósitos nos cinco maiores bancos e quase 10% em empréstimo. São números bem relevantes que mostram que nós fizemos um bom trabalho para sair do foco do produto financeiro e focar na experiência e trazer cada vez mais clientes para o ambiente formal, para o ambiente bancarizado.

Não é à toa que, no Brasil, nós temos mais de mil *fintechs* e 200 delas ligadas só a empréstimos, diretos ou indiretos. Não tem isso em lugar nenhum do mundo. Temos um sistema financeiro bastante tecnológico. É difícil de comparar em qualquer país a relevância da tecnologia e da regulação para empurrar essa tecnologia no Brasil e fomentar a competição. Essas *fintechs* tiveram três papéis bem relevantes na indústria bancária. Primeiro, motivar os incumbentes a saírem do lugar. Os incumbentes fizeram um *catch-up* de tecnologia e experiência do cliente. Elas fizeram parcerias com os incumbentes.

Muitos deles, hoje, atuam de forma tecnológica por meio das *fintechs* e trazem mais competição para o sistema. Aqui, eu vou tangenciar o assunto de carbono e por que a regulação é bastante importante. Muitas das modificações da revolução da indústria financeira vieram dessas *fintechs*. No Brasil, temos vários exemplos bem-sucedidos delas, e isso muito por conta de um *push* da regulação. Quando olhamos, hoje, para o mercado de carbono, a maioria das empresas de tecnologia estão focadas, talvez, na parte mais fácil que é a *tokenização*, porque temos tecnologia disponível, e na parte de certificação e criação de metodologia. O problema central é a regularização fundiária. Não temos, atualmente, empresas de tecnologia focadas nesse problema que, uma vez resolvido, consegue-se atacar o problema da redução do custo de crédito e trazer maior segurança jurídica para a colateralização desses empréstimos para financiar os projetos de carbono. É uma indústria de capital intensivo. Hoje, para fazer um reflorestamento no Brasil, gasta-se, em média, de 30 a 40 mil reais por hectare. É bem caro. A maioria dos projetos de reflorestamento, o valor, dada a volatilidade do preço de carbono, está nos produtos agroflorestais. Pega-se um *project finance* e o retorno está muito mais nos ativos agropecuários do que no crédito de carbono em si.

Abordei um pouco os últimos dez anos, que eu acho que foram focados na melhoria da experiência, na inclusão financeira, e, talvez, os próximos dez anos devam ser focados em como melhorar os indicadores de recuperabilidade de crédito no Brasil. Já estamos vendo exemplos, como o Marco Legal das Garantias e o Desenrola. Eu vou explicar um pouco como eu vejo isso tocando o mercado de carbono.

Quando se compara o Brasil com os Produtos Internos Brutos (PIBs) globais, os indicadores de recuperação, de celeridade, de assertividade para recuperar uma garantia, um produto colateralizado, o Brasil está aquém da metade da média global. É óbvio que isso impacta no custo de crédito, que, por sua vez, impacta o *spread*, que, por sua vez, vai impactar o *flow* de recursos financeiros, fora do mercado de capitais, para financiar essa agenda verde.

Aqui, eu me permito falar também de outro produto ligado à agenda verde, que não necessariamente está ligado ao mercado de carbono, que é o financiamento de painéis solares no país. Já há uma indústria gigantesca, cerca de R\$ 500 milhões por mês de financiamento só no varejo, fora os projetos de atacado, e esse é um produto não colateralizado. Esse é um produto *clean*, na maioria das instituições financeiras, dado a dificuldade de se recuperar o bem. Ao contrário de veículos, onde se tem uma central de gravame, tem-se agora, com o novo Marco Legal das Garantias, a possibilidade de uma recuperação até extrajudicial, que vai impactar no custo de crédito e *spread* bancário.

Aqui, eu quis trazer esse exemplo para demonstrar que, se os últimos 10 anos foram focados em melhoria da experiência do cliente, em democratização do sistema bancário financeiro, diferente do mundo inteiro, estamos vendo um movimento, pelo menos na Europa e nos Estados Unidos, contrário. Os próximos 10 anos vão precisar estar focados em segurança jurídica para a colateralização de produtos para financiar, inclusive, projetos de carbono. Para os bancos financiarem os grandes projetos de reforestamento, e aqui falando um pouco por experiência própria, esses projetos precisam ter, no mínimo, 120, 130 mil hectares. É muito difícil fazer um projeto de carbono, atualmente, de reflorestamento em áreas pequenas. Ele não se paga. Para os bancos financiarem esses projetos, a segurança jurídica, a amarração no colateral desse financiamento é essencial.

É preciso trazer mais assertividade, velocidade, redução de custo para a recuperação desses ativos que estão colateralizados. Isso tem um impacto gigantesco, principalmente para os bons pagadores e para os bons clientes que vão experimentar a redução do *spread* de crédito. Muito se fala no Brasil sobre *spread* de crédito e sobre os custos altos de financiamento, mas eu prefiro olhar o copo cheio. Se olhar os últimos dez anos e, produto a produto, o *spread* em cada produto vem reduzindo. Nós esta-

mos melhorando a segurança jurídica e a regulação e tem muita competição. O mercado de financiamento de painel solar era um mercado de três *players*. Hoje, tem mais de 15 *players* financiando sem colateral. Então, olhando um pouco o copo cheio, acho que a provocação que eu coloco é como trazer segurança jurídica para garantir um colateral forte, robusto, que seja economicamente apreciável para o banco e que nós possamos retomar, obviamente, e garantir, assim, a redução do *spread* bancário.

Arthur Pinheiro Machado



Advogado.

Para explicar a questão prática do crédito de carbono, vou contar uma história que é relevante para entender que a questão não se resume a controlar o nível de crédito de carbono na sua totalidade e nas emissões das empresas.

Eu estava no aeroporto de Oslo, saindo de uma reunião e saí para comprar um *wrap*. Embaixo do *wrap* tinha a quantidade de carbono emitido para fazê-lo. O que tem por trás dessa informação? Ela é significativa para entendermos o que o Brasil está fazendo, não apenas da natureza jurídica da regulação, mas da substância econômica do que nós estamos querendo regular e o quanto isso pode ser bom, porém, prejudicial ao país, se não fizermos do jeito correto. Quando falamos sobre preço em crédito de carbono, significa que nós estamos atribuindo um valor artificial, no sentido metodológico, a um determinado objeto. Se cada um desses objetos, seja o *wrap* ou um copo, tem um valor de crédito de carbono, significa que ele tem um valor transacional. Nós não estamos regulando um valor imobiliário apenas, mas uma moeda. É fundamental entender isso, que também não é uma novidade.

Se nós pegarmos o fim da Segunda Guerra Mundial, na clássica batalha entre o Keynes e o Harry White, Keynes propôs uma nova moeda de estabilização baseada em sistemas energéticos, que seria multada com o preço de referência em uma cesta de *commodities*. Essa moeda não foi aceita, mas ela tinha a função principal de resolver um problema estrutural, que temos hoje no Brasil e no mundo, que é o desequilíbrio da balança de pagamentos entre os países, principalmente o desequilíbrio da balança de pagamentos do setor americano, no qual temos uma dívida, atualmente, de aproximadamente 30 trilhões de dólares. Em 2050, essa dívida vai bater 50 trilhões de dólares, num déficit gêmeos, que é um déficit da balança de pagamentos e um déficit comercial. Resolve-se esse problema com uma moeda de estabilização que vai limitar o consumo e promover a mudança do sistema monetário internacional. O chanceler alemão disse, recentemente, que nós estamos vivendo o *Zeitenwende*, que é uma mudança dos tempos, mas não é uma mudança do *Zeitgeist*, é uma mudança das placas tectônicas que vão rever o sistema financeiro. Leia-se, nós estamos trocando o sistema monetário baseado em preço para um sistema monetário baseado em energia, o que não é um problema.

O problema é que o sistema monetário baseado em energia é fundamentado na limitação dos sistemas, ou na maximização da utilização dos sistemas de recursos naturais, porém, minimizando a ineficiência. O resultado é a limitação de consumo no aspecto global e nas empresas que terão uma cota máxima de distribuição do crédito de carbono. Isso não é um problema *per se*, porém, a limitação de produção também significa a limitação de consumo. Então, nós temos que começar a entender quem vai regular esse consumo. Esse sistema energético que estamos regulando é um sistema que não é novo na discussão econômica. Ele começa com Keynes, tem uma discussão com Bernstein, em 1963, quando ele propõe uma unidade composta de reservas de valor mundial. Uma discussão foi feita, em 2008, pelo Sarkozy, pelo Gordon Brown e pelo Banco Central Chinês, que diziam que precisávamos de uma nova moeda internacional de estabilização que não fosse tão ligada ao sistema monetário internacional como o sistema monetário americano, dependente apenas do dólar. Novamente, está ocorrendo a discussão paralela do crédito de carbono nos BRICS, quando, por exemplo, Rússia, China e Índia começam a dizer que vão lançar uma moeda que é a UNIT, que é formada

por 40% de uma cesta de papéis de moedas dos países dos BRICS, mais 60% no ouro. Também é um modelo que já vimos que não é muito bom, porque já conhecemos o resultado padrão ouro no passado. No entanto, é uma discussão extremamente importante. Isso afeta o Brasil no momento em que, por exemplo, agora abordando as regulamentações, e não só do mercado e da moeda, quando, por exemplo, a Alemanha estabelece uma lei que fala que nós temos o dever de vigilância.

A Alemanha estabeleceu uma lei, recentemente, que é a lei sobre a cadeia de fornecedores, que diz que uma empresa alemã que tem sede na Alemanha e atua no Brasil, mas também uma empresa brasileira, que atua na Alemanha e tem sede no Brasil, tem o dever de vigilância de toda a sua cadeia de fornecedores. No momento em que eu tenho o dever de vigilância das minhas cadeias de fornecedores, sou obrigado a garantir que todas as minhas cadeias de fornecedores estabelecem e estão dentro dos critérios ou ESG ou de limitação de crédito carbono. No momento, isso não vai atingir as pequenas e médias empresas, mas atingirá as grandes. No entanto, a agenda, por exemplo, da Organização das Nações Unidas (ONU), já coloca que, a partir de 2050, a emissão que estará sendo controlada para os grandes *players* também será para os pequenos e médios.

É importante destacar que, no momento em que uma grande empresa tem o dever de vigilância, mesmo que ferindo o princípio da extraterritorialidade, é preciso dizer em que o ponto a soberania do Brasil está sendo atacada e em que momento a indústria nacional e o Brasil terão, de fato, um desenvolvimento de mercado. Eu digo isso porque não falo só do Brasil. Os 45 países mais pobres do mundo, pertencem ou participam com 1% apenas de todo o fluxo global de negócios ou de transações internacionais, só que têm 25% da população.

Numa moeda lançada com limitação do crédito carbono, com limitação dos recursos naturais, que agenda queremos, globalmente, discutir para desenvolver esses países? Será impossível. Essa não é uma discussão sobre a pauta climática, mas sobre o arranjo econômico capitalista que está sendo feito, porque não podemos esquecer que os modelos econômicos não são uma monocultura metodológica. Nós temos que perceber que está sendo discutida uma barreira tarifária, uma barreira regulatória que pode colocar o desenvolvimento de algumas empresas, no mercado brasileiro e fora, sujeito a atraso ou impossibilidade de desenvolvimento, salvo um custo muito elevado de investimento para que possa sair daquele lugar. O Brasil tem que ter essa discussão e verificar em que momento essas regulamentações que estão sendo feitas vão, de fato, ferir a nossa soberania.

Somente em 2023, foram emitidas, dentre legislação e diretrizes normativas, 2.600 regulações na ONU sobre mudanças climáticas. Nós começamos a perceber que não

há problema algum e é importante mudarmos o sistema monetário. Essa é uma discussão madura, que temos que entender como se dará. Está sendo construído um modelo paralelo de um sistema monetário baseado em empresa com um sistema monetário baseado em energia, mas será que nós estamos discutindo do ponto de vista da legislação brasileira, das empresas brasileiras, dos recursos naturais brasileiros, de fato, uma estratégia de país que preserve a nossa indústria e possa desenvolver realmente o Brasil? Essa é a questão que permanece.

Olhando a questão do crédito de carbono, nós estamos falando de sistemas energéticos, e é por isso que estamos vendo uma aquisição e um movimento de grandes fundos soberanos no mundo sobre sistemas energéticos, concessões de petróleo, compras de empresas de transmissão de energia, água, apenas infraestrutura. O Brasil tem recebido não só investimentos diretos, mas investimentos de fundos soberanos, que muitas vezes recorrem, em conjunto com investimentos de fundos soberanos, à arbitragem, saindo, de certa maneira, do ordenamento jurídico brasileiro e levando essa discussão para outro campo, só que um fundo soberano não tem as mesmas características do investidor comum.

Logo, nós temos que entender não só as oportunidades que estão sendo discutidas, mas os motivos, a natureza e as substâncias econômicas dessas oportunidades, para que o Brasil possa se posicionar e, de forma correta, participar do mercado global, mas de forma ativa e podendo realizar o seu potencial, não apenas como fornecedor de matéria-prima, porque isso será um comportamento determinístico ao subdesenvolvimento ou à inviabilidade das empresas brasileiras, que competiriam no exterior. Talvez seja uma grande oportunidade da Comissão de Valores Mobiliários e da Federação Brasileira de Bancos, das indústrias e do setor jurídico, discutir isso para preservar as nossas economias, as nossas empresas.

MESA III

03

MODERADOR - FERNANDO MOSNA¹

TRANSIÇÃO ENERGÉTICA: DESAFIOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS

¹ Diretor da Agência Nacional de Energia Elétrica.

Fernando Mosna



Diretor da Agência
Nacional de Energia
Elétrica.

O nosso painel trata da transição energética e seus desafios jurídicos e econômicos, que é um tema oportuno e merece toda a nossa dedicação em tentar explorar as possibilidades de fazer com que efetivamente a agenda da transição energética se desenvolva não só no Brasil, como no mundo também.

É sempre importante nós termos a chance de registrar que transição energética é uma realidade da civilização, uma realidade da humanidade. Desde o momento em que o combustível foi de madeira para carvão, posteriormente para petróleo e, agora, com as novas energias renováveis, quem sabe venha a implementação em larga escala de hidrogênio renovável, hidrogênio verde. A transição energética é algo que faz com que a sociedade alcance progresso e tenha longevidade, progresso econômico, segurança. Nesse momento não é apenas a perspectiva da mudança ambiental, da mudança climática, como nós no Brasil conseguimos observar com o que aconteceu no Rio Grande do Sul. Tem também um contexto geopolítico. Além dos compromissos que temos no Acordo de Paris, as metas para 2050 e para 2030, as contribuições nacionais

determinadas, tem também, nesse momento, em uma perspectiva geopolítica, a necessidade de discutirmos a transição energética.

No caso do Brasil, é também oportuno registrar o relatório que foi publicado dia 19 de junho de 2024 do Fórum Econômico Mundial, que destaca que o Brasil é a 12ª nação em termos do índice de transição energética. Nós estamos à frente do Reino Unido, da China e dos Estados Unidos. Olhando o que nós temos em termos de setor elétrico no Brasil, não a perspectiva energética, já podemos nos orgulhar de ter 86,5% da nossa matriz renovável. É algo que certamente serve de *benchmarking* e de referência para vários países do mundo. Tem o destaque, em relação à capacidade instalada da fonte solar, que hoje, com geração distribuída e geração centralizada, nós temos 43,5 *gigawatts* de capacidade instalada. É o equivalente, em termos de capacidade instalada, não geração, mas capacidade instalada, a três Itaipus, ou seja, o Brasil vem gradativamente conseguindo fazer com que a matriz elétrica fique cada vez mais limpa, alcançando esses 86,5%. Isso não passou despercebido no relatório do Fórum Econômico Mundial, em que fala que o fato de o Brasil, a longo tempo, investir em fonte hídrica, também ter uma preocupação com biocombustíveis, somado, agora, a esse incremento de fonte solar, faz com que o país lidere esse processo.

Quando nós falamos de transição energética e os desafios que temos que enfrentar, nós temos efetivamente que discutir como vamos abordar todas essas preocupações num contexto jurídico e econômico, porque se transição energética faz parte da nossa realidade enquanto civilização, talvez essa seja a primeira transição energética que é determinada pelo desejo do homem. Não é a transição energética em que nós estamos em busca de um combustível mais abundante e mais barato. Isso acaba efetivamente fazendo com que tenhamos que nos debruçar no racional econômico para que, ao final, essa transição energética seja bem sucedida. Para isso, necessariamente, temos que ter a ação coordenada de academia, governo, atores privados, e esse painel faz com que todos esses entes e *stakeholders* estejam representados.

Claudio Oliveira



VP de Relações
Institucionais e
Sustentabilidade
da Cosan.

Eu quero trazer para a nossa reflexão um caso concreto que estamos enfrentando, e que tem sido um obstáculo bastante difícil de ser transposto na transição energética. Esse caso envolve a Cosan, que é uma empresa que tem um portfólio bastante interessante, posicionado em áreas críticas e líder em setores essenciais, e tem, de fato, o potencial de extrair o maior valor da transição energética. A Cosan tem empresas investidas e a Raízen é que vem redefinindo o futuro da energia, que eu vou abordar e conectar ao caso. A Compass é a nossa holding da área do gás, a Vale é a nossa investida na área de mineração, a Radar é a de terras, a Moove é de lubrificantes e a Rumo é uma empresa de logística ferroviária. A Raízen é uma empresa integrada de energia, que tem, no seu *upstream*, na parte alta da cadeia dela, 35 parques que processam cana-de-açúcar, com capacidade total de processamento de 105 milhões de toneladas por ano, e, além desses, existem também duas plantas de etanol de segunda geração, já em plena operação. A Raízen é o maior *player* global de etanol, com 14 milhões de metros cúbicos comercializados por ano, é o maior produtor global de açúcar, e tem na sua parte de *downstream* uma rede de dis-

tribuição de 8 mil postos e movimentação cerca de 220 milhões de barris por ano. No setor intermediário tem toda a parte de inteligência de marketing, logística e *trading*.

Vou abordar o potencial da cana-de-açúcar e as barreiras que ele vem sofrendo. O mais interessante é a força do etanol de segunda geração. Ele é uma tecnologia proprietária e que permite, em linhas gerais, produzir 50% mais de etanol com a mesma área de cana-de-açúcar plantada, e gera 30% menos gases de efeito estufa, se comparado ao etanol tradicional, o etanol de primeira geração. Qual é o truque? A cana-de-açúcar, de fato, é o melhor coletor solar natural que existe. Ela tem a possibilidade de transformar energia solar em cerca de 100 toneladas de biomassa por hectare. Nenhuma outra planta tem essa capacidade e, no passado, imaginávamos que toda a energia da cana-de-açúcar estava concentrada apenas no caldo. Depois, se descobriu que tinha mais dois terços de energia que estavam concentrados no bagaço e na própria palha que sobrava no processo tradicional. Então, a partir desse bagaço e dessa palha é que se produz esse etanol de segunda geração, o etanol celulósico. Então, a indústria da cana-de-açúcar teve a primeira onda, que é a onda mais tradicional, que produzia basicamente açúcar e etanol de primeira geração. A segunda onda, quando começou a usar o bagaço e a queimá-lo para gerar energia elétrica. A terceira, é a que nós estamos, permite gerar o etanol de segunda geração e biogás e biometano. A quarta onda, em que nós já estamos entrando, permite a fabricação como insumo do Sustainable Aviation Fuel (SAF), bioplásticos e diversas outras aplicações, inclusive hidrogênio verde. Esse é o contexto do que nós temos.

Do lado da demanda, o que enxergamos? O consumo global de energia, hoje, está na ordem de 630 exajoule por ano, e passando para cerca de 660 exajoule. O ponto é que para que sejam cumpridos os mandatos e os acordos voluntários de redução de emissões os ditos renováveis modernos têm que aumentar oito vezes a sua oferta. Essa é a única forma de se conseguir cumprir esses mandatos que estão colocados. Entende-se pelos modernos renováveis, as energias eólica, solar, geotérmica e bioenergia de uma forma geral. Essa bioenergia inclui biocombustíveis, biogás e biomassa no geral. Onde entram os biocombustíveis? A demanda total por essa bioenergia também cresce até 2030, que é o marco intermediário dos acordos e dos mandatos, e os biocombustíveis

líquidos precisam quintuplicar a sua oferta, sob pena também de que esses acordos não sejam cumpridos. Logo, tem uma demanda robusta por combustíveis verdes até 2030, e esses biocombustíveis já oferecem uma redução imediata dos gases de efeito estufa, sendo facilmente aplicável a vários setores da economia.

O desafio vem justamente na superação das barreiras protecionistas, e eu trago alguns exemplos. O primeiro exemplo é um veto ao etanol de primeira geração para insumo para combustíveis de aviação e combustíveis marítimos. Isso foi feito através de uma avaliação, diria que superficial, na qual se traz sempre a possibilidade da disputa da produção de energia *versus* a produção de combustíveis. Uma análise um pouco mais detalhada vai mostrar que no caso do etanol essa disputa não existe, porque não existe nenhuma usina que produza só açúcar, por exemplo. Por maior que seja a taxa de conversão dessa usina, ela vai sempre produzir etanol. Um segundo ponto é que as áreas agricultáveis de cana-de-açúcar no Brasil ocupam menos de 1% da área agricultável, e, mais do que isso, estão também bastante distantes dos biomas mais ameaçados no país. Se olhar o centro de produção de cana-de-açúcar, hoje, no Brasil, a distância desse centro médio, para, por exemplo, a Floresta Amazônica é, mais ou menos, a distância de Londres até Moscou, então são coisas muito remotas e que precisam ser avaliadas com mais profundidade.

Outro aspecto que tem acontecido com bastante frequência, na Europa e nos Estados Unidos, é a escolha de tecnologias prioritárias que só vão trazer resultados depois de 2035. A eletrificação da frota automotiva ou a utilização de hidrogênio não são coisas para agora. São coisas que vão acontecer depois de 2035, mas até 2030 nós precisamos cumprir os acordos intermediários, e é isso que está em risco hoje. Outras ações foram o recente estabelecimento pela Comissão Europeia do monitoramento da importação do etanol do Brasil e dos Estados Unidos, ou seja, além de todas as certificações e de todo o rastreamento, foram colocadas barreiras adicionais, trazendo requisitos utópicos de sustentabilidade para exportações à Comunidade Europeia, em especial. Obviamente, os subsídios a produtores agrícolas europeus e estímulo regulatório a produtos adaptáveis ao solo europeu e que não trazem a mesma eficiência na produção de energia.

Para cumprir esses mandatos e mesmo os acordos eletivos, o mundo vai necessitar de todas as soluções de descarbonização e, de preferência, ao mesmo tempo. Então, elas não podem ser excludentes. A ciência deve ser, de fato, a base para essas decisões regulatórias e políticas públicas. Isso não pode ser feito a partir de simples políticas de proteção. Tem que ter ciência nesse desenvolvimento das decisões regulatórias. Isso nós temos discutido muito com o Parlamento Europeu, em Bruxelas. Por último, um trabalho que tem sido feito com bastante intensidade também, de convenci-

mento das agências reguladoras da Europa e dos Estados Unidos para que façam uma análise do ciclo de vida completo e real para que se tenha o cálculo da intensidade de carbono de cada combustível ou de cada solução, de fato, na sua conta exata. O exemplo clássico são os carros elétricos, nos quais a maioria das intensidades de carbono calculadas são feitas a partir do carro fabricado para frente, ou seja, ele não retroage na cadeia da fabricação, fabricação de baterias etc., como são os outros combustíveis avaliados. Essa é a rápida reflexão que eu gostaria de trazer para o painel e não é uma tese jurídica, não é uma tese econômica mas é um exemplo real que estamos enfrentando.

Fernando Mosna

Durante o painel foi falado e apresentado que o tempo da política é um tempo imprevisível. Nós observamos que, no mundo, algumas empresas, como a Shell e a Unilever, estão retrocedendo nas suas ambições climáticas, alegando fatores políticos e regulatórios. Então, eu queria saber se na perspectiva da atuação de vocês, como é possível impulsionar ainda mais a transição energética no aspecto empresarial e no aspecto político?

Claudio Oliveira

Eu acho que as empresas, no geral, têm uma responsabilidade porque têm que procurar naturalmente descarbonizar os seus processos, ou eventualmente compensar. Daí está a grandeza e a importância do mercado de crédito carbono. Mas nós temos muitas empresas, hoje, desenvolvendo alternativas de produção de energias limpas, e são ótimas empresas que têm produzido bons resultados e precisam, de fato, exportar esses resultados até para benefício de todos, e não só de alguns setores ou algumas regiões onde essa energia é produzida.

Eu gostaria só de finalizar, voltando a um ponto que eu citei na apresentação, que é destacar que o mundo, de fato, precisa de todas as soluções disponíveis e que as políticas públicas, até para benefício de todos, não só das empresas, mas do conjunto da sociedade, e a regulação dos diversos países tenham por base a ciência e não simplesmente políticas de protecionismo às suas regiões e às suas microrregiões.

Solange Ribeiro



Presidente do Conselho
de Administração
do ONS.

A transição energética é um assunto superimportante. Ninguém tem dúvida de que as mudanças climáticas estão aí, o Rio Grande do Sul foi só uma lição difícilima, mas elas estão no nosso dia a dia e nós temos a geopolítica também. A energia renovável, no passado, era boa porque era ambientalmente correta. Depois, de todas as crises que a Europa passou, a energia renovável é boa porque traz segurança energética. Então são pontos que mostram que ela é extremamente importante. Eu acho que tem um senso comum no mundo, a situação do Brasil é um pouco diferente, e a melhor forma de descarbonizar e fazer essa transição é substituindo combustível fóssil por energia renovável. A Organização das Nações Unidas (ONU) fala em triplicar a produção de energia renovável e os desafios são muito grandes.

O Brasil tem um perfil de emissão muito diferente. Quando se fala de setor elétrico, 90% da matriz é renovável, enquanto no mundo é 30%, mesmo no setor energético, quando aumenta um pouco é 50%, praticamente, renovável. Nós temos a oferta de energia limpa, energia descontratada, inclusive no curto prazo, uma história de desenvolvi-

mento no Brasil de hidrelétrica, de energia eólica, inclusive políticas de governo no começo, o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas (Proinfa) foi muito importante, e nós temos um sistema robusto também. Além de ter energia, hoje, eólica, solar, um *pipeline* grande de curto prazo, tem soluções de médio prazo, que estamos falando de *offshore* e hidrogênio verde, mas temos também um sistema de transmissão maravilhoso, que liga o Brasil todo e tem 170 km de linha, que ainda dá essa visão, que se pode usar fontes diferentes em momentos diferentes, e dá uma complementariedade muito grande.

O que falamos muito nessa transição é que o setor elétrico tem sim uma oportunidade também de ser uma alavanca de descarbonização de setores difíceis de se descarbonizar. De novo, são complementares as soluções, mas setores como o de fertilizante, o hidrogênio verde, que é outra coisa que vem sendo muito discutida. Um dos meus acionistas majoritários, o controlador Iberdrola, tem plantas de hidrogênio verde na Europa. É uma coisa que o Brasil tem que pensar sim, quando pensamos o quanto a gente importa de fertilizante, tem todo sentido pensar nisso. Quando é que esses custos ficam competitivos? Acho que nós não podemos esquecer nunca disso. Então, para desenvolver essa transição, precisamos o quê? Continuar investimento em geração, em transmissão, redes e tecnologia. Nada disso vai chegar se não tiver rede, se não tiver transmissão, não tiver distribuição para conectar o consumidor e a um preço acessível. Nós não podemos falar em mais subsídios para essas coisas. A solução só vai ser justa se trouxer acessibilidade. Eu acho que esse é um ponto bem importante.

Nós sempre pensamos, o que falta para o Brasil? Falta nós conseguirmos transferir isso para o nosso produto. Como é transferimos para o produto brasileiro? Vale ele ser feito por energia renovável? Um copo feito no Brasil, deveria ser mais valorizado do que um copo desse feito em outro país. Mas isso não existe, o mundo ainda não paga essa externalidade negativa para a gente trazer. Então, nós temos que buscar adicionar valor agregado ao Brasil. A inteligência artificial é outra grande oportunidade para o Brasil. Nós precisamos trazer essas empresas de *data centers*, para trazer essa energia. Nós falamos de trazer o *power shoring* para cá. Em vez de exportar hidrogênio verde, vamos trazer para cá esses grandes consumidores que querem ter

energia renovável que nós temos. Eu tenho participado ativamente de uma força-tarefa do B20, cujo chefe é o presidente da Raízen, e o presidente da Iberdrola é um dos *co-chairs*, que são as empresas que estão tentando trazer subsídios para o governo para poder influenciar nessa questão. A nossa grande preocupação nesse momento com a transição energética é como fazemos ações, coisas muito fortes e decisivas e diretas ao ponto. No final, ficaram três forças-tarefas. A primeira, uma transição energética de clima, com uma recomendação voltada para acelerar esse portfólio de soluções de energia renováveis. O mundo fala em triplicar a capacidade, estabelecer mecanismos também de iniciativa da disponibilidade de bioenergia, e outras soluções para a transição do NET zero, carbono. Isso tudo vai ser entregue como recomendações do B20. Dobrar outra área muito importante para a transição energética, que às vezes esquecemos, e a Neoenergia vem fazendo isso há muitos anos, pois é uma empresa que está em 18 estados do Brasil, nós temos geração transição e distribuição, que é a eficiência energética. Nós não podemos esquecer a eficiência energética na transição energética. Eu acho que esse é um ponto que temos que dobrar. O B20 já está propondo dobrar as ações de eficiência energética em nível global. Outras grandes chances nessa questão do Brasil são as soluções baseadas na natureza. A terceira recomendação é promover soluções climáticas naturais e eficazes para isso. De novo, o Brasil, com as nossas florestas, tem um grande potencial, aí entra exatamente o mercado de carbono como um elemento muito facilitador.

Eu também sou *co-chair* do Pacto Global da ONU. O Pacto é a parte privada da ONU. O *chair* é o Gutierrez, eu sou o *co-chair*, e o outro *co-chair* é o presidente da IKEA. Nós também trabalhamos muito o que as empresas podem fazer. Então, são as ambições que as empresas podem ter, quais são as dificuldades nos países? Por exemplo, quando falamos de financiamento, o financiamento verde é outra dificuldade. Como fazemos essa conexão *Sul-to-Sul*? Porque nós falamos muito o que é bom para o norte. Nós, na Neoenergia, temos experiência com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), com o Banco Europeu de Investimento (BEI), com a EFC, que trazem soluções bem interessantes. O BNDES, hoje, já fala em *Blend Finance*, ou seja, como se chega para tornar factível um financiamento para quem não tem exatamente todas as condições de cumprir aquilo e pode se complementar. Então, eu acho que tem espaço para todas as questões. O Brasil tem avanços significativos no passado, mas precisa finalizar essa questão do carbono e novas metodologias.

Nada disso acontece, para a quantidade de investimento que precisamos, se não tiver agências reguladoras estruturadas e organismos de licenciamento ambiental estruturados. Essa tem sido uma grande discussão agora no Brasil, porque eu acho que temos que estar muito atentos. Nós não podemos, por exemplo, ter a quantidade de linha de transmissão que precisamos fazer, entendendo que o órgão ambiental tem

que estar qualificado e com gente suficiente. A mesma coisa, as agências reguladoras: houve uma apresentação da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) onde o quadro é 70% do que era quando a Aneel foi criada, com um desafio muito maior. Os Estados Unidos, quando lançou aquele *act*, contratou 1.500 pessoas para fazer licenciamento ambiental. Então, o que as empresas precisam para cumprir esse desafio todo de transição energética, que são esses investimentos grandes, é exatamente a segurança jurídica. Nós precisamos de leis e de regulamentos claros. Nós precisamos de agências, os poderes de cada um com a sua competência, mas tendo diligência e uma forma de atuar para que essa oportunidade seja aproveitada. Nós temos que focar muito para não deixar escapar. Não adianta dizer que é renovável, se eu não conseguir transferir isso para o meu produto em termos de Brasil.

Fernando Mosna

Durante o painel foi falado e apresentado que o tempo da política é um tempo imprevisível. Nós observamos que, no mundo, algumas empresas, como a Shell e a Unilever, estão retrocedendo nas suas ambições climáticas, alegando fatores políticos e regulatórios. Então, eu queria saber se, na perspectiva da atuação de vocês, como é possível impulsionar ainda mais a transição energética no aspecto empresarial e no aspecto político?

Solange Ribeiro

Eu acho que já se foi o tempo em que as empresas só tinham responsabilidade com seus *shareholders*. Hoje, a gama de *stakeholders* é enorme e as empresas que querem estar aqui daqui a alguns anos têm que ter essas responsabilidades. É impossível não tê-las.

No caso da nossa empresa, nós trabalhamos com energia limpa, com rede para propiciar essa transição energética, não só a transmissão, mas na distribuição também, para conectar o consumidor. Olhando mais de fora, as empresas como um todo, e volto também ao trabalho do Pacto Global, é importante buscar como orquestrar isso ao mesmo tempo e como fazer ações práticas e mensuráveis. Por exemplo, no caso de metas, temos o *size-based targets* que é importantíssimo. Como eu vou saber que eu estou medindo de um jeito e outra empresa de outro? Isso nos põe na mesma régua. As ambições também são muito importantes em nível de Estado, as ambições climáticas para cada governo, mas também para as empresas. Elas devem ser factíveis, mensuráveis, com planos efetivamente de fazê-las. Eu acho que isso é um ponto superimportante.

Nesse ambiente como um todo, é preciso ver essa enormidade de investimentos. Essa semana saiu um relatório da EY falando de 4 trilhões por ano no mundo. O Brasil, nesse plano do Ministério da Economia, fala em 20 bilhões por ano de investimento nessa área. Então, o investimento é enorme. Da nossa parte, temos que estar prontos para investir. Temos que fazer uma *advocacy*, que eu acho que é superimportante, conversar com os deputados, com as agências e com o governo para mostrar o que é necessário, porque o investimento vem. Outra parte muito importante é a parte do mercado financeiro, que tem sido um grande alavancador dessas posições das empresas, com os financiamentos verdes.

Aliel Machado



Deputado Federal
da República
Federativa do Brasil.

Eu vou tratar do crédito de carbono, que está relacionado ao tema deste painel. O Congresso Nacional, nessa legislatura, vem dando uma atenção muito grande ao debate que envolve a transição energética e a chamada pauta verde. Nós estamos avançando no debate da eólica e no debate sobre combustível do futuro, mas o crédito de carbono talvez seja o principal de todos os atos que estamos debatendo pela particularidade que temos no nosso país. O que nós precisamos compreender, primeiramente, é que precisamos de uma radiografia de quem nós somos, do problema que temos e para onde queremos avançar. Nós tivemos, no ano passado, o desastre no Rio Grande do Sul que deu um prejuízo, agora, financeiro de mais de 3 bilhões de reais, somente para o agronegócio e a pecuária. Em 2023, no Brasil, tivemos, de maneira simultânea, mais de mil municípios brasileiros em situação de emergência, seja pela seca, seja pelas inundações. A partir desses números, podemos fazer um debate social, com a tragédia que envolve a vida das pessoas, ou um debate econômico, do ponto de vista de um prejuízo econômico e financeiro para o desenvolvimento das ações das nossas empresas e do desenvolvimento econômico do nosso país.

Quando me foi dada a missão de relatar o mercado de carbono, pude perceber o primeiro erro que o Brasil estava cometendo, que era dar foco apenas para o mercado regulado. Não que ele não seja importante. Nós até temos convergência nas ações que estamos discutindo entre as duas casas, Câmara e Senado, e o próprio governo. Nós sabemos da importância que o mercado regulado tem para a transição energética, já que ele tem o objetivo não arrecadatário, mas de trazer um incentivo para que as empresas possam cumprir as suas metas, para que o Brasil possa cumprir a sua meta a partir do Acordo de Paris. No entanto, nós temos no Brasil uma realidade muito diferente dos países que já implementaram o mercado de carbono porque eles têm matrizes energéticas muito mais poluentes. Nós já começamos o nosso dever de casa há bastante tempo e mais de 80% da nossa energia são energias renováveis. Nós temos uma matriz energética limpa e podemos ainda avançar. Esse avanço depende de investimentos. Por isso, no nosso relatório na Câmara dos Deputados, nós colocamos que todos os recursos advindos dos leilões, das multas etc. devem ter um fundo não contingenciável para financiar a própria transição energética.

Além disso, nós precisamos olhar o nosso potencial e a grande oportunidade que o Brasil tem nesse momento. Por que essas pautas se tornaram prioridades e estão sendo debatidas nos mais diversos fóruns do mundo? Desde 1992, quando o Brasil protagonizou um debate na Conferência do Clima e se ouviu falar pela primeira vez em descarbonização, em mercado de carbono, mesmo com todo esse debate que começou com a academia, com os cientistas, com os alarmantes números que o mundo mostra em relação às questões climáticas, nós temos uma linha que não diminuiu. Mesmo com os acordos e os esforços de governos, nós temos uma linha do aumento das temperaturas e também da poluição muito grande. A ideia do mercado de carbono é trazer esse debate para o debate financeiro. Por isso que se chama mercado de carbono.

Eu sou do Partido Verde, eu debato na Câmara dos Deputados há muito tempo, estou no terceiro mandato, várias linhas de atuação sobre as questões ambientais, como o aumento da punição, Código Florestal, combate ao desmatamento, punição, Ibama etc. Mas essa não é a lógica. Esse projeto tem por objetivo tirar o confronto que existe entre as questões ambientais com as questões econômicas. Porque esse conflito já se

mostrou ineficaz e ineficiente para chegar aos objetivos necessários. A nossa ideia, que colocamos no nosso relatório, foi trazer as garantias jurídicas. Nós temos um terço de todas as árvores do mundo concentradas na Amazônia e metade das florestas tropicais do planeta. Nós temos, segundo a Mackenzie, 15% da capacidade de geração de crédito de carbono até 2030, dos números que estão sendo projetados no mundo, e a capacidade de 48,7% de ações dentro do mercado voluntário. O que significa o mercado voluntário no mercado de carbono? É a manutenção da floresta em pé, e é a lógica não apenas da nossa preocupação que tem que acontecer nas emissões de carbono, mas o protagonismo que nós podemos ter na captação de carbono, por vias naturais. Isso tem que estar alinhado com a proteção das nossas comunidades indígenas, da propriedade privada, das outras comunidades, como dos extrativistas etc. Por isso, no texto que elaboramos na Câmara dos Deputados, nós colocamos, seguindo as determinações internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU), que a legislação brasileira e a nossa Constituição deve ser preservada. Assim, colocamos o conceito de fruto civil. O conceito de fruto civil protege o direito à propriedade privada e garante que o desenvolvimento desses projetos não vai estar apenas alinhado às questões governamentais que falharam ao longo de décadas, mas vai dar oportunidade, de fato, para que quem está lá na ponta possa desenvolver projetos e ajudar no Net Zero que nós temos como compromisso. Eles podem nos ajudar a também combater um dos grandes males que não pode ser desassociado dessa discussão, que são os problemas sociais que afetam o nosso país, com milhões de brasileiros, crianças, que estão em estado de vulnerabilidade.

Além do fruto civil, que é uma grande conquista, nós enfrentamos também um interesse monetário, já que o texto do Senado veio com a previsão dos programas juricionais. Esses programas juricionais nada mais são do que a continuidade daquilo que já vem sendo feito pela lógica do não mercado. Porque o Acordo de Paris tem uma diferenciação muito grande no 6.4 e no 6.8, tem a lógica de mercado e a lógica de não mercado. O Brasil tem o maior exemplo da lógica de não mercado que é o Fundo da Amazônia, que são ações de países que fazem doações e projetos em parceria com o governo brasileiro, mas essa não pode ser a lógica do mercado de carbono nem inibir o nosso maior potencial, que estou chamando de ouro verde. Nessa lógica, nós temos um conflito, já que no texto da Câmara eu fiz a separação do conceito do que é Redução das Emissões por Desmatamento e Degradação Florestal (REDD). Quando eu faço a definição desses conceitos de maneira muito detalhada, estou separando a lógica de mercado e a lógica de não mercado, já que nós temos um pedaço pequeno do governo que quer patrocinar a lógica de não mercado, mas isso não pode atrapalhar o desenvolvimento do mercado de carbono no Brasil, que é uma grande oportunidade. Um estudo da Mackenzie de-

monstra que nós podemos ter, até o ano de 2030, em valores, mais de 15 bilhões de dólares no Brasil, apenas para o desenvolvimento dos projetos no mercado voluntário de carbono.

Eu queria deixar aqui uma reflexão para todos nós de que o mais importante, seja no Legislativo, seja em suas empresas, é que não podemos ter uma legislação pontual. Nós precisamos seguir as determinações que a ONU nos coloca, as diretrizes, ter segurança jurídica, ter a garantia de que os investidores virão ao Brasil, de que temos condições de recuperar parte do que foi desmatado, que o grande desafio que nós temos no nosso país, hoje, para que atinjamos a nossa meta, é apenas com desmatamento. Se vencermos a pauta do desmatamento, que o mercado de carbono tem um grande potencial, o Brasil é um dos grandes exportadores do mundo em relação à proteção ambiental e ao crédito de carbono, que vai nos ajudar na transição energética, porque o país tem um papel importantíssimo, não apenas com a nossa nação, mas com todas essas condições que nós temos, pelas questões naturais, nós temos um compromisso com o mundo e uma janela de oportunidade. Essa janela de oportunidade, daqui a duas décadas, não se fará mais com o tanto de potencial que nós temos hoje. Por quê? Porque a mudança tecnológica que nós estamos tendo vai suprir essas questões. Então, temos uma emergencialidade, temos um tempo muito escasso, e precisamos compreender isso.

O grande desafio de todos nós é não colocarmos como conflito as questões ambientais com o desenvolvimento econômico. O mercado de carbono é uma dessas portas que une a questão ambiental com o desenvolvimento econômico, para a nossa indústria, para a geração de emprego, para a diminuição das desigualdades.

Fernando Mosna

Durante o painel foi falado e apresentado que o tempo da política é um tempo imprevisível. Nós observamos que, no mundo, algumas empresas, como a Shell e a Unilever, estão retrocedendo nas suas ambições climáticas, alegando fatores políticos e regulatórios. Então, eu queria saber se, na perspectiva da atuação de vocês, como é possível impulsionar ainda mais a transição energética no aspecto empresarial e no aspecto político?

Aliel Machado

Nós precisamos compreender o momento que estamos vivendo. Talvez os mais afetados não tenham condições de fazer essa reflexão. Eles estão lá na ponta, sendo afe-

tados pelas decisões que ocorreram ao longo de décadas. O Brasil tem uma grande oportunidade, que nós não podemos deixar passar.

Nós temos um desafio, agora, que é de mobilizar a sociedade. O Congresso é um reflexo da sociedade. O que eu coloquei como prioritário nesse texto, que fiquei responsável em relatar e que estava lá desde 2015, foi construir um acordo em três meses para aprovar na Câmara dos Deputados e que trouxesse dois pontos fundamentais. O primeiro, é a segurança jurídica. Por isso, eu coloco o detalhamento das ações para garantir o desenvolvimento desse mercado, que é um mercado que nos trará uma independência, que trará, dentro dessa segurança jurídica, a proteção à propriedade privada e que carrega dentro dessa discussão a proteção às nossas comunidades e a uma janela de oportunidades. Nós fizemos essa discussão para que o debate não acontecesse por um governo, mas como um projeto de Estado. Um projeto que se protege independentemente das discussões que acontecem de quatro em quatro anos, principalmente nesse momento em que o Brasil está num debate mais acalorado, para não entrar na discussão político-partidária. Nós temos um desafio muito grande de mobilizar a sociedade, todos os atores, não apenas o setor político, mas o setor empresarial, o setor produtivo, para que aproveitemos essa janela de oportunidades e consigamos fazer esse *link*.

Nós estamos falando muito da pauta ambiental, mas não dá para desassociar, não dá para tirar os desafios econômicos e sociais de um Brasil tão desigual quanto nós temos com essa questão ambiental. A oportunidade está aqui, na transição energética, na possibilidade dos combustíveis do futuro, do mercado de carbono, da proteção às nossas comunidades.

Gesner Oliveira



Professor de Economia
da Fundação Getulio
Vargas.

Eu gostaria de chamar a atenção para três pontos. Conciliar os tempos da economia, da política e da natureza com as vantagens comparativas que nós temos, e como aproveitar tudo isso? Como tratar as peculiaridades do caso brasileiro em um projeto nacional? O problema do nosso tempo é que o futuro não é como costumava ser. É muito mais difícil prever. Se tomarmos as rotas tecnológicas da transição energética para a redução de emissões que nós precisamos, cerca de metade das rotas tecnológicas são altamente incertas. Então, é nesse futuro que nós trabalhamos. Houve várias menções às tragédias anunciadas e à tragédia do Rio Grande do Sul. Nós estamos vendo as várias tragédias na Europa e em vários locais do Brasil. Nós fizemos um cálculo, no qual pegamos alguns desastres mundiais e calculamos o que representou o desaste do Rio Grande do Sul como percentual do Produto Interno Bruto (PIB). Foram 32 bilhões de dólares. Como percentual do PIB, se nós comparamos com o Katrina, é algo ligeiramente superior com o percentual do PIB. É importante fazermos esses exercícios para dar uma dimensão do problema. Esse é o problema e, infelizmente, nós teremos vários dessa natureza. O tempo da natureza, portanto, é ontem,

mas o tempo da economia é mais lento, é mais complicado. O tempo da política é imprevisível. É mais complicado ainda. Então, esse é o nosso problema.

Há várias transições energéticas. A mitologia grega fala de como o fogo chegou às mãos dos homens. A lenda kaingang, que é um povo importante da América do Sul e do Brasil em particular, fala também do custo e do desafio da conquista do fogo. Se nós olharmos os bilhões de anos e milhões de anos, as transições energéticas foram todas lentas, com processos lentos. Mesmo a passagem da lenha para o carvão durou séculos e o petróleo só assumiu a liderança depois de um século. O problema agora é que nós temos que ser muito mais rápidos. Há um fator exógeno que impõe a transição energética. É uma peculiaridade importante que a velocidade da transição tem que ser alucinante, comparativamente às transições que a humanidade conheceu. Há um custo maior do que a humanidade conheceu e isso significa, do ponto de vista da economia, que as transições anteriores foram, de uma maneira muito simples, um deslocamento para a direita da oferta agregada, com uma tendência à redução de preço e mais eficiência. O que esta transição significa é um deslocamento para a esquerda da oferta agregada, com pressão de preço e pressão sobre o produto. O segredo, é uma maneira muito simplista de dizer, está subjacente à estagflação verde, que é uma pressão sobre os vários países.

Toda mudança de preço relativo, e nós sabemos isso desde o Teorema de Stolper Samuelson, gera um problema distributivo, e é grave. O problema distributivo tem que ser resolvido no âmbito de um mundo multipolar, dividido por capitalismo de Estado e capitalismo de *stakeholders* e um grupo de emergentes que oscila entre um polo e outro, onde as instâncias supranacionais são extremamente frágeis, embora sejam melhores do que os séculos anteriores. Na verdade, o século XIX e, sobretudo, o século XX, criou as instâncias supranacionais, mas elas são muito frágeis. Resolver esses conflitos extremamente acirrados, nesse contexto, é particularmente difícil. Essas são as peculiaridades e os nossos desafios, que são enormes.

Quando o papa foi escolhido, para passarmos para o segundo ponto, falou que escolheram alguém do fim do mundo. Esse fim do mundo tem algumas características mui-

to interessantes que podem salvar o planeta. Por quê? Porque tem um potencial produtor do agro extremamente forte, tem uma energia limpa e também tem uma tradição multilateral. O Brasil, em particular, tem uma tradição multilateralista muito interessante e, de certa forma, apesar da violência da América Latina, as questões de fronteiras foram 90% resolvidas. Não vou dizer 100%, porque sabemos que há algumas querelas ainda, mas pode ser uma contribuição para a paz, que é muito interessante.

O Brasil está em uma espécie de *pole position* na corrida da transição energética e eu quero chamar a atenção para o índice de transição energética do Fórum Econômico Mundial, que é bastante interessante. É um composto de 46 índices, dentro de três blocos agregados, que inclui o aspecto regulatório, o aspecto de acesso, o aspecto de sustentabilidade à energia, e tem dados de 120 países. Nós estamos debruçados sobre esse índice em particular e o Brasil tem 65,7, uma nota que ocupa a 12ª posição. Os países que estão nas primeiras posições são países, em geral, pequenos. Se pegássemos uma fração do Brasil, provavelmente estaríamos no *top five*. Então, como país grande e emergente, é o único que aparece entre os primeiros 15 países. É muito interessante isso e, obviamente, está associado a essas características de energia limpa que foram destacadas. Se nós tomarmos a média do G7, a média do G20, a média dos Brics, nós estamos com uma nota mais alta do que todas essas regiões. Eu acho que essas métricas são importantes para começarmos a pensar em metas e estabelecer onde queremos chegar. Mais de 50% das fontes energéticas são renováveis, comparando com uma média de 16% do mundo, uma média muito inferior da China, dos Estados Unidos, Europa. Um aparelho elétrico no Brasil consome quase 90% de fontes renováveis. Realmente, é uma diferença brutal, contra 30% para o resto do mundo. Então, há uma diferença bastante grande. Nesse contexto, há um desenvolvimento muito desigual do mercado de carbono. É um elemento que precisa ser acelerado no Brasil e no mundo.

Finalmente, a pergunta onde nós queremos chegar? É fundamental para nós nos perguntarmos ao lado de métricas, e o que falta, afinal de contas, para aproveitar essa janela de oportunidade. Nós já desperdiçamos tantas oportunidades no Brasil, não vamos desperdiçar essa que talvez seja a maior oportunidade. Quando dizem de vantagem comparativa, nós nunca tivemos essa vantagem comparativa. Em toda a nossa história, desde a colônia, nós tivemos algumas vantagens comparativas, mas nunca uma vantagem comparativa tão óbvia e tão importante. Porém, transformá-la em desenvolvimento é algo bem mais complicado. Os nossos compromissos no Acordo de Paris servem como faróis e são relativamente ambiciosos, mas ainda não estão concretos.

Eu gostaria de sugerir para o debate pelo menos cinco vetores. Planejamento; me parece que essa palavra é chave. O que funcionou no Brasil, talvez como no Proálcool, foi

planejamento. Ou nós olhamos para 50 anos a frente, 100 anos a frente, ou não saímos do lugar. Segurança jurídica e marcos regulatórios também nos parecem essenciais para dar segurança para o investimento e, infelizmente, nós não temos dinheiro para fazer o IRA, que os Estados Unidos têm um trilhão para colocar. Nós não temos o dinheiro do European Green Deal. Nós precisamos ser inovadores e criativos do ponto de vista de financiamento. Por isso, a necessidade de usar todas as formas de financiamento que podemos imaginar. Acho que falta ainda no Brasil uma visão holística dessa jornada da transição. Uma visão global que se traduz em algumas metas muito claras para mobilizar a sociedade. Finalmente, administrar essa difícil tensão dialética entre o velho e o novo. É difícil isso. É muito fácil demonizar o plástico. Mas dá para viver sem plástico? Dá para ter uma Unidade de Terapia Intensiva (UTI) sem plástico? É muito fácil demonizar o fóssil. Mas dá para simplesmente acabar com o fóssil repentinamente? Me chama a atenção uma citação do Vaclav Smil, que diz que há muitas incertezas na transição energética. A única certeza é que a eliminação do fóssil tem que ser gradual. Essa é a única certeza de um observador muito qualificado. Me parece que algumas iniciativas são interessantes, como o Programa de Aceleração da Transição Energética (Paten), de autoria do Arnaldo Jardim. Há várias outras iniciativas no Congresso que são muito interessantes, mas eu tenho a impressão, e não é um problema do Congresso, que é um problema do país. Falta um sentido de urgência. O Brasil tem essa mania de andar na direção correta, o que é bom, só que a passos de cagado. É muito lento. Nós precisamos ser muito mais rápidos na transição e nessa administração do novo e do velho. Acho que o nosso potencial de exploração e produção de petróleo continua sendo importante e pode ajudar a transformação e não obstaculizá-la.

São esses três pontos: a conciliação de tempos, as vantagens comparativas e, sobretudo, a forma para aproveitarmos essa janela de oportunidades.

Fernando Mosna

Durante o painel foi falado e apresentado que o tempo da política é um tempo imprevisível. Nós observamos que, no mundo, algumas empresas, como a Shell e a Unilever, estão retrocedendo nas suas ambições climáticas, alegando fatores políticos e regulatórios. Então, eu queria saber, na perspectiva da atuação de vocês, como é possível impulsionar ainda mais a transição energética no aspecto empresarial e no aspecto político?

Gesner Oliveira

Eu queria pinçar o aspecto da importância da regulação, das agências reguladoras e, naturalmente, o mercado financeiro será mais eficaz, quanto mais eficiente também

for a regulação. Nesse sentido, eu chamaria atenção para a resolução da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no sentido de realmente assegurar que haja confiabilidade nas informações das empresas. Empresas sérias, que estão fazendo uma série de iniciativas, não podem conviver com ações que são simplesmente *greenwashing*. Também é muito importante ter seriedade no estabelecimento das metas, factíveis e bem fundamentadas, e que os investidores saibam e possam conferir, porque isso dá credibilidade, e com a credibilidade vem o financiamento tão necessário para a transição energética. Então, eu destacaria o aspecto regulatório.

Eu chamei aqui a atenção para a CVM, mas há um conjunto de agências reguladoras que são muito importantes, sobretudo para o licenciamento ambiental. Acho que, no Brasil, nós investimos pouco em coisas relativamente simples e baratas, que são agências reguladoras com excelência técnica, autonomia, independência, que é fundamental para que funcione direito e dê credibilidade. Então, eu chamaria a atenção para esse aspecto intimamente ligado com a transição energética.

MESA IV

04

MODERADOR - EDILSON DE SOUSA SILVA¹

SUSTENTABILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

¹ Vice-presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ).

Edilson de Sousa Silva



Vice-presidente do
Tribunal de Contas
do Estado do Rio
de Janeiro.

O tema do painel é instigante, necessário e não só uma tendência. Atualmente, este tema tem despertado bastante interesse, não só da administração, mas de toda a sociedade. A própria natureza vem apresentando e dando os sinais de cobrança da fatura. É fundamental nós termos em mente que precisamos sair do discurso para a prática, e a administração pública tem papel fundamental nisso, realizando políticas públicas sustentáveis, de modo que possa garantir um serviço público de qualidade, com modicidade e extensivo a todos da sociedade. O agir da administração pública incentiva e motiva a sociedade que também precisa voltar a sua atenção à sustentabilidade, principalmente nos dias em que vivemos.

Cada um, dentro das suas áreas de atuação, hoje em dia, tem a tendência e a necessidade de implementar práticas e políticas públicas sustentáveis na administração pública como instrumento de fomento, inclusive, para que a sociedade também se volte a essas práticas no dia a dia. A pergunta que faço é: diante das políticas públicas existentes, como redesenhar essas políticas públicas de modo a implementar práticas sustentáveis nas suas execuções?

Ketlin Feitosa de Albuquerque Lima Scartezini



**Assessora-chefe da
Assessoria de Gestão
Sustentável do Superior
Tribunal de Justiça.**

Eu acho que o primeiro passo é fazer o exercício dentro de casa. Nós temos a missão de elaborar e desenhar políticas públicas que atendam cada vez melhor a nossa sociedade, com eficiência e eficácia, mas, muitas vezes, não conseguimos olhar para dentro do nosso lugar e desenvolver práticas que sejam sustentáveis no âmbito de nossa atuação.

Edilson de Sousa Silva

Ao fazer o dever de casa, nós temos que tomar ações concretas. A partir disso, eu lhe pergunto: qual a estratégia utilizada para começar a realizar esse dever de casa no Poder Judiciário, especificamente no Superior Tribunal de Justiça (STJ)? De que maneira conseguiu expor isso ao corpo de membros do Tribunal, aos servidores, e expandir isso a todo o Poder Judiciário brasileiro?

Ketlin Feitosa de Albuquerque Lima Scartezini

O trabalho de convencimento foi construído com muita dedicação. São 30 anos de carreira no Judiciário, 16 deles

no STJ, e eu conto com o ministro Humberto Martins para comprovar que eu, realmente, sou insistente com relação à pauta da sustentabilidade e sou completamente apaixonada pelo que faço.

Eu faço um convite para nós pensarmos em governança sustentável, que vai ao encontro de todo esse pensamento de sustentabilidade dentro da administração pública, quando olhamos para dentro dos nossos processos. Assim, eu trago dois conceitos que nós já conhecemos. Um é o conceito que o Decreto nº 9.203 de 2017 traz e que é muito difundido, que o Tribunal de Contas da União (TCU) tem debatido bastante, que é o conceito de governança pública. Eu trago esse recorte para dentro das contratações públicas, que está dentro do artigo 11, parágrafo 1º da nova Lei de Licitações, que nos trouxe a importância de termos processos, estruturas, sistemas, mecanismos que possam avaliar e monitorar práticas de gestão sustentável.

Governança é um processo muito abrangente, complexo, que visa unir política pública, administração, gestão, um processo que está em constante aprimoramento para que possamos criar mais valor público de uma maneira eficiente para a sociedade. Essa governança tem o condão de trazer um comportamento mais ético, íntegro, responsável, um compromisso mais transparente das organizações e das lideranças com aquilo que queremos e precisamos oferecer à sociedade diante do papel de todos nós. Não foi fácil fazer isso no Judiciário, mas já são 29 anos de dedicação ininterrupta praticamente, no qual esse processo vem sendo implementado ano após ano, com a parceria de todos. Porque olhar para dentro da sua organização, rever os seus valores, fazer um exercício, ver onde pode melhorar e onde está errando, não é um exercício fácil. É mais fácil termos certeza daquilo que estamos fazendo e dizer que estamos acertando em tudo. No entanto, nessa área das contratações há um crescente interesse por nós adotarmos esse pensamento de governança nas compras públicas, para que possamos alcançar maior eficiência, maior economia, bem como promovermos objetivos secundários das políticas públicas. Esses objetivos secundários das políticas públicas visam justamente ao crescimento sustentável e um olhar “do verde”. Eu não gosto muito desse estereótipo “verde”, porque tem a agenda marrom, azul, outras tantas agendas dentro do crescimento sustentável.

Um olhar também para o desenvolvimento de pequenas e médias empresas, a promoção da inovação, a definição de normas que tratam condutas empresariais, que estejam cada vez mais alinhadas com as agendas públicas, ou seja, requer trazer a sustentabilidade para dentro das organizações, e não só para dentro do Judiciário, mas para todas elas. É preciso, realmente, um olhar mais crítico, porque nós, do poder público, precisamos dar o exemplo ao estabelecermos práticas de responsabilidade socioambiental que reverberem positivamente na sociedade no que tange ao uso dos recursos públicos. Afinal de contas, é o contribuinte que sustenta a máquina. E qual é o retorno que nós damos a ele? Não basta regulamentar para fora disso. Temos que olhar para dentro, ter um olhar *interna corporis*, que vise à transformação das organizações com relação à responsabilidade de cada ente nesse processo de evolução em prol de uma governança sustentável.

Por isso, nesse processo, dentro do Judiciário, nós desenhamos um modelo de governança de contratações, no qual trazemos instrumentos, mecanismos de controle, para que possamos materializar esta governança. Talvez, o primeiro passo, e o mais importante – e eu não falo apenas do serviço público, estou falando também de organizações privadas –, seja o plano estratégico institucional. É lá onde nós temos a nossa visão, os nossos valores, os objetivos estratégicos, onde queremos chegar como instituição. Evidentemente, para que isso aconteça, nós precisamos materializar esses objetivos, que, muitas vezes, são desdobrados em outros planos.

É claro que não teria como não falar da política de sustentabilidade. Muitas organizações ainda não têm política de sustentabilidade. Muitas instituições privadas já deram saltos quânticos e têm um trabalho de sustentabilidade muito bem elaborado. Nessa política, nós traçamos as responsabilidades ambientais, econômicas, sociais, éticas, culturais das pessoas dentro da instituição. Por isso, eu os convido a expandir esse conceito, a não pensar que sustentabilidade tem apenas uma perna só, mas ela é multidimensional. Ela traz um olhar multifacetado, um caminho aberto por Ignacy Sachs, por Amartya Sen, por Juarez Freitas, tantos pensadores que abriram a nossa visão e nos chamaram a atenção para a evolução do conceito de sustentabilidade. Esta evolução requer um engajamento social e do corpo funcional, que vai dos colaboradores aos diretores, presidente, conselho de administração, dos técnicos de assessoramento aos ministros, magistrados, porque ninguém implementa política de sustentabilidade sozinho. Apesar de estar lá no Judiciário há 30 anos fazendo isso, eu não faço milagre e tenho embates terríveis e positivos com os magistrados. Afinal de contas, alguma coisa certa eu devo estar fazendo para estar tanto tempo lá. Todo esse esforço é no sentido de que não podemos repetir e propagar o pensamento do *ESG-washing*, ou *rainbow washing*, ou qualquer *washing* que se fale, no sentido de que nós estamos fazendo, mas não estamos fazendo. Nós fazemos propaganda dizendo que estamos arrasando, te-

mos política de gênero, por exemplo, mas não temos na [prática]. Temos políticas relacionadas à gestão de resíduos, mas não temos. Fazemos apenas para “inglês ver”.

O segundo desdobramento dessa política é o plano de logística sustentável, que está dentro da política de sustentabilidade e é um raio-X de gastos e de consumos dentro das nossas organizações. Nós fazemos isso dentro das nossas casas, com as nossas contas de luz e de água, quanto gastamos de combustível, de alimento e em viagem. Como será isso dentro das nossas organizações? Pode ser que estejamos adquirindo coisas que nem precisamos mais, porque já evoluímos nos nossos processos de trabalho, mas será que paramos para olhar e definir metas e objetivos de onde nós queremos chegar? Queremos gastar energia de forma irresponsável? Quando digo irresponsável, entendam como sem um controle, sem um monitoramento. Isso acontece o tempo inteiro dentro da administração pública. Estou falando da Esplanada dos Ministérios. Estou na Praça dos Três Poderes. Talvez, se tivermos um plano de logística, nós consigamos avançar, identificando exatamente onde queremos chegar. O plano de contratações anual é apenas uma lista de compras, onde eu vou colocar todas as ações que eu preciso implementar e que, em razão delas, eu precisarei fazer aquisições. Isso tudo tem que estar alinhado com uma proposta orçamentária, ou seja, todos esses instrumentos têm que falar a mesma língua, para que não corramos o risco de ter uma dicotomia institucional. Os nossos instrumentos estratégicos vão para um lado e a vontade maior da administração, que é trazida pelo plano estratégico institucional, vai para outro.

Muitos de nós já fomos gestores públicos. Muitos já passaram pela gestão pública e, hoje, estão no mercado privado e sabem exatamente do que eu estou falando. No STJ, no nosso processo de contratação, nós conseguimos implementar análises de critério de sustentabilidade dentro de todo esse processo, que foi construído desde 2012. São critérios de sustentabilidade dentro dos processos de aquisição e contratação, que não veem apenas o critério ambiental. Entram os aspectos social e cultural. Isso tudo dividido em fases. Essas fases, hoje, têm um sistema de tripla checagem para que não corramos risco nenhum de estar indo por um caminho contrário do que traz a nova Lei de Licitações. Cada processo de aquisição ou contratação dentro do STJ passa pela unidade de sustentabilidade. Não foi fácil, mas nós precisamos evoluir organicamente. Os novos tempos exigem novas estruturas. Ainda há uma resistência muito grande. Empresas e órgãos públicos ainda olham a área de sustentabilidade como uma perfumaria, mas nós precisamos avançar. Como a instituição é um organismo vivo, ela precisa se adequar às novas necessidades.

No STJ, que foi precursor, e eu tenho muito orgulho de falar disso, nós começamos a implementar a análise de sustentabilidade no processo de compra em 2012. A

nossa análise, hoje, é muito sistêmica. É uma análise 360 graus. Para quem achava que era mais fácil inserir critério de sustentabilidade, que era só dizer que o papel é de material reciclado e estava tudo certo, não é. Primeiro, nós olhamos para o nosso plano estratégico. Por que temos que estar comprando papel se nós temos como objetivo implementar processo eletrônico 100%? Será que o objetivo estratégico está indo em uma direção e uma aquisição que está indo em outra? Esse Frankenstein existe dentro das instituições. Então, após essa análise, nós olhamos também para a Agenda 2030. Olhamos para todos os nossos planos setoriais e verificamos se aquela aquisição ou contratação está indo no mesmo caminho que a instituição traçou, que a alta administração bancou. Porque, hoje, o artigo 11 no parágrafo único da nova Lei de Licitações nos traz a responsabilidade da alta administração. Olhamos para o planejamento, quanto estamos pedindo, se aquela solução é a mais adequada, se aquele produto especificado é aquele que atende às nossas vontades, que vão atender às nossas políticas. A fiscalização do contrato, porque é importante esse olhar. Verificamos o uso correto do bem, pois se, tantas vezes, sequer lemos o manual dentro de casa, imagina no ambiente de trabalho. Por fim, a gestão dos resíduos gerados.

Todo esse trabalho não é possível de ser feito sem que todos participem do processo. É necessário um trabalho de engajamento e mudança cultural paradigmática para que a possamos trazer a sustentabilidade para a administração pública. Muitas vezes, mudanças que não acreditávamos que iriam acontecer e, de repente, elas chegaram, como foi o caso da tragédia do Rio Grande do Sul. O mundo muda gradualmente até o de repente chegar.

Natália Resende



Secretária de Infraestrutura
e Meio Ambiente do
Estado de São Paulo.

Vou fazer uma breve introdução e falar da estratégia climática do Estado de São Paulo, que contém dois eixos. Um eixo de mitigação e um eixo de adaptação. Dentro do eixo de mitigação, temos desenvolvido o plano de ação climática com um horizonte de até 2050. Por quê? Todas as vezes que falamos de meio ambiente, nós tentamos fazer de uma forma muito transversal e, essa transversalidade perpassa políticas de Estado. Quando fomos fazer a gestão da Secretaria, nós colocamos quatro subsecretarias, três áreas transversais, e uma delas era, exatamente, a de mudanças climáticas e sustentabilidade, na qual viemos desenvolvendo a estratégia.

Na parte de mitigação, temos um plano de ação climática, com horizonte até 2050, e dividido em eixos, tais como resíduos, indústria, uso do solo, energia, finanças verdes, educação ambiental, e, em cada um, nós estamos fazendo ações e sub-ações. Também nesse âmbito de mitigação, temos o compromisso São Paulo Carbono Zero, que visa agregar e trazer a iniciativa privada para mostrar seus compromissos, suas trajetórias de descarbonização até 2050. De forma com que nós tenhamos o reconhecimento do Estado, de acordo com

o fato de serem ou não grandes poluidoras e de estarem ou não aderidas ao *Race to Zero* e *Race to Resilience*. Dentro da parte de adaptação, acho que entra muito a questão de saneamento também. Nós viemos junto com a GIZ e, até o final do ano, devemos concluir o plano de adaptação e resiliência climática, junto dos municípios, porque precisamos chegar na ponta e trazer a sociedade para junto de nós, principalmente quando falamos em uma pauta que tem que ser concreta.

Dentro de cada uma dessas quatro unidades – meio ambiente, saneamento básico e recursos hídricos, energia e mineração, logística e transportes – nós viemos colocando esse fio condutor da sustentabilidade no meio ambiente, por exemplo, com um plano que lançamos com 21 ações e seis eixos, entre os quais a biodiversidade – colocar em restauração mais de 37,5 mil hectares até 2026. No saneamento básico e recursos hídricos, olhamos na lógica de regionalização do novo marco de saneamento, para conseguir ganhar escala e escopo e ter viabilidade econômica e financeira dos nossos projetos e mais eficiência, juntando municípios, Estado, União, Judiciário, Legislativo etc. Nós precisamos de uma harmonização de tudo, sem contar também a parte de transição energética. Eu não falaria nem transição energética, porque a nossa energia já é muito limpa, então, muita descarbonização. Isso passa por entendermos as várias rotas possíveis, como hidrogênio de baixo carbono e o etanol. O Estado de São Paulo é o maior produtor de etanol do Brasil, tendo de 40% a 45% da produção. Nós temos uma potencialidade de ter energia limpa e mais energia circular, que fala muito também com a questão de resíduos, que precisamos, quando falamos de sustentabilidade, colocar também nos quatro elementos do saneamento básico.

Na parte de logística, nós conseguimos estimular os nossos modos de transporte, como o modo aquaviário, que no Brasil tem uma potencialidade e é o mais sustentável de todos. Quando falamos, por exemplo, de um derrocamento, de conseguirmos ter perenização da hidrovía Tietê-Paraná, nós falamos do sequestro de 20 milhões de toneladas de carbono por ano, que hoje estão nas nossas rodovias. Isso é sustentabilidade concreta.

Edilson de Sousa Silva

Dentro dos quatro eixos apresentados, eu lhe pergunto: quais as boas práticas que conseguiu implementar nesses quatro eixos? Quais foram os grandes desafios enfrentados? Os resultados que foram alcançados? Eram os objetivos esperados? Como foram mensurados esses objetivos? Nesse monitoramento, a mensuração trouxe a evidência de que essas práticas contribuíram para a efetivação dessa política sustentável nesses quatro eixos?

Natália Resende

É relevante termos em mente que a sustentabilidade tem seu tripé. Não estamos falando só do ambiental, estamos falando do social e do econômico também. Isso é muito importante para que os projetos se concretizem e para que a palavra sustentabilidade não fique só no discurso. Ela precisa ser enxergada, de fato, na prática. Para isso, precisamos de planejamento e de governança. Governança é uma palavra que gosto muito e que, muitas vezes, discutimos, inclusive, o conceito. Tem vários conceitos de governança e tem muitos conceitos de governança regulatória, substância regulatória etc. O que isso significa? Quando olhamos na gestão, na prática mesmo, na gestão pública, tentamos sempre implementar conceitos teóricos, doutrinas, tudo que viemos estudando e as boas práticas, como o chamado *Better Regulation*, as melhores regulações.

Se olhamos o meio ambiente em si, e lembrando que todos têm um fio condutor da sustentabilidade, naquele tripé, na estratégia de mitigação e de adaptação. Temos 21 ações, e pensamos no curto, médio e longo prazos. Tem coisas que conseguimos implementar de forma mais rápida, e outras que precisamos fazer uma estruturação melhor. Estamos falando, por exemplo, da formação de corredores ecológicos e conseguir, de fato, restaurar. Dos 37,5 mil hectares que colocamos de meta para 2026, já temos o acompanhamento de 34 mil hectares, sendo nove desde o ano passado. Então, estamos evoluindo muito e com uma conjunção de esforços entre a iniciativa privada, sociedade civil e Poder Público *lato sensu*. Para conseguirmos, de fato, fazer essas implementações precisamos de fortalecimento institucional. O fortalecimento institucional passa por entender as instituições, com pessoas dentro, mas, a longo prazo, independentemente de quem estiver. Por exemplo, uma iniciativa que tivemos lá no Estado de São Paulo: encaminhamos um projeto de Lei Complementar para a criação de uma agência de águas que o Estado mais pujante do Brasil ainda não tem. Temos, hoje, uma autarquia que é vinculada à Secretaria, responsável pela outorga, pela fiscalização do uso de recursos hídricos, mas não é uma agência, de fato, e precisamos melhorar a regulação, seja da parte superficial, seja da parte subterrânea. A partir do

momento que pensamos, por exemplo, em um programa de parceria de investimento, como tem o Estado de São Paulo, com investimentos que superam o montante de 220 bilhões de reais, precisamos de reguladores e de fiscalizadores, considerando que a própria Constituição Federal nos trouxe, depois de 1988, que o Estado deve sair um pouco da intervenção e fortalecer a sua regulação. Assim, precisamos discutir como viemos incorporando uma lógica anglo-saxã de regulação com a nossa lógica também administrativa de contratos e como isso conversa com uma regulação discricionária, em uma regulação contratual.

Falando de forma um pouco ampla, para inclusive entrar em um assunto que vai muito ao encontro de sustentabilidade e trata de governança, que é a parte de saneamento. Quando olhamos a aplicação de *frameworks* e precisamos discutir a aplicação da norma na prática para que ela se efetive. Olhamos, por exemplo, o novo Marco de Saneamento, a Lei nº 14.026 de 2020, como ela tem se implementado e como ela tem de ser implementada. Precisamos enxergar o saneamento básico nos seus quatro pilares: água, esgoto, drenagem e resíduos sólidos. Isso envolve uma sustentabilidade muito forte e, por exemplo, no Estado de São Paulo, dos 645 municípios que temos, em 375 geramos e não tratamos cerca de 25 bilhões de litros de esgoto por mês. Quando pega-se o Tietê, que tem uma extensão de 1.136 quilômetros, quando se tem um problema de macrófita em Barra Bonita, que é a jusante, quase chegando no Paraná, é porque muitas vezes temos um tratamento de esgoto em Guarulhos de 20%, que é a segunda maior cidade de São Paulo. Logo, eu preciso olhar nessa lógica de ações de curto, médio e longo prazos, o que eu preciso fazer para conectar – estou falando de mais de 4 milhões de conexões que temos que fazer no alto Tietê, com 250 quilômetros e 39 municípios, para conseguirmos, ao longo de todo o curso d'água, ter despoluição e maior disponibilidade hídrica. A região metropolitana do Estado de São Paulo tem uma escassez maior que a do Nordeste. Nós estamos falando em 143 metros cúbicos por habitante por ano. Isso é 10 vezes menos do preconizado pela Organização das Nações Unidas (ONU). Nós precisamos, assim, fortalecer a parte de regulação das nossas agências, como é o caso desse projeto de Lei Complementar que mandamos para a Assembleia, e precisamos ter um programa robusto de saneamento, que é o que estamos fazendo em 375, com o projeto da Sabesp, olhando o artigo 14 do novo marco, de forma a termos equalizações de prazos de contratos, que, hoje, acabam paulatinamente, se não fizermos o processo que estamos fazendo, e perdemos escala e escopo, a tarifa explode e o usuário, que é quem sofre no final das contas, não vai ser contemplado com a tal sustentabilidade, no seu viés social.

Quando falamos de saneamento, temos que discutir a franja, quem está fora. O novo marco colocou como obrigatoriedade, e o estado *lato sensu* precisa observar

isso. Nós não enxergamos, muitas vezes, a área rural e a área informal consolidada e passível de regularização. Nós precisamos agregar essas pessoas, porque, muitas vezes, o que eu citei da questão da poluição dos rios e dos mananciais, vem de esgotos não tratados de favelas, de palafitas, de áreas que, hoje, o saneamento não chega porque é difícil, mas existe tecnologia para isso. Quando fomos efetivar a governança das unidades regionais de água e esgoto do Estado de São Paulo, nós efetivamos uma delas, exatamente a que é prestada pela Sabesp, em função de todo o processo que está acontecendo, nós agregamos a sociedade civil, o estado, 371 municípios dos 375 que são prestados, que aderiram voluntariamente, como é a lógica das rurais, para conseguir ter um contrato único com uma melhor gestão, com metas anuais, indicadores, fatores de penalização tarifária, uma regulação por incentivo, por comando e controle, para termos melhor prestação do serviço. Isso só falando de água e esgoto.

Quando falamos de drenagem, nós tiramos mais de 44 milhões de toneladas de lixo só do rio Pinheiros. São 25 quilômetros de extensão desse afluente do Tietê. Nós tiramos dos dois rios 1,4 milhão de metros cúbicos de sedimento. Isso representa 100 mil caminhões cheios. O que significa isso? Quando se faz esse desassoreamento, mitiga-se enchentes e se torna mais resiliente. Nós precisamos nos preparar, olhando emergências e mudanças climáticas, e indo ao encontro de ações concretas, é exatamente ver a macrodrenagem e, para isso, que são nossos cursos d'água, nós precisamos entender as bacias hidrográficas. No Estado de São Paulo, são 22 unidades de recursos hídricos. Nós precisamos entender como elas se concatenam e como agregamos dentro desses pilares do saneamento também os resíduos sólidos em uma lógica de regionalização e de governança. Para citar outro exemplo, mais de 185 municípios do Estado de São Paulo, dos 645, percorrem mais de 50 quilômetros para destinar seus resíduos. Existe um custo logístico muito alto nisso. Então, nós precisamos ser mais eficientes na destinação e na valorização do resíduo que gera economia e renda, que gera para catadores uma possibilidade de se transformarem em agentes ambientais. Isso é sustentabilidade no tripé social, econômico e ambiental. Isso que estamos fazendo quando lançamos um programa de valorização de resíduos para colocarmos no aterro o rejeito e não o resíduo e fazer a economia circular, gerar energia, fazer com que tenhamos, de fato, essa sustentabilidade que estamos falando.

Para finalizar, nós precisamos, também, levar educação e conscientização ambiental, que é um pilar muito importante que temos no nosso plano do meio ambiente, porque dessa poluição toda que eu falei no Tietê, por exemplo, 40% é da chamada poluição difusa. O que significa? É a balinha que é jogada na rua, é o sedimento que vem da indústria, é uma poluição que não vem necessariamente do esgoto, mas está presente e com uma quantidade muito grande. Então, precisamos chegar com a

mensagem para as pessoas. Isso é uma lógica, de novo, de sustentabilidade agregada, que é a população estar junto. Nós temos feito várias iniciativas de *podcast*, de concurso de redação que lançamos com as escolas públicas, colocamos disciplina eletiva para mais de 7 mil alunos, enfim, tem vários dados que estão lá no site, inclusive, da Secretaria.

Fernanda Rodrigues de Moraes



Consultora-chefe da
Consultoria Jurídica do
Ministério das Cidades
do Brasil.

O Estado, hoje, tem um papel fundamental, porque, quando falamos em sustentabilidade, estamos falando de três eixos: desenvolvimento econômico, justiça social e proteção ambiental. Neste sentido, a administração pública e o papel do Estado são essenciais. Eu acho que este é o cerne de todas as nossas discussões. A iniciativa privada tem a sua participação, mas acho que o grande mote e a grande locomotiva estão nesse papel público.

Edilson de Sousa Silva

Quais as políticas públicas que o Ministério das Cidades tem utilizado para enfrentar este problema climático que estamos vivendo hoje? Quais são os desafios? Os instrumentos de mensuração estão alcançando o objetivo planejado?

Fernanda Rodrigues de Moraes

Realmente, todos esses desafios ambientais afetam diretamente a administração pública. Precisamos, a partir disso, ter políticas públicas adaptativas e mitigadoras. Precisamos garantir que nossas cidades estejam preparadas para enfrentar inundações, secas e outros even-

tos extremos. Desde o ano passado, o Ministério das Cidades recriou importantes programas de investimentos, como o Programa Minha Casa Minha Vida, além de ter relevante participação no Programa de Aceleração ao Crescimento. Esses investimentos apoiam entidades municipais e estaduais em diversas modalidades, como urbanização de favelas, mobilidade urbana, saneamento básico e prevenção de desastres. Somente para prevenção a desastres, estão sendo destinados mais de 2 bilhões de dólares, sendo que este ano serão destinados 315 milhões de dólares para a contenção de encostas e quase 885 milhões de dólares para a drenagem urbana. Além disso, foi lançado um programa habitacional destinado às famílias vítimas de calamidades e desastres, com mais de 5 mil casas já selecionadas para atendê-las. Felizmente, existem muitas políticas públicas eficazes que podemos adotar. Por exemplo, a gestão de resíduos sólidos pode ser aprimorada com programas de reciclagem e compostagem. Políticas públicas de drenagem e transporte sustentável podem ser promovidos por meio do desenvolvimento de ciclovias e do investimento em transporte público elétrico.

No entanto, nós precisamos repensar nossas políticas a partir dessa nova realidade que se impõe frente às mudanças climáticas, cujo maior exemplo, infelizmente, hoje, no Brasil, é a tragédia no Rio Grande do Sul. Queria trazer um exemplo prático: no último 5 de junho, consagrado como Dia Mundial do Meio Ambiente, o Brasil deu um passo significativo rumo à sustentabilidade das nossas cidades com a assinatura do decreto que cria o programa Cidades Verdes Resilientes. O programa tem como meta aumentar a capacidade das cidades brasileiras de enfrentar o impacto das mudanças climáticas e conta com a estruturação de seis abordagens temáticas territoriais prioritárias para a articulação nos municípios. São elas: áreas verdes, urbanas e cobertura vegetal, uso e ocupação sustentável do solo, infraestrutura verde, soluções baseadas na natureza, eficiência energética e tecnologias de baixo carbono, mobilidade sustentável e economia circular. A iniciativa envolve ações conjuntas do Ministério das Cidades, Ministério do Meio Ambiente e Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Essa estratégia potencializa sobremaneira a atuação dos três Ministérios e mobiliza entidades subnacionais para cumprir os compromissos da agenda climática e do desenvolvimento urbano sustentável em linha com o compromisso assumido pelo Brasil na ocasião da COP28 em Dubai, que é a Coalizão para Parcerias Multiníveis de Alta

Ambição. Esse compromisso, assinado por mais de 70 países, além do Brasil, busca melhorar a consulta e colaboração com líderes locais e regionais no planejamento, financiamento, implementação e monitoramento das nossas contribuições nacionalmente determinadas, conforme estipulado no Acordo de Paris. É neste sentido que as nossas leis e regulamentos têm um papel essencial na política da sustentabilidade. Eu trago de novo a política dos resíduos sólidos, que está muito bem delineada e precisa ser seriamente implementada, e o Acordo de Paris, que também é um compromisso global para limitar o aquecimento e promover ações climáticas.

Nesse contexto, todos os Estados-membros das Organizações das Nações Unidas (ONU) adotaram em 2015 a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, que procura ir além dos objetivos do desenvolvimento do milênio. Destaco o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 6, que é a ferramenta atual da ONU para garantir o direito humano à água internacionalmente, visando garantir disponibilidade e gestão sustentável da água e do saneamento para todos. A ONU está plenamente consciente dos desafios colocados à humanidade neste século em consequência das alterações climáticas, e apresentou os ODS para 2030, como objetivos para erradicar a fome, a pobreza, alcançar uma vida melhor para os seres humanos e uma vida mais igualitária entre homens e mulheres. Assim que alcançar este objetivo em termos de água e saneamento, permite-se também abranger outros ODS, para acabar com a pobreza, erradicar a fome e promover o bem-estar de todos. É permitir que mulheres e meninas que, hoje, carregam e transportam água para suas casas, estudem, frequentem a escola e alcancem uma sociedade mais equitativa em termos de gênero. Eu acredito que os ODS para 2030 constituem um mandato dirigido aos Estados para dar conteúdo a esses direitos humanos. É claro que as empresas do setor privado também estão ligadas a esse objetivo. É nesse sentido que afirmo que as empresas devem gerir de forma sustentável os recursos hídricos na criação dos seus produtos e serviços e devem incentivar e facilitar a melhor gestão da água. As empresas devem integrar a gestão da água como uma questão fundamental para a sua estratégia ambiental. No entanto, no nosso entendimento, as metas do ODS dirigem-se principalmente aos Estados, pois são eles que possuem as principais ferramentas e meios para as concretizar e são responsáveis pelos cidadãos para seu compromisso do seu conteúdo de um direito humano.

Destaco também ODS 11 - Cidades e Comunidades Sustentáveis -, cujo objetivo é tornar as cidades e os assentamentos urbanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis. Em março de 2024, ocorreu o primeiro Fórum Mundial sobre Edifícios e Clima, organizado pelo governo da França em colaboração com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Durante o evento, o Brasil assinou a Declaração de Chaillot, que propõe revisar e adaptar os modelos de construção para combater o

aquecimento global. Destaca-se que os novos modelos de construção de casas populares do Programa Habitacional Brasileiro Minha Casa e Minha Vida estão totalmente alinhados a esse objetivo.

O tema urbano, além da preservação das nossas florestas, está inserido na COP 30. Um ponto crucial é que precisamos incluir na discussão climática e, sobretudo, a população mais vulnerável. Estamos falando de mais de 20 milhões de pessoas que moram na Amazônia brasileira. Essas pessoas, em sua maioria, trabalham e moram em cidades e precisamos dar a elas melhores condições de vida. Nenhuma dessas políticas tem implementação sem o envolvimento da comunidade. A nossa sociedade tem que estar engajada, através das políticas públicas e de muita educação. Esses grandes desafios não serão enfrentados sozinhos, só com os Estados. Então, eu reforço que precisamos desse tripé Estado, iniciativa privada e sociedade.

Uma importante reflexão também é que o Estado, como atualmente precisa satisfazer as necessidades crescentes, deve ser entendido como Estado garantidor, mas não necessariamente como Estado prestador. Portanto, para tornar esse serviço uma realidade, ele pode recorrer, sim, ao setor privado, que contribuirá com a sua capacidade de investimento, o seu conhecimento técnico e benefícios de escala que as grandes empresas podem trazer.

Aguinaldo Ballon



Diretor-Presidente
da Cedae.

Quando falamos em sustentabilidade na administração pública e como fomentamos o desenvolvimento da sustentabilidade na sociedade, nós estamos falando de um dos eixos do que é e de como promover a sustentabilidade através da administração pública. Eu, evidentemente, por atuar no meio do saneamento, a minha abordagem vai tratar um pouco de como a sustentabilidade vem sendo abordada no saneamento e como é um eixo importante e precisa ser colocado no centro do debate. Quando falamos em preservação ambiental, em sustentabilidade, o saneamento precisa estar no centro do debate na medida em que impacta tanto na produção dos serviços de saneamento quanto na conservação dos mananciais, onde fazemos a captação de água. Se não tivermos um saneamento adequado, nós não vamos conseguir ter cidades resilientes e condições de habitação adaptadas nos centros urbanos para promover a justiça social, que é o que é a sustentabilidade nos provoca dentro da administração pública.

Edilson de Sousa Silva

Como a Cedae tem incorporado práticas sustentáveis na gestão dos recursos

hídricos e quais são as lições aprendidas na implementação dessas práticas? Tem alcançado os objetivos? Quais os principais obstáculos enfrentados nessa gestão?

Aguinaldo Ballon

Eu vou falar um pouco sobre sustentabilidade, desenvolvimento econômico, especialmente na área amazônica. Eu participei de uma palestra no Global Ocean Day, no Rio de Janeiro, e era um seminário sobre proteção dos oceanos, e o governador do Amapá fez uma apresentação e trouxe um dado que é de reflexão para todos nós. O estado do Amapá tem o maior índice de cobertura vegetal e de preservação ambiental, com a floresta em pé, e, em contrapartida, o menor índice de desenvolvimento social de todos os estados da federação. Então, as pessoas que estão circunscritas naquele território, embora tenha um esforço do governo, e até por conta do próprio acesso àquele território ter um pouco mais de dificuldade, as políticas implementadas pelo estado para garantir a floresta em pé significam um empobrecimento da população e um desenvolvimento socioeconômico em menor grau do que outros estados da federação.

A partir disso, acho que o desafio que temos é como promover o desenvolvimento sustentável que possa trazer alguma riqueza para aquelas pessoas e condições e capacidade de subsistência adequada para o povo que preserva aquela floresta no sentido do que buscamos, que é ter um ecossistema equilibrado. É só uma provocação, porque falamos tanto de como ter o desenvolvimento sustentável e nas discussões sobre crédito de carbono e sobre como buscamos o financiamento para o Brasil, até na ordem internacional, de manutenção desses ecossistemas, nós precisamos pensar também sobre o seu aspecto econômico e como dialogamos diante de uma discussão mundial.

Eu quero falar sobre os efeitos das mudanças climáticas para o saneamento. As mudanças climáticas, especialmente dentro do estado do Rio de Janeiro, têm provocado secas em alguns mananciais e falta de recursos hídricos em alguns momentos. Um dos nossos sistemas, que é o sistema Imunana-Laranjal, já sofreu por duas ocasiões a falta de recurso hídrico em razão da escassez de chuvas. O aumento da temperatura favorece a proliferação de cianobactérias, que é uma situação que o Rio de Janeiro vive, mas

São Paulo também vive, e lidar com o cuidado com os nossos mananciais possibilita que não tenhamos ou controlemos melhor a proliferação dessas cianobactérias. No caso do Rio de Janeiro, o que já aconteceu no passado, a situação da geosmina, que traz um desconforto para o usuário, apesar de ter a garantia dos técnicos de que não teria nenhum problema para a saúde humana. Também há um aumento das chuvas torrenciais. Nós vivenciamos, nesse último verão, em todo o período histórico, uma maior volumetria de chuvas especialmente na região metropolitana do Rio de Janeiro e também na região noroeste. Isso faz com que o excesso de chuva interrompa o abastecimento porque, embora alguns sistemas estejam preparados, como a estação do Guandu que é uma das maiores estações unitárias de tratamento do mundo, então é um sistema de engenharia cinza, pesado, bem preparado, mas, com o excesso de turbidez na água e de material orgânico, é preciso paralisar o sistema ou diminuir a quantidade de água tratada, exatamente naqueles momentos em que as cidades estão mais demandando água porque estão sobrecarregadas com a situação do pós-chuvas, com ruas alagadas e a população precisando de mais recursos hídricos. É exatamente nesse momento que temos uma menor produção de água.

Para isso, o que viemos fazendo na Cedae pós-período de concessão. A empresa, a partir do processo de concessão, passa a focar no sistema de produção de água e a cuidar e ter um olhar específico para os mananciais onde fazemos a captação de água. Os mananciais em que atuamos são mananciais em que a Cedae é uma usuária, não é administradora do manancial, mas é uma das maiores usuárias. Então, temos uma atividade proativa de reflorestamento e de cuidado desses mananciais para que, com monitoramento e reflorestamento das margens dos rios e dos nossos dois maiores sistemas, que é o Guandu e o sistema Imunana-Laranjal, com o reflorestamento das margens do seu entorno, nós temos um menor assoreamento do rio, e quando há chuvas, elas são melhor amortizadas, jogando menos sedimento.

Nós temos o compromisso de aderirmos ao Pacto Global da ONU e temos uma meta ambiciosa na empresa de reflorestar 30 mil hectares desses dois ecossistemas até 2050, e até 2030, 10 mil hectares. O reflorestamento associado a um saneamento das bacias é importante. Nós temos um ecossistema que está totalmente interligado. Se tem os rios com o melhor tratamento, no nosso caso o rio Guandu tem uma transposição do rio Paraíba do Sul, que vem de São Paulo e vem passando por todo esse corredor até chegar em Barra do Piraí, ter a transposição, então já recebemos a água proveniente de São Paulo, do Paraíba do Sul, com alguma qualidade. Depois, ela é transposta para o rio Guandu, e no Guandu temos contribuição de outros rios da região metropolitana, no nosso caso o rio Ipiranga e o rio Poços Queimados. Esses rios vertem da região metropolitana, especialmente do município de Queimados, que tem um pólo industrial e é uma região de forte adensamento urbano, com baixa qua-

lidade e coleta de tratamento de esgoto. Então, a captação da água que fazemos, especialmente no Guandu, é uma água bruta de uma qualidade não tão boa, o que gera o maior uso de produtos químicos e de energia decorrente do processo de tratamento, e, por consequência, uma maior quantidade de lodo também, após o processo de tratamento. Esse lodo precisa ser devolvido para a natureza, e é devolvido para os aterros sanitários. Logo, um melhor tratamento, um reflorestamento da bacia e a implementação do esgoto sanitário em todo o seu entorno possibilitará, no nosso planejamento de médio prazo, uma diminuição na quantidade de produtos químicos, na quantidade de posição final dos rejeitos e também na quantidade de energia elétrica utilizada para todo esse tratamento. A empresa vem, a partir deste processo de concessão, adotando todas as práticas possíveis de monitoramento dessas bacias, de reflorestamento, e adotando tecnologias para que consigamos contribuir para a sustentabilidade. O reflorestamento impacta na margem do rio e no próprio curso e é importante para o equilíbrio dos ecossistemas.

José Eduardo Guimarães Barros



Diretor Jurídico
da Eletrobras.

Eu pretendo trazer um pouco do histórico que nós já tivemos de melhorias que não buscavam a sustentabilidade, especialmente ambiental, na administração pública. A partir disso, tentarei fazer uma reflexão sobre o que garante essas melhorias que acabam refletindo na sustentabilidade e como pensar nisso para o futuro. O meu foco pretende ser um pouco na transição energética, obviamente, até por estar na Eletrobras hoje em dia, pensando na segurança jurídica necessária para essa transição energética.

Edilson de Sousa Silva

Quais são os principais desafios legais que a Eletrobras enfrenta na promoção da prática sustentável e como a equipe jurídica da Eletrobras, chefiada por Vossa Excelência, tem trabalhado para garantir essa conformidade ambiental nas operações da empresa? Isso é mensurável? Há resultado dessa boa prática?

José Eduardo Guimarães Barros

Foi interessantíssimo ouvir tudo dessa vivência de serviço público, de administração pública, ou seja, uma visão

interna da administração pública. Eu vivi momentos na Advocacia-Geral da União (AGU) quando começou a ter algum pensamento com a sustentabilidade. Eu me lembro quando veio uma ordem para, no processo físico ainda, imprimir em frente e verso para ter uma redução de papel. Depois, na AGU, criaram uma fonte chamada Ecofonte, que era uma fonte furadinha que reduzia o gasto de tinto na impressão. Depois, nós passamos para a revolução, que é o processo eletrônico. Para aqueles que advogaram pré-processo eletrônico, não tem como não lembrar quando nós tínhamos um Recurso Especial (REsp) e um Recurso Extraordinário (RE) inadmitidos na origem, no Rio de Janeiro, de um processo de 50 volumes, que para facilitar, colocávamos não só as peças obrigatórias, mas duas cópias integrais do processo. O processo saía do Tribunal de Justiça, pegava uma Kombi, ia até o aeroporto, pegava um avião, ia até Brasília, pegava uma Kombi até o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), subia e o ministro negava o provimento e voltava. Era porte de remessa e retorno do processo. Isso tudo é gasto de combustível, de energia e de papel.

Olhando para trás, nós vemos melhoria. A melhoria foi pensada para o meio ambiente? Acredito que não. Foi pensada para uma maior eficiência no processo e economia financeira. O que garante esse tipo de melhoria? O que incentiva isso? O que garante esse tipo de melhoria de eficiência? A segurança jurídica. Nós precisamos de segurança jurídica para toda mudança que é feita, seja a implementação do processo eletrônico, não só no Poder Judiciário como também nos órgãos públicos. Nós temos na Advocacia-Geral da União (AGU), o Sapiens implementado antes do próprio SEI. O que garante que aquilo funcione? Segurança jurídica. O reconhecimento de que aquilo funciona efetivamente. O reconhecimento de quem está do outro lado é aquele que pode e deve estar do outro lado. Fazendo um gancho, qual é a finalidade que está ligada a isso? Qual é o princípio constitucional que está ligado a isso? É o da eficiência. A sustentabilidade na administração pública está ligada ao princípio da eficiência, que não é um princípio originário da Constituição de 1988 e, hoje em dia, se mostra tão importante para nós. Então, o princípio da eficiência para a administração pública depende, portanto, para o administrado, especificamente, dessa segurança jurídica.

Passando para a administração privada, a Eletrobras é uma empresa privada e temos a necessidade de termos essa transição energética. Na verdade, no Brasil, não falamos tanto em transição energética. Nós falamos em transição energética mundialmente, porque, em termos de transição energética mundial, o Brasil é certamente o exemplo a ser seguido. Nossa matriz elétrica é 90% limpa e temos o etanol, que é um combustível de baixa poluição e de baixa emissão. Então, claramente, nós somos um exemplo muito mais a ser seguido do que falar em transição energética no Brasil. O Rodrigo Limp, vice-presidente de Regulação e Relações Institucionais da Eletrobras, ponderou também a questão do sistema integrado nacional, que permite que, quando temos a falta de energia específica de geração em uma região do país, consigamos usar energia de outros pontos do país. Assim, quando tem uma seca na região Sul, nós temos energia nas regiões Norte e Nordeste que consegue suprir. Isso é uma característica também do Brasil.

Para tudo isso, nós precisamos atrair investimentos e ter uma participação do mercado, até porque os recursos são escassos. O que garante essa participação? Segurança jurídica. Nós precisamos ter regras claras do nosso legislador e dos nossos reguladores, que façam com que haja essa confiabilidade e previsibilidade do agente privado que investe em setores como energia elétrica, saneamento, entre vários outros setores relevantes, para ter essa sustentabilidade, falando até um pouco mais no ponto ambiental. Essa segurança jurídica também deve ser garantida pelo nosso Poder Judiciário e deve ser observada por ele. A maior dificuldade que nós temos, hoje, é a questão da globalização. A globalização foi o que fez com que a crise de 2008 fosse impactante. A globalização permite que o investimento mundial migre em horas de um país para o outro. Boa parte dessa migração indesejada para quem perde os recursos depende da segurança jurídica.

A Eletrobras recém-privatizada vem deixando de ser um *player* controlado pela União, e que tem todas as vantagens de ser um *player* controlado pela União. Uma empresa pública, uma sociedade de economia mista, de certa forma, é uma fortaleza porque não tem os riscos que a atividade privada traz, como os riscos de crédito, de inadimplemento e, muitas vezes, de segurança jurídica. Então, nós, na Eletrobras pós-privatização, primeiro, obviamente, tivemos o trabalho de estruturar uma empresa desse tamanho para estar competitiva em leilões de transmissão e em um mercado altamente regulado, não é uma tarefa fácil. Agora, nós estamos trabalhando com a possibilidade também de ter o apoio de parceiros privados, que nos ajudam a estruturar esse novo momento da companhia, buscando sempre participar de fóruns em que nós possamos agregar com o regulador, com o legislador e com o Poder Judiciário na compreensão desse momento. Não é uma tarefa fácil deixar de ser uma empresa pública para virar uma empresa privada em um ambiente tão competitivo e regu-

lado. Nós estamos ansiosos para passar por essa fase e fazer com que a Eletrobras atinja sua meta de ser uma empresa *Net Zero* até 2030, e está se desfazendo das suas plantas poluentes nesse momento. Nós temos um trabalho de médio a longo prazo. O nosso presidente, Ivan Monteiro, sempre fala que o projeto da Eletrobras não é um projeto de curto prazo, mas de 10, 15 anos para frente, e estamos juntos nisso. O que eu queria pontuar é exatamente essa relevância da observância da segurança jurídica, da previsibilidade. Sem segurança e sem previsibilidade, nós ficamos no discurso. O mercado fica no discurso.

MESA V

05

MODERADORA - MARIA PAULA FIDALGO¹

ESG E SUSTENTABILIDADE CORPORATIVA

¹ Atriz e Mestre em Saúde Mental pela Universidade de Brasília

Maria Paula Fidalgo



Atriz e Mestre em
Saúde Mental pela
Universidade de
Brasília.

Esta mesa será bastante interessante porque o tema é fundamental. Quando falamos em globalização, ela precisa de uma coisa básica para acontecer de uma forma gentil, inclusiva. De qualquer maneira, precisamos ter um planeta para podermos viver nele.

Então, o tema da sustentabilidade é fundamental.

Eu vou começar lembrando que a palavra sustentabilidade vem do latim *sustentare*, que significa defender, favorecer, apoiar, conservar, preservar e cuidar. Logo, estamos aqui no lugar certo, nesse ambiente do direito, onde as pessoas dedicam suas vidas a cuidar do outro, principalmente a cuidar dos acordos coletivos sem os quais nenhum avanço pode acontecer.

Hoje é um dia bom e vamos imaginar esse planeta Terra como a casa de todos nós, como um útero. Então, vou propor que nós tragamos esse assunto da sustentabilidade corporativa para esse momento desafiador que estamos vivendo agora. Acabamos de ter no Brasil as enchentes no Rio Grande do Sul, e isso mostrou o

MODERADORA

quanto é urgente que possamos abordar esse tema de uma forma muito responsável.

Por mais que esse assunto seja contraditório e muito complexo, principalmente quando falamos da sustentabilidade corporativa, precisamos criar vias por onde algum tipo de convergência possa acontecer, para que cheguemos à possibilidade de soluções. Precisamos fazer soluções juntos.

Anielle Franco



Ministra da Igualdade
Racial do Brasil.

Eu vou me apresentar porque se olharmos ao redor, vemos poucas pessoas negras e poucas mulheres. Muitas das vezes, quando nós chegamos em espaços como esse, de decisão, de poder ou de um protagonismo, as pessoas tendem a querer nos resumir a uma história. Sim, eu sou a Anielle, irmã de Marielle Franco. Eu estou ministra da Igualdade Racial. Esse cargo não define quem eu sou, mas a minha trajetória, sim, define quem eu sou. Eu sou formada em Inglês e Jornalismo pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Eu sou formada em Inglês e Jornalismo pela Universidade de Carolina do Norte, nos Estados Unidos. Eu sou formada no mestrado também em Inglês e Jornalismo pela Universidade da Flórida, também tenho um mestrado em Relações Étnico-Raciais pelo Centro Federal de Educação Tecnológica (Cefet) e estou doutoranda, hoje, em Linguística Aplicada. Eu estou dizendo isso porque a pauta racial é uma pauta transversal, e o lugar das pessoas negras e das mulheres é onde elas quiserem.

Nós não nos resumimos a cargos que ocupamos. Antes das pessoas criticarem onde nós estamos e onde estaremos, para onde iremos, eu acho que as nos-

sas histórias se entrelaçam, porque só quem nunca teve nada sabe o que é ter um pouco e ter oportunidade. Só quem vive em um lugar onde a cada 23, 25 minutos um jovem é assassinado, sabe o que é ter oportunidade de estar e adentrar e permanecer. Quando as pessoas questionam a importância da criação do Ministério da Igualdade Racial pelo presidente Lula, eu digo, que não apenas o Ministério da Igualdade Racial, mas o Ministério das Mulheres, o Ministério dos Povos Indígenas, esses três ministérios que foram recriados, que eram secretarias, e que uns nem secretarias eram e que surgem em 2023, são para que nós possamos atender mais da metade da população brasileira. Então, para quem nunca teve nada, eu repito, existe uma reparação histórica em curso que é a Lei de Cotas do ensino superior. Eu sou fruto da Lei de Cotas na Uerj, e se pensarmos que, há vinte anos, nós tínhamos apenas 3% de pessoas que entravam no ensino superior e que, hoje, temos mais de 53%, a oportunidade importa.

Eu saio da favela da Maré com 16 anos para jogar vôlei nos Estados Unidos, e fico 12 anos, e, quando eu retorno, a minha irmã, infelizmente, é silenciada com cinco tiros na cabeça. Desde então, o nosso trabalho era uma escolha de viver o luto ou ir à luta. Essa luta passa por ter uma mãe advogada, e o sonho dela era que nós fizéssemos direito. Eu falo para ela que nenhuma das duas obedeceram, mas, agora, que bom que nós fazemos direito de outra maneira e fazemos justiça criando e transformando vidas. Eu estou em uma agenda que começou ontem, e eu tive cinco compromissos. Hoje, eu tenho mais seis compromissos, assinando um memorando com o Observatório de Racismo e Xenofobia aqui em Lisboa. O presidente de Portugal fez uma fala histórica este ano sobre reparação e nós vamos sentar com o superintendente da imigração, sentamos com a ministra de Igualdade e de Juventude, também para trazer um pouco do Juventude Negra Viva. Eu estou dizendo tudo isso porque o ESG está em cada passo que temos dado para transformar, seja pelo Pacto pela Igualdade Racial que nós criamos no Brasil, seja pela Lei de Cotas do Serviço Público e do Ensino Superior etc. Porque quando conseguimos ter um lugar mais diverso, conseguimos englobar e trazer mais pessoas. Eu tenho certeza que, se eu passasse o microfone para qualquer pessoa que está aqui nessa plateia, principalmente para as mulheres negras, que, quando eu cheguei, vieram falar comigo, e para as mulheres também, elas contariam diversas histórias das muitas vezes que, no seu dia a dia do trabalho,

tiveram que se reafirmar nesses espaços, seja num espaço de universidade, ou de trabalho, mas a nossa obrigatoriedade de se reafirmar enquanto mulher é sempre algo que nos cobram.

Uma das coisas que eu queria muito citar e trazer como exemplo é que, hoje, à frente de um dos conselhos de que eu participo, em uma empresa que já tem muitos anos de caminhada, foi a primeira vez que teve um senso de diversidade dentro dessa empresa. Foi a primeira vez que conseguimos trazer, com as nossas práticas, com as nossas experiências, um olhar para onde pudéssemos cuidar das pessoas. Não importa a empresa em que vocês trabalham, não importa a causa que vocês defendem, mas se estamos falando de ser humano, se estamos falando de pessoas, temos que cuidar e trazer as diversidades cada vez mais amplas para esse lugar.

À frente do Ministério da Igualdade Racial, desde 2023, que é uma pauta primordial para nós que, infelizmente, é milenar e nos tem sido negada, como saúde, educação e empregabilidade. Nós começamos, ainda com o então ministro Flávio Dino, a construir o Programa Juventude Negra Viva. Eu estou trazendo só esse exemplo para dizer que dentro desse plano, feito em parceria com os 22 ministérios, que já está em curso, saiu a medida das câmeras nos uniformes dos policiais para tentar a diminuição da letalidade. Saiu também a medida da empregabilidade para os nossos jovens negros, que é feita com parcerias em empresas públicas e privadas. As pessoas me dizem que querem fazer um programa para trazer jovens negros para as empresas e as minhas perguntas são sempre as mesmas: “Você quer trazer, mas e a permanência? E o plano de carreira?”. Porque nós não somos totens. Nós não estamos lutando há anos para adentrar espaços e lá permanecer, só para constar, para as pessoas falarem: “Eu até tenho um amigo negro.”, “Eu até tenho uma pessoa que eu conheço que é negra.” Não é isso. A causa do Ministério da Igualdade Racial e o nosso trabalho é cuidarmos de uma população que é 57% do Brasil. A nossa pauta transversal cabe no meio jurídico, no empresarial, e não é à toa que temos transformado devagar, porque sabemos que não é um desafio simples.

Eu vou encerrar dizendo para cada vez mais sermos aliados numa luta coletiva, porque a oportunidade bateu na minha porta através do esporte. Eu jogo vôlei desde os meus 8 anos e eu sei que nem todo mundo tem essa oportunidade, mas eu venho de uma família na qual a minha mãe sempre falou para nós que ninguém tira o conhecimento da gente. Então, antes de sermos criticadas, porque, muitas vezes, as críticas chegam apenas pelo gênero e pela cor, eu acho que precisamos, cada um no nosso papel, no dia a dia, nos empregos, olharmos com mais empatia para cada pauta que transversaliza no nosso país.

Carolina Maria de Jesus fala que ela não teve sorte, conforme as pessoas diziam, mas ela teve audácia. Tem que ser muita audaciosa e audacioso, para que nós consigamos transformar esse lugar, o nosso país, e deixar um legado de uma vida digna para todo mundo. É o que eu tenho repetido: para sentar nesses espaços, nós precisamos saber de onde viemos. Isso é lembrar da falta de saneamento básico, da Maré, por exemplo, onde eu morava. É lembrar que, muitas vezes, nós éramos acordadas com muita violência e com muitos tiros, mas ainda assim nós não desistimos de lutar.

Gostaria de lembrar e dizer que o ápice da violência política que aconteceu no nosso país, que foi o crime contra a minha irmã, diz muito sobre quando conseguimos fazer com que nossas lideranças caminhem para um lugar de decisão e de respeito. Então, que nós possamos levar, hoje, uma mensagem de diversidade para cada lugar que iremos, uma mensagem de empatia, de fazer com que as pessoas tenham, sim, dignidade de vida, de emprego, de trabalho, e pensar o ambiente, o social, a governança, a sustentabilidade passa por pensar um ambiente mais diverso.

Luiza Trajano



Presidente do Conselho
de Administração
Magazine Luiza.

Eu sou uma brasileira muito apaixonada pelo Brasil. Na nossa empresa e na Mulheres do Brasil, toda segunda-feira, nas 1.500 unidades, nós cantamos o hino nacional há 26 anos. Não vamos ter vergonha de cantar. Eu tive uma reunião em Oxford e todas as pessoas estão trabalhando muito esse lado que nós não damos valor ao Brasil. Que país faz um evento fora do país e traz 2.500 pessoas de alto nível? Só o nosso país.

É muito importante nós entendermos isso.

Eu acho que nasci com um propósito. Quando eu tinha 12 anos de idade, eu já discutia no colégio o porquê de não ter bolsa. Minha mãe falava para eu não discutir porque transparência demais era falta de educação. O meu sonho na empresa era porque não podemos ter uma empresa que cresce e não podemos ter cuidado com outras coisas? Porque ou as empresas têm cuidado, ou elas não crescem. Como nós podemos fazer uma empresa que faça as duas coisas juntas? Só que isso era muito antigamente, e como eu sou do interior, sou de Franca e a Magazine Luiza nasceu em Franca. Eu tenho uma linguagem que eu faço questão de conti-

nuar. Além de tudo, eu sou mulher. Imagina isso 40 anos atrás, uma mulher dirigindo uma empresa no interior. Os outros falavam: “Isso é porque é do interior.”

Em 2011, nós entramos na bolsa e o Magazine já tinha vários programas de ESG, que não tinha esse nome. Eu saía no *road show* falando de melhores empresas, de diversidade, de outras coisas, e, quando terminava, eu falava para o nosso CEO e para o nosso CFO: “Não vai dar um real a mais, um EBITDA a mais, nem um dólar a mais, mas eu vou continuar falando.” Eles até me escutavam, porque eu sou Luiza, não sou ruim de comunicação, mas não dava mesmo. O que eu não esperava, de jeito nenhum, é que eu lúcida, bem, ainda, recebesse, a partir de 2022, da própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM) vieram questionários da bolsa perguntando se tínhamos mulheres, negros, diversidade, e como nós cuidávamos. Eu nunca esperava estar viva e bem para poder responder essa pergunta, porque era tão distante em 2011, mas eu continuava fazendo.

O Instituto para Desenvolvimento do Varejo (IDV) fez uma pesquisa sobre ESG, que eu vou tentar passar uns dados. De 2022 para 2023, o número das pessoas que conhecem ESG cresceu 13%. Então, de 53% foi para 66%. No entanto, é interessante que essa pesquisa revelou que só 49% sabe que existe, mas não sabe o que quer dizer, e 13% aprofundou. Só que esses 13% eram só pessoas de classe mais alta, de classe A. É bom para nós que somos empresários, empreendedores, sabermos qual é a preocupação das pessoas quando se aprofunda um pouco. O que o povo tem preocupação quando se fala de ambiental? A preocupação é com o ambiente e com o descarte consciente. Quer dizer, para eles, de modo geral, é isso que interessa, o descarte consciente e o meio ambiente, mas a maioria respondeu que não sabe como fazer isso e disse que, se soubessem, fariam isso. Então, temos a obrigação de fazer o que é melhor, de fazer um bom processo educativo. As pessoas querem aprender a fazer e têm vontade de fazer, mas elas não sabem como fazer.

Quando falamos do social, que é o S, o que os clientes mais respondem é que eles querem respeito ao fornecedor e à cadeia inteira. É a palavra que mais vem forte e eles também querem que se pratique a diversidade. Quando falam em governança,

o que mais vem é o trabalho escravo. Então, a população, de modo geral, é contra o trabalho escravo.

A reflexão, então, é que o ESG ganhou uma relevância muito grande e tem um desejo maior da população para que as empresas entrem nisso. Quando eu estava dando palestra, as pessoas me procuravam e me perguntavam como elas faziam para levar isso para as empresas, pois os diretores e presidentes delas, não estavam muito focados nisso. Aí eu respondia para elas irem tentando pegar os aliados, fazer acontecer, vai mostrando que vão conseguir. Quando me perguntam, e hoje eu posso estar enganada, mas eu digo que se o seu presidente, se os seus diretores não entrarem, eles não vão ter cargo daqui a cinco anos, porque olha como é a vontade da população. Isso nasceu da própria vontade da população. Então, hoje eu respondo totalmente diferente, porque ou ele entra, ou ele não vai ter esse poder. A Covid-19 trouxe tanta coisa triste, mas ela aumentou o nível de consciência das pessoas. Na realidade, nós temos que estar atentos, que não é mais um mimimi, nem de negro, nem de mulheres. É uma realidade. Nós não vamos ter inovação nem criatividade se não tivermos essa diversidade nos conselhos e nos eventos. Os homens, nada contra, nós amamos vocês, mas nós sabemos que vocês estão muito à frente nisso.

No Grupo Mulheres do Brasil, nós temos, hoje, 130 mil mulheres que estão trabalhando em 21 causas, e uma das causas que está nos preocupando muito é a violência contra a mulher, que é a única que está em todo lugar e em todos os países. Outra questão que nos preocupa é o Amazonas. Eu acho que nós temos que fazer uma confusão para unir Amazonas de modo geral. Nós não podemos aceitar o que aconteceu no Rio Grande do Sul, que foi uma tristeza profunda. A minha família coloca dinheiro já há muito tempo para rapidamente atingir violência, para atingir enchentes. Então, eu acompanhei todas as enchentes do Brasil, como a da Bahia, que ocorreu há uns anos e que eu achava que até pouco tempo era a pior. Imediatamente, nós, do Mulheres do Brasil, também entramos muito, mas não na forma de ficar mandando roupa de qualquer jeito, mas dando aquilo que era necessário.

Concluindo, se nós não cuidarmos do planeta, não vai ter jeito. O Magazine Luiza investe muito em diversidade. Nós temos os inegociáveis: a pessoa que fizer qualquer coisa contra a diversidade, contra qualquer tipo de discriminação, é mandada embora por justa causa e fizemos o programa de trainee de negros, que foi muito criticado. Vocês não imaginam o tipo de agressividade que teve. Em 2019, percebemos que não tinha negros e fizemos esse programa de trainee. Quebrar o paradigma é muito difícil, mas eu queria trazer alguma coisa prática, porque não adianta ficarmos com diagnóstico, nós temos que começar a fazer, pagar o preço e mudar paradigma.

Alexandre Baldy



Presidente do Conselho
de Administração da
BYD no Brasil.

É importante falar de ESG, especialmente no ano em que se completam os vinte anos de implementação dessa medida global. Em 2004, a Organização das Nações Unidas (ONU), na iniciativa de buscar a preocupação sobre os temas sociais, de sustentabilidade, de governança, de inclusão global, sobre a transformação do mundo no qual nós vivemos e para as futuras gerações. É um desafio muito grande, porque aqui muitas pessoas nem sequer sabem o que quer dizer, de fato, a jornada do ESG. Muitas corporações, especialmente aquelas que têm o capital aberto, e quem trabalha nelas sabe dessa sensibilidade que as bolsas e os mercados têm hoje, em toda parte do mundo, sobre essas companhias, pela qual precisa se debruçar e implementar medidas efetivas, seja de *environment*, seja social ou de governança. Elas são quase obrigatórias. Mas quando falamos das corporações de capital fechado, as empresas médias e pequenas, é um desafio muito grande, pois a dúvida é o que isso vai adicionar no resultado financeiro, o que acrescenta no EBITDA, o que isso aumenta em termos de resultado para a corporação. Nosso grande desafio é demonstrar exemplos de companhias que implementaram o ESG e

quais foram os resultados efetivos na vida dessa empresa e das pessoas. O ESG é uma jornada transformadora para que nós possamos manter o mundo no qual vivemos e para que nós consigamos manter o mundo no qual as nossas próximas gerações precisarão sobreviver.

Quando eu falo em nome da BYD, empresa que me convidou para ser responsável pela implantação da estratégia no Brasil, eu me debrucei sobre ela e me conquistou e cativou por ela ter dado um claro exemplo global. Ela foi a primeira montadora, e é uma empresa chinesa, de capital aberto, que deu o próprio exemplo global. A BYD suspendeu a produção de carros à combustão para que pudesse somente partir para a produção de carros híbridos, *plug-in* e carros 100% elétricos porque, globalmente, é ousada a missão de contribuir para a redução da temperatura do planeta Terra em até 1 grau Celsius. Então, essa é a missão da companhia em toda a sua jornada.

Há poucos dias, nós acompanhamos no Brasil o desembarque de um navio da BYD para trazer carros da China e muitos me questionaram o que aquilo representava. Isso representa mais um passo na jornada do ESG da companhia, porque ela não é uma fabricante de automóveis, mas é uma companhia de transição energética. Ela começou há trinta anos, fabricando baterias e está presente em 22% dos smartphones em toda a parte do mundo. A BYD entendeu que, na década de 1990, havia uma grande oportunidade e, oriundo dela, todas as que desencadeariam na sucessão tecnológica, na qual o automóvel passou a ser mais uma oportunidade dado a uma demanda global muito crescente.

A implantação da sustentabilidade nessa transição global, quando ela cresce e parte para uma jornada mundial, nós percebemos o tamanho desse desafio quando as pessoas ainda têm dificuldades de sair da tradição, dos seus hábitos e das suas culturas para uma quebra de paradigma efetiva. Primeiro, para que as corporações que implementam o ESG, de fato, consigam agregar resultado para explicar para os seus acionistas ou até mesmo para o mercado. Quando se consegue observar que esse resultado vai vir, seja objetivamente no financeiro imediato, ou agregando valor aos papéis ou ao capital da companhia, realmente começa-se a perceber que o engajamento

pela sustentabilidade torna-se cada vez mais preponderante e mais importante, especialmente por parte dos consumidores. Quando vamos para uma plataforma como o TikTok, o maior nível de engajamento, hoje, de todas as corporações está no ambiente da sustentabilidade. Como que discutir essa jornada da sustentabilidade se a companhia não dá o próprio exemplo de exercer esse papel dentro das atribuições ou das atividades? Realmente, deve-se dar esse exemplo.

Por isso, optamos por parar completamente a produção de carros à combustão e partir para uma quebra de ruptura global, especialmente em relação ao mercado tradicional, que é altamente desafiador. O mercado tradicional foi desafiado na sua tradição, para poder enfrentar e ultrapassar e poder dizer qual é a solução. Eu não sei se a solução no mundo automobilístico serão carros híbridos, se serão carros 100% elétricos, mas as companhias precisam fazer alguma coisa, porque 26% da emissão de poluentes no planeta Terra é oriundo do transporte de pessoas, de passageiros ou de cargas.

Quando a BYD encomendou e investiu nos seus navios cargueiros para utilizar o gás natural, foi para dizer que ela tem um nível de verticalização que vai permitir que a sua jornada de sustentabilidade seja respeitada em todas as suas etapas da cadeia produtiva. A jornada de verticalização da BYD é impressionante. Ela chega a verticalizar 75% da sua cadeia produtiva em determinados produtos. Isso corre para que ela possa garantir a sustentabilidade da sua cadeia produtiva, seja do fornecedor ou da produção interna, do começo ao fim, especialmente quando se trata de baterias para suprir a carga, seja de carro, de ônibus, de estacionários, como inauguramos na maior estação de armazenamento de carga dos Estados Unidos, no estado da Califórnia, sendo feita por uma empresa chinesa com baterias elétricas da BYD. Essa jornada é dada como exemplo para que possamos dar às outras companhias do quão fundamental é se aplicar a sustentabilidade em todas as suas etapas da cadeia produtiva. Não é somente vendendo um bem de consumo durável, como o carro, que temos como paixão, seja por status, seja por meio de transporte da sua jornada, da sua origem ao seu destino, mas é também utilizar na sua jornada diária como um hábito comum para que se consiga ajudar a contribuir a mudar o planeta.

Quando falamos da etapa de produção até a etapa de reutilização, essa jornada completa, atualmente, é uma preocupação constante dentro da nossa corporação e levamos para o Brasil, nos últimos dois anos, essa missão de poder ampliar a participação para um país que tem o carro como uma paixão, como um ativo. O brasileiro coloca o automóvel no imposto de renda, algo que, para muitos países, é inimaginável. Essa ruptura é uma quebra de cultura, ao enfrentar a indústria tradicional de vários segmentos. É um desafio muito grande, mas temos o pilar forte da sustentabilidade para

que possamos exercer na nossa jornada diária de toda a etapa produtiva. Por isso, investimos em uma nova fábrica, no país que tem, mais uma vez, a oportunidade de ser protagonista em uma das mais importantes temáticas que é a transição energética. O Brasil tem a sua matriz renovável de geração elétrica quase que na integralidade de fontes limpas e renováveis e tem o potencial de ter uma riqueza mineral exuberante, como o de armazenamento de carga, que é o lítio. Também tem a oportunidade de ter um país de consumo e de uma região tão rica como a América do Sul e a América Latina para o exercício desse investimento baseado no pilar da sustentabilidade. É dessa forma que nós entendemos que, cada dia mais, com exemplo próprio dado globalmente e dado no Brasil, nós vamos poder incentivar as demais corporações a investirem na sustentabilidade, a entenderem que a indústria é capaz de buscar na sua cadeia de fornecimento, em toda a sua jornada produtiva, esse pilar para que possamos estar hoje conectados seja com o ESG, mas, sobretudo, com a preservação do nosso planeta. O país que é a sede da Amazônia, da COP-30, e que tem tanta riqueza natural, certamente, precisa cada vez mais incentivar as corporações, as pequenas, as médias e as grandes, não só as que estejam com o capital na bolsa, para criarem fortemente o pilar da sustentabilidade nos seus negócios.

Por isso, a BYD tem essa missão global e nós temos essa missão no Brasil de poder incentivar as pessoas. Não é consumir, mas é gerar uma experiência que está completamente conectada com a transformação do nosso planeta.

Nicole Goulart



Diretora-Executiva do
Serviço Social do
Transporte e Serviço
Nacional de
Aprendizagem do
Transporte.

Eu me aproprio do final da frase de Ariano Suassuna, quando ele disse que era um realista esperançoso. Hoje, quando falamos de transporte no Brasil, nós nos preocupamos muito, mas quando olhamos para o mundo, 100% das emissões cumulativas de CO₂, apenas 0,9% vem do Brasil. Esse é um dado importante porque quando falamos de sustentabilidade corporativa, que tem o seu significado master, de satisfazer acionistas sem envolver qualquer tipo de risco ao futuro da empresa, eu acrescento que, para o setor transportador, diante de diversas regulamentações, o nosso grande objetivo é ter menor impacto no meio ambiente com padrões elevados de segurança.

Nós temos clientes renomados e três grandes preocupações. Quando olhamos para os investidores, para os embarcadores e para os clientes, nós nos preocupamos com emissão de gases de efeito estufa, saúde, segurança e gerenciamento de riscos. Um estudo recente da KPMG trouxe que, quando olhamos riscos emergentes de 12 setores, especialmente o setor de transporte, a ESG ocupa, hoje, o segundo lugar. ESG era uma sigla muito desconhecida um tempo atrás, mas já utilizada e apli-

cada nos processos internos de muitas empresas de forma fragmentada e não tinha um arcabouço. Isso mostra que, com o passar dos anos, houve uma preocupação iminente com a ESG dentro das empresas. Por que eu digo isso? Nesse mesmo estudo da KPMG, o setor de infraestrutura e transporte quer investir e crescer 36% a mais em políticas de ESG. Isso é muito importante porque, no Brasil, 10% das emissões vêm do setor transportador, sendo 35% de veículos leves, 2,5% de motocicletas de veículos leves e 53,75%, um pouco mais, de caminhões e ônibus. Então, hoje, a nossa grande preocupação é aliar o potencial de transição energética do Brasil, que é comparado com os outros países muito avançados, aliado, inclusive, com autonomia, que é um grande desafio, porque quando uma empresa vende, ela vende com um prazo apertado para o transportador, porque quer atender o seu cliente e eu preciso atendê-la. Atualmente, o veículo tem uma baixa autonomia e um tempo de carregamento muito demorado. Então, esses são os maiores embaraços nesse momento. Quando falamos só desse eixo ambiental, temos que olhar para fora para olhar para dentro. Esses são os grandes desafios da empresa transportadora nesse eixo.

Isso não quer dizer que não temos outros. Acima de tudo, dentro de uma empresa, o maior ativo são os colaboradores. Quando falamos do eixo social no nosso setor, temos 16,9%, quase 17% apenas de mulheres. Nós crescemos bastante com essa inclusão, sendo 5% nos últimos 10 anos. Hoje, 36% das 82 milhões de carteira de habilitação são para mulheres. Quando buscamos entender o motivo pelo qual há uma dificuldade de inclusão feminina no setor transportador, não é apenas por uma falta de iniciativa da empresa, ao contrário, temos que considerar que nós precisamos de uma estrutura, de pontos de parada. Atualmente, o maior público-alvo das empresas de transporte são caminhoneiros. Quando falamos de caminhoneiras, só 3% são mulheres, porque falta infraestrutura adequada nas rodovias e há uma ausência de profissionalização. É preciso dedicar tempo para profissionalizar mulheres. Esse é o nosso grande desafio.

Um outro desafio é o medo. Existe um medo inerente das mulheres de assumirem uma posição na área transportadora pelas características inerentes ao próprio setor. Então, quando falamos do eixo de governança, 80% das empresas transportadoras estão sob gestão familiar, atualmente. Muita gente olha isso e acha que isso é muito

ruim, mas, ao contrário, é uma coisa superpositiva, pois o poder decisório é mais fácil. As mudanças estruturais necessárias, a mudança cultural que precisa acontecer, ocorre de uma forma mais ágil. Nós usamos isso muito a nosso favor quando falamos de capacitação profissional, de transformação cultural.

Eu sou diretora-executiva nacional do Serviço Social do Transporte e Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte. Eu assumi a direção nacional há nove anos no universo que era, eminentemente, masculino. Hoje, nós já temos uma maior participação de mulheres no nosso setor, o que é muito satisfatório e é um reconhecimento muito grande. Mais do que isso, dentro da empresa em que eu trabalho, 60% das pessoas são mulheres e 52% dos cargos de liderança são ocupados por nós. Eu estou me referindo a um setor que tem, hoje, 250 mil empresas de transporte, e 150 mil delas têm 2,5 milhões de pessoas empregadas. Então, é um setor pujante e nós temos um slogan muito forte na Confederação Nacional dos Transportes que é “o transporte move o país”. O transporte tem impacto nas demais cadeias produtivas. Nós tivemos uma sensação muito clara disso durante a pandemia. Todo mundo acabou parando uma parcela das suas atividades e nós não pudemos parar. Então, o grande objetivo de participar de um fórum de discussão como esse, de tratar de sustentabilidade corporativa, é dizer que nós acreditamos no país. O meu papel aqui é vender o transporte no país, sabendo que temos muito a avançar, temos muitas pautas comuns, mas é com discussões como essa, com o governo, com empresários, com o setor produtivo, que conseguimos evoluir.

Maria Paula Fidalgo

Eu vou fazer provocação. Nós estamos falando aqui em corporações, em uma sustentabilidade corporativa, e eu percebo que, quando nós pensamos em uma linha de crescimento econômico ligado às corporações, essa linha é linear, mas quando nós vemos, e por isso até a destruição, a linha de destruição causada pelas tragédias, pelos eventos extremos da mudança climática, é uma linha exponencial. Então, nós temos uma conta que não fecha. Como nós, de verdade, enquanto *players* desse cenário, podemos criar soluções que possam nos tirar desse lugar tão desfavorável que estamos agora?

Nicole Goulart

Um professor da melhor escola de negócios do mundo, que é o IMD na França, comentava numa aula que é impossível avançar nos três eixos ao mesmo tempo. Não há como se falar em sustentabilidade, social e governança e querer melhorar tudo rapidamente ao mesmo tempo. Não tem como falarmos de sustentabilidade sem olhar

mos para o eixo mais importante dessas três siglas, que, a meu ver, é o social. Então, quando falamos da relevância do social e de como a podemos o transformar, na minha concepção, é através do conhecimento. As organizações e as empresas privadas têm um papel relevante na educação da sociedade em geral, através das nossas ações junto à comunidade, dentro da nossa empresa, de que é preciso se preocupar, que a preocupação com o eixo social não é só do governo, é também nossa, é uma corresponsabilidade, é um tripé: sociedade, poder público e entidade privada.

Maria Paula Fidalgo

Trazer todo mundo para a solução.

Nicole Goulart

Isso, porque, assim, vamos poder falar, finalmente, em sustentabilidade e, obviamente, governança está muito aliada, porque não tem como falar de sustentabilidade social sem ter critérios objetivos de organização de uma empresa, seja pública ou privada. Então, eu acho que o desafio é trazer todo mundo como corresponsável de um mundo e de um futuro melhor que queremos. Por isso, eu comentava da importância de debates como esse, em que trazemos governo, entidade privada e sociedade para discutir um problema que não é só do país, é um problema nosso.

Carlos Portugal



Professor da Universidade
de São Paulo.

Esse é um momento bastante simbólico, pessoalmente, porque, na prática, faz vinte anos que eu estudo esse tema. Então, ele faz parte da minha vida. Eu estava fazendo o doutorado nos Estados Unidos, na Universidade de Harvard, quando o relatório do Pacto Global, da Organização das Nações Unidas (ONU), foi lançado. Eu lembro que, quando eu li o relatório, aquilo me impactou muito, porque eu vi que era uma nova metodologia que, realmente, tinha um potencial de impactar muito a sociedade. Isso dialoga com o Fórum de Lisboa que tem o objetivo de discutir, de fato, os principais temas do país. Eu acredito que ESG, realmente, tem uma possibilidade de impactar, de uma forma muito grande, o nosso país, e vou tentar explicar o porquê.

Já faz 20 anos que o ESG está sendo desenvolvido. Eu, realmente, sempre começo falando que não é uma modinha, não é algo de um momento político, não é de esquerda ou de direita. É uma técnica que foi desenvolvida e, se olharmos a origem, conseguimos entender qual é a importância dele. Ele foi desenvolvido pelo setor financeiro. Quero destacar que estou muito feliz de estar ao lado da Lucinéia Possar, porque o Banco do Brasil foi a única instituição financeira de um

país em desenvolvimento a ter assinado o relatório internacional e participou dessa discussão desde o começo, representando não só o nosso país, mas todos os países em desenvolvimento, todos os países do Sul global. Este relatório era baseado em uma metodologia que foi desenvolvida, primeiro, principalmente por companhias de seguros. Por que companhias de seguros? As companhias de seguros são as que sofrem os danos da transformação climática primeiro, são as casas que são derrubadas pelo avanço dos mares, por exemplo. Então, era muito óbvio, que não era algo político, é econômico, trazido pelos dados e pela ciência, que precisamos valorizar.

Toda a metodologia de ESG foi desenvolvida a partir de uma metodologia inicial, que foi a metodologia de quantificação da poluição, principalmente pelos créditos de carbono. Essa metodologia, que também tem uma ligação forte com o Brasil, já que foi na Rio 92 que quase todas as nações do mundo assumiram um compromisso de criar um quadro para troca de créditos de carbono no âmbito internacional, algo que há trinta anos parecia fictício, acreditar que conseguiríamos mensurar e dar um valor em dinheiro para o ar. Isso é uma coisa simbólica que, de fato, a sociedade tem feito. A Europa tem o maior mercado regulado de créditos de carbono no mundo, no qual um crédito de carbono, que é uma tonelada de carbono, vale 70 euros. Por quê? Porque tem uma regulação muito forte que faz com que as pessoas acreditem que esse crédito, de fato, vale aqueles 70 euros no mercado secundário. Isso está ligado a dois critérios, principalmente, que foram incorporados na metodologia de ESG e que vieram da metodologia de medição de créditos de carbono, que é o conceito de integração, que é conseguir transformar um critério que é da sociedade, que é o combate à poluição, por exemplo, em um valor monetário para que investidores consigam fazer a conta e ver onde eles vão investir. Logo, vão investir mais em empresas que têm uma menor pegada de carbono, por exemplo. Outro critério é a adicionalidade. Eu acho que esse é o critério mais importante para a nossa sociedade, que é uma sociedade em desenvolvimento. O que é adicionalidade? Um crédito de carbono só existe quando se adiciona alguma coisa, quando captura carbono e deixa-se de poluir. Tem que estar acrescentando alguma coisa. Se já tinha uma floresta, não está acrescentando nada. Mas se está evitando que ela seja desmatada, está acrescentando alguma coisa. A adicionalidade tem um impacto muito relevante. Quando falamos de ESG, no

Brasil, é óbvio que é muito difícil. É mais difícil do que em outros países, talvez mais desenvolvidos porque temos mais problemas, temos mais racismo, mais corrupção, mais dano ao meio ambiente etc. Para todas as empresas que trabalham com ESG no Brasil, é mais difícil. Mas o que acontece? Tem mais adicionalidade, pois tem mais coisas a contribuir, a melhorar. Isso se reflete, por exemplo, no valor de finanças verdes. Pode-se acrescentar a essas reduções de impacto, o menor pagamento de juros. Então, de trás para frente, nós conseguimos entender por que o tema ambiental é o que mais se desenvolveu, porque ele é a origem da metodologia. O eixo de governança talvez seja o que menos se desenvolveu, mas eu vou falar de trás para frente para explicar como isso foi entrando dentro da minha pesquisa.

No meu doutorado, eu estava pesquisando a relação entre corrupção, principalmente em países de desenvolvimento, e desigualdade. Eu fiz um estudo com base em dados da ONU e demonstrei que, de fato, existe uma relação entre desigualdade e corrupção, que se dá através de um círculo vicioso. Onde se tem mais desigualdade, isso acaba gerando mais corrupção, pois tem mais oportunidades. Tem mais gente rica com capacidade de corromper quem não tem uma remuneração tão alta. Ao mesmo tempo, quanto mais corrupção, mais problemas se tem em educação, saúde e na área social. Então, combater a corrupção é muito central porque, no caso brasileiro, está melhorando todos os outros índices sociais. Melhora-se, por exemplo, a forma de combater danos ao meio ambiente.

Além disso, se olharmos, tem um aspecto muito interessante na metodologia de ESG que só ficou claro para mim ao longo do tempo, que ela, na verdade, está buscando atacar três dos maiores problemas da nossa sociedade contemporânea. Se pegarmos em governança, temos o colapso e o risco que as democracias estão vivendo no mundo hoje. Se pegarmos o social, é o impacto da inteligência artificial no mundo do trabalho, na sociedade, na ampliação do racismo e da desigualdade. Terceiro é o risco climático no aspecto ambiental. Então, é uma metodologia muito essencial cujos problemas só cresceram ao longo desse tempo.

Quando olhamos a realidade brasileira, vemos a dificuldade que enfrentamos. A pesquisa que eu fiz, na minha livre-docência, muito inspirada nessa situação, foi tentar mensurar o número de pessoas negras nos conselhos de administração das companhias brasileiras. De certa forma, isso foi uma surpresa para mim, porque o resultado foi muito pior do que eu imaginava. Havia menos de 1% de pessoas negras nos conselhos de administração, na pesquisa que eu fiz em 2002. Na pesquisa que eu fiz esse ano, também deu menos de 1%. Quando eu fiz a pesquisa em 2002, não tínhamos nenhum CEO e nenhum CFO de companhias abertas brasileiras, que eram pessoas negras. Quando eu fiz em 2024, tivemos uma pequena mudança impactada de novo

pelo Banco do Brasil, que tem uma mulher negra como CEO. Temos uma outra companhia brasileira que também tem essa situação. Então, temos uma dificuldade muito grande, porque o Brasil é um país em que cerca de 50% da população é negra, mas se olharmos as posições de maior poder econômico dentro do nosso país, temos quase zero de representação. Então, o déficit é muito grande. O que indicaria que, talvez, o Brasil seja um dos países mais racistas do mundo, dado o espectro.

Quando vamos falar da questão ambiental, também temos uma dificuldade, porque, olhando o Brasil, pensamos no grande potencial que tem com as suas florestas e com os povos indígenas. Mas se olharmos, por exemplo, o debate no Congresso Nacional sobre a regulamentação do crédito de carbono, o conceito de adicionalidade está sendo deixado de lado, ou seja, o conceito essencial de toda a metodologia está sendo deixado de lado. Por quê? Porque muitas pessoas querem usar as suas reservas florestais para ganhar créditos de carbono. Qual é o resultado disso? Nenhum, porque os nossos créditos de carbono, se não tiverem um critério de adicionalidade, não vão valer nada no mundo. Ou seja, são questões que precisamos estudar. Como eu disse, não é uma moda. É uma metodologia que tem uma grande capacidade de transformação e, quanto mais estudamos essa metodologia, maior é a efetividade dessa potencial transformação.

Maria Paula Fidalgo

Eu vou fazer provocação. Nós estamos falando aqui em corporações, em uma sustentabilidade corporativa, e eu percebo que, quando nós pensamos em uma linha de crescimento econômico ligado às corporações, essa linha é linear, mas quando nós vemos, e por isso até a destruição, a linha de destruição causada pelas tragédias, pelos eventos extremos da mudança climática, é uma linha exponencial. Então, nós temos uma conta que não fecha. Como nós, de verdade, enquanto *players* desse cenário, podemos criar soluções que possam nos tirar desse lugar tão desfavorável em que estamos agora?

Carlos Portugal

Quando me perguntam isso, sobre a possibilidade de mudança, eu sempre uso um exemplo, que acho que fez parte da nossa juventude, que era a questão do problema da camada de ozônio, que parecia ser um problema muito grave. Esse foi um dos primeiros problemas ambientais globais e, em algum momento, se identificou uma solução científica, que era uma substituição do uso dos gases, principalmente sistemas de refrigeração, se fez uma conferência internacional, as principais economias do mundo se determinaram a substituir a produção desse gás, e rapidamente consegui-

mos resolver aquele problema. Então, para quem viveu nos anos 80, indo para a praia, sabemos que a praia, essa experiência que é tão forte para o Brasil, ela estava ligada à nossa experiência do medo de desenvolver câncer de pele, e a sociedade conseguiu resolver esse problema.

É lógico que o problema que estamos vivendo atualmente, com as transformações climáticas, é um problema maior, mas existe a possibilidade de solução, só que a questão é que ela exige, efetivamente, o que o Pacto Global diz, que é um pacto entre as empresas, os governos e a sociedade civil. Nós ainda não chegamos nesse momento de implementar esse Pacto. Mas acho que não existe dúvida em relação a um consenso internacional de que as sementes que plantamos na Rio 92 ainda são o caminho correto. Precisa-se pôr muito mais força nisso, muito mais esforço. Países como o Brasil são países onde, infelizmente, quando falamos de fraudes, por exemplo, na emissão de crédito de carbono, muitas das que foram identificadas no maior escândalo internacional, que era da Veras, eram no Brasil, na verdade. Os principais casos de *greenwashing* no mundo também são do Brasil. Então, onde se tem os maiores desafios, também tem os maiores problemas de implementação. Precisamos, realmente, trabalhar para conseguir evitar isso, só que, nesse caso, o Brasil tem uma chance de protagonismo brutal. Se fizermos certo no Brasil, viramos um exemplo para o mundo inteiro, e é a grande oportunidade que temos de nos desenvolver economicamente e nos tornarmos uma liderança positiva no mundo nesse século.

Lucinéia Possar



Diretora Jurídica do
Banco do Brasil.

Por que se importar com essa agenda ESG? Ela está tão próxima, é só vermos as mudanças climáticas, e, essas transformações nos avisam todos os dias que não somos os donos do mundo, mas nós somos administradores da natureza. Então, o grande desafio é trabalharmos com essa transformação ambiental, social e de governança.

A sigla ESG ainda não é tão conhecida, está ficando conhecida, mas muita gente ainda pensa que sustentabilidade é abraçar a árvore, fazer publicações, sair bem nas fotos e dizer que é do bem, mas não é nada disso. A agenda de sustentabilidade vem, de fato, impulsionando cada vez mais o debate, não somente entre os governantes, mas também entre os líderes empresariais e a sociedade em geral. O desenvolvimento social também não é tão simples, porque, de um lado, temos que, suprir as necessidades das gerações atuais, conciliando os anseios todos, sem comprometer os anseios das gerações futuras. Então, de fato, é um cenário desafiador.

Para o Banco do Brasil estar aqui, hoje, é para falarmos rapidamente sobre a perspectiva do Sistema Financeiro Nacional e vou falar do Banco do Brasil,

que sempre esteve na vanguarda, mas é a instituição financeira mais antiga do Brasil. O Banco do Brasil foi criado por um alvará de 1808, por Dom João VI, e, este ano, completa 216 anos. Então, eu vou falar rapidamente o que estamos fazendo, não só o que idealizamos, mas o que estamos fazendo na realidade. O Banco do Brasil, pelo quinto ano, recebeu o título de banco mais sustentável do planeta. É um reconhecimento devido à centralidade que são as questões da agenda ESG, que são transversais e passam por toda a estratégia do banco.

Cada vez mais, há uma demanda maior por um sistema financeiro mais sustentável. Os investidores são mais exigentes com a transparência dessa agenda ESG, assim como os reguladores. Nós temos o Conselho Monetário Nacional, por meio do Banco Central do Brasil, sempre trazendo diretrizes para o sistema financeiro. Então, temos um regulador bastante preocupado com esses temas. Também temos clientes preocupados, que deixam de estar em um banco, comprar em uma empresa, em razão da não adesão a essa agenda. Há funcionários que trocam de emprego porque querem trabalhar em empresas mais aderentes a essa agenda também. Embora essa sigla não seja tão bem conhecida, eu acho que elas estão, sim, no foco. Assim, o que eu quero dizer é que a sustentabilidade do banco permeia toda a estratégia corporativa.

O Banco do Brasil tem, hoje, a agenda 30BB, que é o nosso principal instrumento para fundamentar os nossos negócios e as nossas práticas nessa agenda ESG. Desde 2005, nós trabalhamos com esse tema. Nós começamos com o plano diretor, depois transformamos nessa agenda 30BB. Esse é o principal tema que nos leva a ser, pelo quinto ano, o banco mais sustentável do planeta. É a carteira de crédito sustentável, que são linhas de créditos destinadas a financiar as atividades, os segmentos em geral, com impactos socioambientais positivos. Nossa meta era 375 bilhões de reais até 2025. Nós conseguimos, até março de 2024, 359 bilhões de reais em carteiras de crédito sustentável.

Sobre crédito de carbono, o banco apoia e dá aos clientes na geração de projetos de crédito de carbono. Oferecemos uma solução nas duas pontas. Na compradora, que são as empresas que necessitam compensar as suas emissões por meio de aquisição de crédito de carbono, de qualidade, e na ponta vendedora, que são aqueles clientes

do banco, parceiros, que têm créditos registrados e estão dispostos a negociá-los. Os dados indicam que nós temos gerado, anualmente, 2,5 milhões de créditos de carbono. Hoje, o banco figura como maior emissor de títulos sustentáveis.

Em 2023, o Banco do Brasil atualizou os seus compromissos para um mundo mais sustentável e se tornou aqui o embaixador de três compromissos ligados ao Pacto Global da ONU. Nós nos comprometemos com esses indicadores e, inclusive, fomentamos discussões não só no âmbito do Banco do Brasil, mas dentro do próprio país. Nós temos o Movimento Salário Digno, pois precisamos fomentar essa discussão porque o IBGE publicou que as mulheres ganham 17% menos que os homens. Falando do Sistema Financeiro Nacional, o percentual ocorre nas atividades financeiras. Os homens recebem, em média, 10.469,21 reais e as mulheres recebem 6.205,02 reais. Então, nós estamos comprometidos com esse tema no Pacto Global e com o Movimento Elas Lideram 2030, que é um dos principais marcadores do nosso posicionamento no banco pela equidade de gênero. Esse banco, que completa agora 216 anos, só no ano passado tivemos a primeira mulher, que é a Tarciana Medeiros, que leva mais três mulheres para o Conselho Diretor, que tem cinco homens e quatro mulheres. Eu sou a primeira diretora jurídica, mulher, do banco, e entrei em 2017. Eu era a única mulher participando desse Conselho Diretor. Agora, nós temos quatro mulheres e cinco homens. Já me perguntaram se não devia ser o contrário. Sim, mas para uma empresa bicicular, que teve a primeira mulher presidente agora, eu digo que é o cenário mais próximo da liderança igualitária vivenciado pela empresa até hoje. Então, nós vamos conseguir chegar mais adiante. Para terminar, nós também aderimos aqui ao movimento Raça É Prioridade, para promover mais pessoas negras, indígenas, quilombolas, ou pertencentes a outros grupos étnicos também sub-representados em cargos de liderança.

Daniel Weiss



Advogado.

O foco do meu trabalho é a crise das empresas., como problemas financeiros, suspeitas de crimes corporativos, *white collar crimes*, investigações internas etc. Assim, eu achei que seria interessante falar sobre o lado escuro do ESG, das empresas que não são tão excelentes e que estão violando as leis e as boas práticas na área do ESG, e como a lei pode reagir, quais são os processos e o que os tribunais oferecem para avançar também com esses instrumentos de lei. Eu gostaria de falar sobre três pontos. Eu vou explicar um pouco como a prática da lei evoluiu na área do ESG, quando se trata de violações das leis nas áreas social, de governança e ambiental. Eu vou falar sobre a evolução do modelo legal. É também muito interessante o que está acontecendo na Europa, mas também um pouco no Brasil e na América do Sul. O terceiro ponto vai ser o que acontece na área da lei criminal.

Voltando às decisões do tribunal, eu acho que muitos já leram no jornal que houve algumas decisões espetaculares em que os tribunais pegaram os tópicos do ESG e interpretaram as leis existentes para avançar a agenda do ESG. Um caso muito conhecido é o caso contra a Shell, no qual o tribunal achou que a Shell não

tinha feito o suficiente para reutilizar seu foco de CO₂, não só nas suas próprias operações, mas também dos consumidores que usam seus produtos, o que chamamos de Emissões de Escopo 3. Isso é extremamente interessante. A Shell, é claro, está apelando à lei, então veremos como esse caso vai continuar através das leis. Outro exemplo muito interessante é o da Suíça, onde o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu em favor de um grupo de mulheres suíças idosas que disseram que seus direitos fundamentais estavam sendo violados por pouca ação do Estado suíço e o tribunal votou em favor delas. Então, a Suíça está obrigada a fazer mais para avançar na proteção do clima e proteger o bem-estar de seus cidadãos. A terceira área que eu achei muito interessante é que as leis estão cada vez mais dispostas a garantir danos, que ocorrem em algum lugar, em um subsidiário, em algum lugar do mundo, talvez em países desenvolvidos, em que os acusatórios estão sendo prejudicados ou o ambiente está sendo danificado, mas não há suficientes ativos no subsidiário para cobrir esses acusatórios. Então, o que as pessoas prejudicadas estão tentando fazer é chegar ao lugar onde estão os depósitos, que é a entidade mãe. Há alguns casos de acusatórios nesse sentido, e um deles na Inglaterra. O Supremo Tribunal de Inglaterra, de novo contra a Shell, estabeleceu que é responsável por um desgaste de petróleo na Nigéria por um de seus subsidiários. Então, este é também um desenvolvimento muito interessante que não se pode esconder atrás da lei corporativa. Na Europa, nós achamos que as leis ainda são um pouco relutantes nessa área, mas é interessante ver que no Brasil, na verdade, a lei já é mais avançada, porque permite uma responsabilidade grupal para danos ambientais, caso o subsidiário que causou o dano não tenha suficientes ativos para pagar por ele. Então, eu acho que é uma área muito interessante de lei no Brasil, onde talvez nossos dois sistemas legais possam aprender um com o outro.

O segundo ponto é a evolução do *framework* legal quando se trata de acusações de danos civis, danos ambientais e também na área social. Nós temos o Direito de Sustentabilidade Corporativa, que acabou de ser aprovado na Europa e que terá de ser transformado em Lei Nacional de todos os Estados-membros da União Europeia nos próximos dois anos. Este direito é muito interessante, porque oferece obrigações para a condução de direitos humanos dentro da cadeia de suplementos. Esse direito não apenas requer que façam tudo certo em seus próprios negócios, mas também requer que olhem para cima e vejam de onde os seus produtos vêm, quem é o pro-

dutor, se é produzido de forma adequada ou se os direitos humanos são violados em algum lugar na cadeia de suplementos. Este direito, quando transformado, também oferecerá a possibilidade de levantar acusações de dano para aqueles afetados, danificados por não conformidade com essas obrigações.

Uma área muito interessante é a *greenwashing*. O que isso significa? Oferecem-se produtos que são supostamente verdes, mas não são, ou não são tão verdes como parecem. Nisso, também temos um novo direcionamento, que está sendo discutido e finalizado na União Europeia, que basicamente requer que todas as declarações sobre aspectos verdes dos produtos sejam acuradas e possam ser provadas. Há uma segunda linha de desenvolvimento, que é a *market disclosure*, cujo foco é nos Estados Unidos. O regulador dos mercados está agora focando no que as empresas estão descrevendo em suas declarações públicas sobre seus aspectos ambientais e o que fazem, e se isso é realmente acurado, e, caso não seja, já vimos alguns casos em que o regulador foi atrás dessas empresas e levantou acusações de danos sucessivamente. Um caso agora na Alemanha é o *Tord Law*, pois se tem um importador de roupas do Paquistão que vende essas roupas na Alemanha, sabe que essas roupas são produzidas no Paquistão em condições de escravidão, e não faz nada sobre isso. Um acidente aconteceu no Paquistão e as pessoas que sofreram o dano acusaram o importador alemão no Tribunal Alemão. Logo, se ajuda e reforça o erro de qualquer um, pode ser culpado pelos danos causados em seu negócio. Eu acho que nós veremos cada vez mais esses casos *cross-border*, onde os danos serão litigados na Europa e em outros países por danos ambientais e sociais que ocorreram em outros lugares do mundo.

O terceiro ponto é que há outra iniciativa europeia de legislação que requer que todos os Estados-membros sofram sanções para o *ecocide*, que é uma grave violação das normas ambientais. Isso é muito interessante, e também será transformado em lei, na qual os Estados-membros fornecem para a *criminal liability* e também levarão às corporações sendo criminalmente responsáveis por danos ambientais. Isso é um desenvolvimento muito novo. De novo, o Brasil já tem isso antes desse desenvolvimento, porque tem, hoje, uma lei que fornece, e por muitos anos, *criminal liability* para entidades legais por violação das leis ambientais.

Concluindo, já há, hoje, e isso também é uma tendência, muitos instrumentos legais que fornecem sanções contra violações para empresas ruins, que não estão tão abertas às tendências relacionadas com o ecossistema. Eu acho que isso vai fornecer incentivos para melhores práticas corporativas no futuro, o que é uma coisa boa, apesar de poder deixar as pessoas que fazem a vida por causa das crises corporativas um pouco fora de negócios, mas isso é absolutamente ok.

Maria Paula Fidalgo

Eu tinha feito a provocação, antes, de que não protejamos apenas o ser humano e os direitos humanos, mas também que protejamos a vida em si e os direitos da vida. Existem alguns precedentes que foram abertos na Austrália, onde, por exemplo, não se está protegendo apenas o acesso do ser humano à água, mas se está protegendo a água em si, enquanto alteridade. Como você vê esses avanços? Principalmente, pensando que o Brasil tem um arcabouço legal muito robusto, e as leis ambientais brasileiras que são boas, como você vê essa tendência?

Daniel Weiss

Há essas evoluções das leis no mundo inteiro, e também conhecemos casos em relação aos direitos indígenas na Austrália. Eu acho que é um projeto muito importante porque vai criando incentivos para a área cooperativa para fazer a coisa certa, pois não são todos que têm esses motivos inerentes. Nem toda empresa está gerando tão bem e tem esses ímpetos intrínsecos, mas, às vezes, precisa também um pouco de ajuda externa, isso seria o risco de lealdade civil e o risco de sanções penais também.

MESA VI

06

MODERADOR - LUIZ RODRIGUES WAMBIER¹

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E SEPARAÇÃO DOS PODERES

¹ Advogado e Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Luiz Rodrigues Wambier



Advogado e Professor
do Instituto Brasileiro
de Ensino,
Desenvolvimento
e Pesquisa.

O nosso tema é o diálogo institucional, um tema encantador e, no fundo, o diálogo é um meio de construção da nossa vida pessoal, em qualquer dos múltiplos aspectos, com nossos cônjuges, com nossos filhos, com nosso empregador, com nosso sócio etc. Especialmente neste momento, nós temos que tratar do diálogo que é o mecanismo de construção e de manutenção da qualidade do Estado de Direito.

Nós temos que tratar do diálogo como o mecanismo em que se expressa, na sua alma mais genuína, a democracia. Esse diálogo é tão vilipendiado, e foi tão vilipendiado, pelos autoritarismos de qualquer espécie, pela arrogância de muitos que têm até mesmo o dever funcional de promover o diálogo e de criar condições para que frutifique esse diálogo e não o fazem. Então, será objeto de debates, cada um na sua área de conhecimento científico cada um com a sua experiência no Judiciário, na advocacia, na política, na Magistratura, trará a sua contribuição. O que esperamos desses debates no Fórum de Lisboa? Que este evento, que já se incorporou à tradição dos debates em favor da democracia brasileira, possa contribuir para abrir mentes, para facilitar o diálogo.

Quando eu penso no diálogo, não tem jeito de não pensar no Paulo Freire. O Paulo Freire, em seu texto clássico, “Pedagogia do Oprimido”, fala muito do diálogo como uma experiência existencial. Ele fala muito do diálogo como um encontro em que se solidariza o refletir e o agir dos sujeitos que dialogam. Ele diz que o diálogo não pode ser reduzido a um depósito, a um ato de depositar ideias uns nos outros. Diz mais, que não é uma discussão guerreira, não é uma discussão polêmica, com sujeitos que não estejam comprometidos a buscar a verdade, mas sim a fazer valer a própria verdade. O diálogo é um ato de criação, diz Paulo Freire, que não deve ser visto, e é texto dele, como um manhoso instrumento de que lance mão o sujeito para a conquista do outro. A conquista implícita no diálogo é do mundo pelos sujeitos dialógicos, não a de um pelo outro.

Eu diria que, no plano específico do diálogo institucional, e aqui me refiro ao diálogo entre Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal (STF), com o Poder Executivo, com o Congresso Nacional, com a sociedade organizada, deve se dar na busca da construção do entendimento entre os contrários, entre aqueles que não têm a mesma ideia a respeito do mundo, do direito, da economia, das necessidades da sociedade. Então, o STF é o guardião da Constituição e, ao mesmo tempo, isso é de uma sutileza impressionante, exerce a autocontenção, de modo a respeitar as decisões dos outros Poderes.

Wellington César Lima e Silva



Secretário Especial
para Assuntos Jurídicos
da Presidência da
República.

O esquema que pensei para compartilhar com os amigos diz respeito fundamentalmente à importância deste tema dos diálogos institucionais e da separação de Poderes. Ideias que poderiam, de início, parecer antagônicas, mas que, na verdade, são complementares e que remetem, necessariamente, a uma outra dicotomia, que é a dicotomia da relação entre Política e Direito.

Sempre que me deparo com análise, ainda que aligeirada, dessas dicotomias, tenho dúvida desta compreensão estanque baseada em uma ideia equivocada de que a Política e o Direito não devem dialogar. O professor Alaor aqui me remete à minha formação de Direito Penal, quando se dizia que a dogmática penal era a barreira infranqueável para a política criminal. Depois, o nosso maestro Claus Roxin ressignificou isso e disse que todas as categorias da dogmática deveriam estar orientadas político-criminalmente. Essa imagem serve também essa relação entre Política e Direito. Será que nós devemos pensar, ou podemos pensar, as categorias do Direito sem uma orientação política? Não se fala aqui de uma colonização ou de uma captura completa de um código em

relação ao outro, mas da convivência superando esse dualismo aparentemente insuperável.

Nesse domínio, eu penso que a utilidade da minha fala, pela minha formação e pela experiência recente no Governo Federal, diz respeito a uma condição também de observador. Quando eu me deparo com a discussão sobre a judicialização da política, por exemplo, sempre tomada de uma forma negativa, reflito se essa judicialização da política, atualmente, não seria uma inevitabilidade. Se essa judicialização da política, em vez de parecer necessariamente uma ideia nefasta, não significa a expressão de um amadurecimento institucional, no sentido de que cada uma dessas instâncias não tem, como elas próprias, necessariamente, em todas as ocasiões, a possibilidade de autocomposição dos seus conflitos? Eu acho que falar de diálogo institucional e da separação de Poderes envolve uma necessidade de uma reflexão que normaliza algumas ideias que nos produzem, no primeiro momento, um estado de perplexidade. Não uma normalização vulgar, simplificadora, mas uma normalização que contempla a complexidade como inevitabilidade da quadra atual e da necessidade de deslocamento de certas compreensões nossas, desidealizando alguns *a priori*, até então, intocáveis.

Eu digo isso para fazer um gancho e destacar a importância e o papel que o Supremo Tribunal Federal (STF) jogou na História brasileira recente. Eu não tenho como me furtar de mencionar isso. É claro que há sempre um debate de excessos pontuais, e essa é a dinâmica da trajetória de uma instituição humana, com as imperfeições daqueles que integram. O STF jogou um papel fundamental. Me distanciando do esquema que seria opressor, eu reflito, será que nós poderíamos estar, hoje, com a sensação de êxito ou de afastamento de um impasse, se o STF não tivesse percorrido o caminho que percorreu? Eu acho que não. Acho que nós não estaríamos contando uma história tão positiva. A indagação que se impõe a seguir é: deve o STF continuar a mesma trilha? Deve o STF continuar se apoiando em uma ideia de democracia militante de modo ininterrupto? Ou, para o próprio STF e para a própria democracia, seria necessário e conveniente uma retomada gradual e paulatina a uma normalização da sua atuação? Me parece que essa retomada gradual e paulatina de normalização, para que não se

constitua uma espécie de solavanco, deveria ter em mente exatamente esse viés do diálogo institucional. Deveria ter em mente uma mitigação sofisticada do que seria a decisão ou a tomada da palavra final em determinados conflitos interinstitucionais. O STF pode fazer isto com muita sabedoria. Nós já temos diplomas legais que possibilitam, no regramento dos processos, inclusive de controle de constitucionalidade, essa hipótese de composição e de dialogar. Então, eu acho que o STF tem uma oportunidade de retomar uma normalidade, depois de vencido o bom combate, através do prestígio desse componente do diálogo interinstitucional.

Como isso se daria na prática? Eu acho que nós temos algumas questões muito importantes que batem à nossa porta. Eu vou começar pela mais difícil, que é a importância que tem o tratamento do orçamento hoje, na quadra brasileira, para a harmonização da relação entre os Poderes. Houve uma decisão do STF, e ainda hoje outras tratativas estão em andamento sobre esse tema, e é imperativo que o Parlamento reflita sobre isso, levando em conta que deve preservar o seu protagonismo, mas também deve obediência e prestígio a exigências republicanas de transparência do orçamento. Nós temos um dado que preocupa, que diz respeito à noção ou à dimensão, à ordem de grandeza, de que 25% do valor suscetível de investimento da União está atrelada a esta modalidade. Nós devemos refletir como ressignificar essa questão do orçamento, que vetoriza toda a relação entre os Poderes.

É preciso também que tenhamos a compreensão de que o debate sobre a última palavra que diz respeito ao STF e o diálogo não podem sugerir um antagonismo insuperável. O STF pode e deve perseguir obstinadamente uma qualificação da gestão do conflito, inclusive usando o tempo da gestão do conflito, de modo a abrir as possibilidades de diálogo interinstitucional, sem abdicar da tarefa que a Constituição lhe impõe. Obviamente, quando nós estamos apenas no discurso e na condição de refletir, de estudiosos e curiosos, tudo fica mais fácil do que lidar com a aspereza do poder e com a premência e a necessidade de estabilidade que a Corte Constitucional lida. Eu lembro que, sempre que importamos soluções de outros países, parece que desconsideramos uma espécie de saneamento genealógico fundamental daquela solução para a nossa realidade. Acho que o Brasil não teria, e o STF não teria conseguido extrair, de nenhuma experiência recente, um modelo exitoso como o que performou. Eu também menciono que nós não teremos uma separação de Poderes adequada, uma ambiência de diálogo interinstitucional, sem tomarmos algumas providências muito pontuais, mas muito práticas, que também quero pontuar.

Eu acho que o Parlamento, as mesas do Congresso, deveriam constituir estruturas ou procedimentos ou afetar atribuições a estruturas específicas para tratar apenas deste tema. Por que? Na experiência recente, é curioso como a rapidez dos procedimentos,

muitas vezes, subtrai dos mais relevantes atores da política a possibilidade de determinarem o curso de uma medida legislativa, normativa, muito importante para o país. As coisas acontecem muito rapidamente porque os procedimentos identificam a exigência, a participação de diversos atores no âmbito do Executivo, dos diversos ministérios, e toda a ritualística pode acabar capturando o espaço de tempo necessário para que aquele diálogo institucional ocorra e não haja uma percepção de equívoco ou de consequência indesejada daquela medida. Por isso, eu acho que tanto o STF quanto o Executivo, eu falo STF como o ápice do Judiciário, quanto o Legislativo, através das mesas, deveriam ter pessoas específicas e estruturas específicas com rotinas e procedimentos para que nós pudéssemos não buscar ou refletir com quem seria a interlocução, mas que todos os atores soubessem quem são os envolvidos naquele diálogo e que, permanentemente, as respostas rápidas pudessem se dar, de modo a evitar isso. No plano das ideias, nós podemos fazer inúmeras cogitações de *designs* que viabilizassem isso. No plano da prática, é fundamental que essa interlocução tenha face. É interessante que se saiba exatamente quem fala, por cada um dos Poderes, em que medida, e que essa resposta seja rápida.

Uma outra observação é exatamente a necessidade que eu vejo de que cada um dos Poderes perceba que alguns fenômenos podem produzir uma ausência de sincronismo necessário para que essa ideia da harmonia ou do diálogo não seja apenas uma ideia vazia. O que quero dizer? Muitas vezes, o centro de governo ou o comando, a correlação de forças do Parlamento, do Executivo ou do Judiciário, por esta ou aquela conjuntura perde energia, entra em colapso e se desarranja. Se nós não tivermos uma espécie de atuação sincrônica e complementar entre os diversos centros das diversas estruturas de poder, o efeito será dominó. Exemplo, se um determinado Poder, o Executivo, ou o Legislativo, ou Judiciário, sofre uma crise conjuntural e não há uma resposta pronta, uma atuação que seja, de certo modo, supletiva daquela perda de energia, a alavancagem desta harmonia desaparece, e a possibilidade de diálogo se escoa. Então, eu acho que o centro do poder, em cada uma das estruturas dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, e quem está mais próximo do seu entorno, deve ter um estado de mobilização, de prontidão e uma percepção de que a eventual ocorrência de uma perda de energia de um dos centros não prejudica e não contamina o outro.

Uma outra ideia prática é o seguinte, nós temos um problema de incoincidência dos períodos mandados em relação ao chefe do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Isso pode produzir, em um determinado momento, uma espécie de ruído, de diminuição do ritmo dessa relação institucional e do diálogo institucional. É fundamental, portanto, que nós tenhamos uma estratégia em que toda a ambiência dessas chefias possibilite que, independentemente de uma mudança pontual, haja um platô de re-

lação e de cooperação, porque eu acho que a expressão diálogo, às vezes, é insuficiente. É mais do que dialogar, é cooperar, é ter em mente objetivos republicanos e democráticos que consigam congrega todos aqueles.

Eu digo que a essência da decisão dialógica está na importância de garantir a voz da população e das demais instituições em face da interpretação constitucional. Se o controle da constitucionalidade constitui delegação e não alienação da autoridade popular, por que não podemos criar mecanismos para mitigar esses inconvenientes? Não há possibilidade de diálogo, não há possibilidade de cooperação institucional se cada um dos Poderes, através desses mecanismos – essa matéria é amplamente discutida em toda doutrina nacional e estrangeira –, tiver a disponibilidade de dar um passo na direção da percepção de que talvez, não digo todos, mas a maioria expressiva dos problemas da vida nacional esteja associada a essa falta de sincronismo em relação ao centro de governo e às instâncias decisórias de cada um dos Poderes.

Luiz Rodrigues Wambier

Em um ambiente democrático de discussão, eu penso que podemos avançar um pouquinho mais, criando um debate entre nós naquilo que for possível, cada um exercendo a tal da autocontenção.

Wellington César Lima e Silva

Acho que a sociedade brasileira tem uma reflexão nesses tempos de tanto antagonismo. Nós temos que fazer uma opção por um modelo. Inegavelmente, acho que essa opção significa um reconhecimento que nós vivemos em tempos de declínio da razão e do argumento. Esses tempos de emocionalismo e de irracionalidade – eram opções de irracionalidade tão comuns nas democracias de massa – podem nos remeter a uma reflexão sobre se é preciso prorrogar um pouco estratégias emergenciais ou se devemos buscar incessantemente a normalidade.

Acho que as duas estratégias podem ser combinadas, e que devemos reconhecer que a trajetória da história nem sempre vai em linha reta, mas em zigue-zague, e acho que os atores institucionais terão a maturidade necessária para verificar isso. Por isso, acho que o STF precisa ser apoiado – cobrado sempre, mas apoiado sempre também. O STF precisa ser apoiado e precisa ser cobrado naquilo que for necessário, como uma sociedade madura, reivindicante, crítica, que pode e deve fazer em relação às suas instituições, mas eu não tenho dúvida que o STF precisa ser apoiado, sem abrir mão das cobranças necessárias.

Em momentos que nós não temos o diálogo dos indivíduos e que as trajetórias bio-

gráficas parecem renunciar à razão dos argumentos, as instituições precisam suprir isso e precisam dialogar mais do que nunca. Os áulicos dos detentores do poder, muitas vezes, constituem uma barreira quase intransponível para que isto ocorra, mas é fundamental que haja uma opção de um *ethos* do diálogo incorporado pela sociedade e acho que cada um de nós, na sua militância institucional e cidadã, pode contribuir muito e esse espaço, de certo modo, contribuiu para isso.

Domingos Neto



Deputado Federal da
República Federativa
do Brasil.

Eu vou falar pelo Legislativo, que tem um papel central nesse debate. Quanto ao sistema de freios e contrapesos, que sem dúvida deve reger essa relação entre os Poderes, e o papel do diálogo nesse sentido, é que esse sistema não é estanque. A cada dia, é natural que cada um dos Poderes tente se reposicionar ou se recolocar diante da sua função.

Eu estou no quarto mandato de deputado federal. Em 2010, quando cheguei na Câmara, o Congresso Nacional era 100% dependente da pauta do Executivo. No ano de 2011, apenas em um dia do ano a pauta do Congresso não esteve trancada pela figura da Medida Provisória, que é também uma forma de se suprimir uma autonomia legislativa. A regra era criar uma relação com o Congresso de participação dos partidos do governo, que era chamado de presidencialismo de coalizão, e, portanto, a vontade do Executivo era expressa no Legislativo, com pouco debate, sempre votando-se Medidas Provisórias, e foi assim durante bastante tempo. Ao longo de 2010 a 2024, o orçamento se tornou impositivo nas emendas individuais em 2015 e impositivo nas emendas de bancada em 2019, por duas Emendas Constitucionais. Eu fui relator-geral

do orçamento, sei que existem verdadeiras mudanças que precisam ser feitas nos instrumentos do Legislativo, mas o orçamento teve um papel fundamental. Durante muito tempo, orçamento público, com 100% na mão do Executivo, se tornava um instrumento que o Executivo usava de manobra do Congresso. Essa é a verdade. Com o orçamento impositivo, se encontra, hoje, um Congresso independente, o que é bom para muitas das discussões. Vários projetos importantes que foram votados nos últimos anos talvez não tivessem sido aprovados se não tivéssemos um Congresso independente, a partir da matéria da reforma tributária, que é uma pauta muito difícil de conseguir votar, e que, com o Congresso independente, isso passa a se tornar realidade. Quando temos 25% do orçamento destinado às Emendas, o problema, na verdade, é estrutural. Nós temos um orçamento fiscal que 96% está feito em despesas obrigatórias, 55% com previdência, 25% com folha, mínimos constitucionais. É um orçamento travado e formado para não haver investimento. Quanto a rediscutir o papel do Parlamento nisso, eu também concordo, mas acho que é fundamental termos um Legislativo forte e, sobretudo, independente.

Quanto aos diálogos institucionais, por vezes, escutamos falar sobre ativismo judicial, quando o Supremo Tribunal Federal (STF), ou o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por meio de resoluções – o STF por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) ou Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) –, invadiriam as prerrogativas do Congresso. Nesse caso, eu quero citar alguns exemplos. Quando o TSE criou a figura eleitoral, na época da fidelidade partidária, isso não veio por meio do Congresso, isso veio por meio do TSE e depois também do STF. Em seguida, o TSE também decidiu que a mudança de parlamentar de partido levava tempo de televisão e fundo partidário. Como o Congresso não participou, e lida diariamente com eleições, o que aconteceu? Nós saímos de cerca de dez partidos para 36 no Brasil. Virou um negócio ter partido no Brasil. Se esse diálogo fosse mais presente, como foi quando nós fizemos a reforma em 2017, seria mais efetivo, pois criou-se o fim da coligação e a cláusula de barreira, e isso foi feito ouvindo bastante o TSE. Em todas as reformas a partir de 2017, o TSE participou muito diretamente, inclusive quando se criou o fundo eleitoral, a cota mínima para mulheres, regulamentando a cota também de raça, que também foi uma iniciativa do TSE. Isso foi fruto dos diálogos institucionais.

Quanto à questão do ativismo judicial, muitas vezes falam que o STF vai tratar da matéria porque o Congresso demora e não trata. Acontece que, muitas vezes, no Congresso, não pautar uma matéria é também uma decisão. Não é omissão. É uma decisão política de não querer mexer naquele tema. Por exemplo, recentemente, o STF tratou da descriminalização do porte de maconha. Imediatamente, o Congresso apresenta uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), que já foi aprovada no Senado, sobre as drogas. Isso foi uma reação ao STF e não é a primeira vez. Quando o STF proibiu a vaquejada, imediatamente o Congresso aprovou uma Emenda Constitucional regularizando novamente a matéria. Então, essa briga entre prerrogativas é natural. Ela pode ser, muitas vezes, salutar, para que os Poderes possam ter verdadeiramente a sua autonomia. O Legislativo tem um papel fundamental nisso e diálogo, como em um evento como esse, tem uma importância muito grande. Por mais que nós todos estejamos em Brasília, muitas vezes não temos oportunidade, por conta das nossas agendas diárias, de fazer um diálogo institucional como está sendo feito aqui.

Na reação que, por vezes, o Congresso faz, o tema orçamento sempre chega muito forte, porque é o que dá a maior autonomia. Quando se votou a questão, no STF, do Orçamento da Emenda de Relator, o Congresso se reconstituiu numa relação com o governo, que fortaleceu as comissões do Congresso Nacional, o que, de fato, também é importante, porque, por vezes, as comissões não tinham participação alguma nas execuções das Emendas. O que acredito é que o instrumento de diálogo pode ser de natureza prévia. Se um diálogo desse for constante, a relação entre o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e o Poder Executivo se antecipa antes de acontecer ou um ato judicial, ou uma medida legislativa, ou uma medida do Executivo, e se pode ter previamente, havendo um diálogo constante, uma conversa que permita institucionalmente evitar certos tipos de conflitos. Por muitas vezes – nós assistimos recentemente também no Brasil –, esse isolamento, essa briga, criminalizar essa relação só gera cada vez mais crise. Então, quando defendemos que o Congresso tem que estar perto do STF e do Executivo, é no sentido de que esse diálogo constante tem muito mais a construir do que a destruir.

As estruturas de diálogo, de certa forma, já existem. O governo tem lá no Congresso a liderança do governo. Ela tem um papel institucional que representa o governo no Congresso. O STF tem também uma representação, mas o que falta mesmo, e eu acho que esse diálogo não precisa eventualmente ter uma estrutura, é que a participação, a conversa, o encontro entre os líderes do Congresso, o STF e também o Palácio do Planalto, possa ser uma forma institucional e não partidária. Ou seja, se o presidente da Câmara é aliado ao presidente da República, independentemente de essa relação ser política ou não, o diálogo institucional tem que existir sempre, e da mesma forma com o STF, que, por vezes, todos acompanham, acaba-se politizando toda essa relação com o Judiciário, o que certamente é muito prejudicial para o país.

Eu acredito mesmo que o Legislativo, tendo autonomia e independência, é bom para o Brasil, fortalece o papel institucional, e nessa evolução, se existir algum exagero, que, às vezes, o próprio Legislativo esteja passando da sua autonomia ou da sua prerrogativa, eu considero normal onde, nesse sistema de freios e contrapesos, cada um vai cada dia se recolocar e entra o STF para mediar. De fato, defendendo que o Legislativo deve ter, sim, papel fundamental nisso e agir com independência.

Luiz Rodrigues Wambier

Em um ambiente democrático de discussão, eu penso que podemos avançar um pouquinho mais, criando um debate entre nós naquilo que for possível, cada um exercendo a tal da autocontenção.

Domingos Rodrigues Neto

Eu só quero dizer que, sobretudo no ambiente no qual ódio gera votos, e nós estamos sofrendo muito com isso – posso dizer porque sou corregedor parlamentar da Câmara, e acho que a Corregedoria nunca teve tanto processo quanto está tendo recentemente – nesse ambiente no qual o radicalismo, estimulando o ódio, gera um retorno eleitoral, o papel do Congresso em ser centro, onde temos uma maioria de centro e deve acontecer durante muito tempo, isso também tem um papel fundamental nessa mediação.

Concordo que temos que rever o sistema de governo e até já apresentei PEC sobre semipresidencialismo. É algo difícil de se mexer porque se acha que vai se suprimir algum tipo de poder do presidente. Não é verdade. O presidencialismo que é exemplo no mundo é o presidencialismo americano. O Congresso americano tem muito mais prerrogativas, inclusive orçamentárias, do que o Congresso brasileiro. Então, isso não quer dizer supressão do papel de si. Congresso independente não é algo a ser perseguido, é algo para ser natural. Nesse sentido, quero dizer que estimo que esse diálogo institucional possa ter sempre a participação forte do Congresso nacional como casa de debate e onde nós temos de todos os lados uma representação do perfeito extrato do povo brasileiro.

Amini Haddad Campos



Juíza Auxiliar da Presidência
do Conselho Nacional de
Justiça.

A nossa atuação nesse discurso importante de diálogo interinstitucional nos leva a várias dinâmicas ao questionar os papéis que são correspondentes nessa separação de Poderes, na composição de uma política que nós nominamos como política de Estado. Sabemos que o Brasil compõe um ambiente internacional e é signatário dos mais diversos tratados internacionais de direitos humanos, o que tem fomentado uma normatividade concreta relevante no país. Nós sabemos que avançamos muito em vários cenários públicos. O desenho que temos, hoje, de uma normatividade cada vez mais concreta do Legislativo, pode ser verificado pela própria conformação das novas redações criadas. Posso citar algumas: a Lei nº 14.164, de 2021, para citar a questão da violência contra a mulher; a política de gênero, especificamente, a Lei nº 14.192; a Lei Mariana Ferrer (Lei nº 14.245). Ou seja, essa normatividade concreta vem se desenhando no cenário do Legislativo, porque nós temos um dever público que é comum a todo representante de Poder, seja do Judiciário, do Legislativo, ou do Executivo. A construção desse cenário, desse dever público maior, envolve e conforma a atuação dos Poderes.

O que nós podemos, de fato, é questionar essa nova dimensão, hoje, com a nova formulação de um diálogo internacional com relação ao desenvolvimento. Nós não estamos alheios a esses deveres? Logicamente, esse cenário internacional e a conformação do desenvolvimento que se espera também pressiona o Estado na sua atuação de representatividade em cada ambiente, seja no Legislativo, no Executivo ou no Judiciário. Nós podemos construir normatividades cada vez mais concretas, eficazes nesse desenho, com relação às políticas de Estado, sim. Nós percebemos muito isso quando o Supremo Tribunal Federal (STF) atua em Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), trazendo essa dimensão de uma política pública alicerçada em direitos fundamentais. O ambiente também das audiências públicas, que, hoje, nós temos uma dimensão até diferente, de visualização com relação a essas audiências, pode nos dizer muito sobre o papel do STF no desenho dessa construção equânime de certas políticas que vão impactar, sem sombra de dúvida, o cenário não só interno, mas também o cenário internacional. É importante que possamos pensar sobre esses atores nessa conformação sistêmica, porque o Brasil está alicerçado em um sistema jurídico que foi inaugurado pela Constituição Federal. Essa harmonia pretendida no desenho da política de Estado traz certos deveres na condução dos cenários públicos e das políticas, sejam políticas judiciais – e nós temos muita atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) –, ou atuando na companhia ou em cooperação com os atores do Congresso Nacional e do Executivo. É muito importante que possamos de fato vislumbrar esses novos cenários que são exigidos no mapa mundial. Certamente, teremos orçamentos mais conformados com essa dinâmica com relação às prioridades públicas, nos limites desse diálogo entre Poderes, porque estes representam o Estado brasileiro, a República Federativa do Brasil e há um dever a ser cumprido nessa representação. Então, não estamos alheios. Essa independência ou essa atuação de separação dos Poderes não são elementos específicos para isolamento no desenho das políticas públicas. Nós precisamos cada vez mais desse diálogo para o desenvolvimento das políticas de Estado. Não só por essa conformação, e podemos falar nesses precedentes da ordem do Direito, que é toda a política do cenário internacional, hoje, desenvolvida e que impacta sobremaneira o sistema jurídico brasileiro.

Nós podemos olhar também para esse sistema e entender o porquê se exige tanto a conformação dessa normatividade concreta através dos precedentes.

O que está, na verdade, por trás dessa exigência dos precedentes? Essa medida de segurança que seja conformadora também de uma política pública, não só interna, mas também internacional. O Brasil é signatário desses tratados internacionais e há uma ordem a ser cumprida em relação a isso. Há prioridades públicas que vão desenhando o formato de governos, de representações, seja no STF ou no CNJ. Aliás, desenha-se muito a partir da atuação de uma política judiciária nacional e é importante que, nesse cenário, possamos de fato ter atores comprometidos com a construção dessa normatividade, que não é ideológica ou de idealismos, mas que nos exige uma postura efetiva, concreta, alinhada com esses compromissos de normatividade. Sim, precisamos de normatividade concreta. Por isso, o CNJ vem trazendo, cada vez mais, essa política pública, no desenho de resoluções que não são, na verdade, projeções de legislação ou novas normatividades, mas conformam o cenário de uma exigência que o Brasil se responsabilizou a cumprir, tanto internamente, a partir da nossa Constituição Federal, como no ambiente externo, quando assina um tratado internacional, uma convenção internacional. O Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo, que traz o cenário possível da construção desse devido processo que deve ser assegurado a todo e qualquer cidadão, projetou diversos campos de normatividade concreta, como as audiências de custódia. Nós não estamos alheios a essa visão que unifica tudo aquilo que temos como emblema de uma política de Estado.

Então, que o Brasil possa cada vez mais assumir essa postura, que é conformadora com a Constituição, e que é, de fato, a projeção desses compromissos internacionais assumidos. Cada autoridade o faz exatamente para cumprir essa política que está delimitada pela Constituição e por tratados e convenções internacionais. O STF traz diversas projeções dessa normatividade quando analisa uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Assim também a construção do Legislativo, de políticas também normativas, a partir de um cenário que é descrito pela própria Constituição, quando fala do Poder Legislativo. As legislações que são produzidas no artigo 59 da Constituição Federal. É importante que possamos entender esse papel: o Executivo traz a conformação dessa política, já que presta imediatamente as informações em relatórios como união ao cenário internacional, mas o dever não é só do Executivo. O dever conforma toda a representação de Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Então, que estejamos conscientes desse papel da autoridade, que não é autoridade pessoa, mas autoridade Estado.

Isso me faz lembrar Hannah Arendt, quando expressa as mais diversas dinâmicas concernentes a esse dever público que alimenta a própria visão da humanidade em si, que é plural, multicultural e, portanto, máxima na orientação de um Estado que deve ser sempre expressão dessa pluralidade, que não pode ser expressão religiosa ou de certas dinâmicas de funcionalidade, de interesses, mas sempre esse interesse da coletividade, do setor público comunitário, preservando sempre o humano.

Luiz Rodrigues Wambier

Num ambiente democrático de discussão, eu penso que podemos avançar um pouquinho mais, criando um debate entre nós naquilo que for possível, cada um exercendo a tal da autocontenção.

Amini Haddad Campos

É de uma riqueza incrível todo o tema conduzido nessas representações, das mais diversas. Nós temos o cenário da interlocução do representante do Congresso Nacional, a dinâmica da Academia, do sistema de Justiça, e também a representação do nosso Executivo. Como é importante a construção desse cenário para trazermos essa lucidez para essas políticas de Estado que precisam ser, de fato, cumpridas, esclarecidas, realizadas.

Quanto que essa riqueza intercultural, trazida num cenário cada vez mais amplo – e aqui é uma política muito definida da Academia, com relação a essa construção habermasiana –, quanto a comunicação é eficiente para a construção de novas pontes! Então, que riqueza é esse momento também, com a representação construída por todo esse cenário condutor dessa política de Estado tão fundamental, que é, de fato, essa orientação democrática de direito. Precisamos ter essa coerência, dessa unidade em qualquer cenário, no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, para que possamos fazer pontes nessa interlocução a fim de concluir toda essa vocação constitucional do Brasil.

José Eduardo Alckmin



Advogado.

Quero começar dizendo que a minha experiência vem de longe, porque, afinal, eu estive pela primeira vez no Supremo Tribunal Federal (STF) em 1972, quando meu pai veio para o STF, e assisti, desde então, o STF atuando em vários momentos. Devo dizer que sou um apaixonado pela instituição desde então até hoje, porque as vicissitudes foram inúmeras. Quando chegamos em Brasília, estávamos sob o regime militar. Tinha a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 e era um regime efetivamente fechado. Não obstante, o STF jamais se negou a interpretar a lei e a Constituição com bastante firmeza. Eu me lembro que o ministro Aliomar Baleeiro, certa feita, comentou que as decisões do STF são as certas e, não por isso, são as últimas, mas são certas porque são as últimas, ou seja, a palavra do STF deve ser sempre acatada. Isso em termos de governo militar. Faço a ressalva porque vejo que, às vezes, tem algumas iniciativas de contestar esse valor essencial à democracia, mas se o STF for, simplesmente, varrido no mapa, nós vamos cair mais uma vez na barbárie que vivemos no passado e que até respeitou pelo menos a figura do STF. O Supremo teve um aumento de seus componentes, depois algumas aposentadorias, mas foi uma instituição sempre que funcionou corretamente.

O STF tem um papel fundamental que é exatamente de interpretar a Constituição e revelar qual a maneira de realizar os seus desígnios. Isso seria ativismo judicial? Eu não compreendo dessa maneira. Se o STF tem a missão de fazer com que a Constituição seja efetiva, ele tem o ônus, não é nem o poder só, mas o ônus de deixar vir a lume as soluções que realmente interessam à ordem constitucional, ainda que não seja aquela que eventual maioria congressual queira naquele momento. O STF tem compromisso com a Constituição que é perene e não com paixões políticas que ora tão para um lado, ora para outro. Então, o papel do STF é fundamental. Eu vejo, para minha tristeza, que há arrombamentos porque o STF não agrada sempre. O ministro Ayres Britto, que é muito jocoso, dizia que via que estamos vivendo na “idade média”. A mídia, hoje, produz um papel muito relevante e isso acirra os ânimos no debate.

A essência do diálogo é exatamente acomodar posições antagônicas dentro de uma lógica de respeito, especialmente à norma constitucional. Então, eu não acho que o STF esteja exacerbando, invadindo a área de outros Poderes, ao realmente disciplinar temas que são necessários para a perfeita conformação da ordem constitucional. O Congresso tem a sua dose de poder e jamais isso será negado, desde que o exerça dentro dos ditames constitucionais, deve ser prestigiado e valorizado por todos nós, especialmente pelos advogados, porque essa é a nossa garantia, a garantia de que viveremos no Estado Democrático de Direito, que não pode jamais ser desprezado, porque se acontecer o desastre de alguma forma ser abalada essa pedra fundamental, vamos viver dias terríveis, como já participei no passado e para sair daquele buraco não foi fácil. Eu sigo crendo que a democracia e o Estado Democrático de Direito são ainda a pedra de toque do Estado Constitucional brasileiro.

Luiz Rodrigues Wambier

Em um ambiente democrático de discussão, eu penso que podemos avançar um pouquinho mais, criando um debate entre nós naquilo que for possível, cada um exercendo a tal da autocontenção.

José Eduardo Alckmin

Eu também reputo essencial que pensemos com seriedade no presidencialismo de coalizão, porque, hoje, nós temos uma realidade muito difícil. O deputado federal, principalmente na Câmara dos Deputados, que é o grande caso do Poder Legislativo, e o Senado voltam-se para a sua base eleitoral. E quem pensa o Brasil como um todo? No entanto, as responsabilidades que o Congresso vem assumindo recentemente é de fazer o bem comum à nação toda. Então, essa dualidade de realidades faz com que não tenhamos a responsabilidade necessária para decidir o todo, porque o assunto é compartimentado. Por isso, acho que é uma necessidade e, principalmente, acho que a sociedade civil precisa se mobilizar para que o tema seja posto em debate.

Paulo Roque Khoury



Advogado e Professor
do Instituto Brasileiro
de Ensino,
Desenvolvimento
e Pesquisa.

Esse tema do diálogo institucional e separação dos Poderes nunca foi tão importante. Nós nunca precisamos tanto, porque, quando se fala em separação dos Poderes, os Poderes não fazem oposição uns aos outros. Classicamente, eles são autônomos e independentes, mas harmônicos. Essa harmonia importa sempre no diálogo, em uma colaboração. O partido e o parlamentar fazem oposição a governos, mas não faz oposição ao Poder, ao Estado, porque, se ele o faz, está fazendo oposição ao Estado e negando a sua própria condição de existência jurídica. Então, são todos coparticipantes nessa grande missão civilizatória, da maior invenção do mundo civilizatório, que é o direito da mediação dos conflitos.

Hoje, nós temos problemas clássicos para enfrentar, problemas urgentes que o mundo passa por conta da inovação tecnológica, que anda em velocidade supersônica, por uma grande transformação, e o Direito, muitas vezes, teve esse descompasso, que tem aumentado consideravelmente. Se não existir esse diálogo, o que estará em xeque é o próprio Estado de Direito, a própria sobrevivência do Estado de Direito, no momento que se tem a globalização,

que faz com que a dinâmica local influencie em tudo aquilo que acontece no mundo. Também tem a questão da polarização política, que as mídias sociais intensificaram. Sempre houve polarização, mas enquanto nós falamos no diálogo, a polarização é símbolo do monólogo, e as mídias sociais, via algoritmos, a maximizam. Como lidar com esse poder todo? Há, também, as crises multifatoriais e multifacetadas que nós temos, como a crise climática. Como vamos fazer? Agora, estamos vivendo o problema do Rio Grande do Sul. É um Poder sozinho, ou um governo sozinho que vai resolver o problema climático no Rio Grande do Sul? Se não houver essa interconexão, essa interação entre os agentes estatais, entre os Poderes, quem vai perder é o cidadão e, quando ele perde, ele passa a desacreditar no Estado. Então, é nesse momento, em que ele precisa desse diálogo, que nós precisamos muito da atuação consertada entre os Poderes.

Agora, quando se fala dessa atuação consertada entre os Poderes, nós vivemos, hoje, um momento de grande assimetria informacional. Essa assimetria da informação está ligada a um ambiente de uma velocidade tecnológica, de transformação supersônica. Então, o Estado em si e os Poderes estão sempre sofrendo com essa assimetria da informação. Os entes privados têm muito mais informação sobre tecnologia que o Estado. Há uma grande assimetria. Como vamos amenizar isso? Com esse diálogo necessário para enfrentar tudo isso que nós estamos vivendo em função dessa grande revolução dentro da sociedade da informação, que tem a informação como grande ativo da sociedade. Agora, temos que saber o que a sociedade vai fazer com a informação. Ela pode desinformar também, e daí vêm as *fake news*. O mundo não conheceu tanto acesso à informação como nós temos hoje, mas elas também servem para as inverdades. Elas servem também para distorcer e para minar os próprios Poderes estatais. Quem tem que enfrentar isso? São os Poderes unidos, o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Nesse contexto, eu sinto falta desse diálogo. Como cidadão, como observador das cenas política e jurídica, eu sinto falta e acho que estão faltando atores para colocar dentro desse sistema esses diálogos em prática. Esse diálogo não pode ser meramente formal, mas tem que ser um diálogo de resultado efetivo. Eu vejo que alguns

mecanismos que fortaleceriam esse diálogo. Por exemplo, nós vamos ter que pensar no semipresidencialismo no modelo existente em Portugal e na França. É verdade que o Congresso adquiriu muito mais poder, hoje. Fala-se até numa independência do Congresso. Eu não sei se chegaríamos a tanto, mas é fato que o Congresso tem muito poder atualmente. O Congresso que abocanha nas Emendas Parlamentares 25% do orçamento de investimento que a República Federativa do Brasil tem, é um Congresso muito poderoso. Então, eu vejo que, no semipresidencialismo, como o Congresso tem que eleger o primeiro-ministro, como acontece em Portugal e na França, ele tem que ter também corresponsabilidade. Nessa corresponsabilidade, o sucesso do primeiro-ministro é o sucesso do Congresso que pode ser dissolvido. Eu vejo que, mais cedo ou mais tarde, para aprimorar esse diálogo institucional, nós vamos ter que passar pelo semipresidencialismo, se quisermos evoluir. Porque não tem como o poder do Congresso voltar e é bom para a sociedade que ele seja forte, mas com responsabilidade, inclusive com responsabilidade fiscal.

Outra questão que atine é o ativismo judicial. O ativismo judicial, muitas vezes, é por uma falta de resposta do Legislativo e do Executivo. Mas, o problema do ativismo é que ele transforma o magistrado em político e o magistrado não passa mais a ser julgado como magistrado, mas como político. Como dizia Tancredo Neves, a rampa do Supremo Tribunal Federal (STF) é muito estreita para entrar a política. Então, nesse momento, é muito importante que haja um retorno à normalidade. Não estamos falando de ativismo judicial apenas do STF, porque ele não decide de ofício. Ele decide quando convocado a decidir, inclusive quando se fala da judicialização da política. Quem leva a política para o Tribunal são os próprios partidos políticos. Não estamos falando nem do ativismo do STF, estamos falando do ativismo de todo o Judiciário. Qual é o grande problema desse ativismo? O direito é um ordenamento. O direito tem que ser símbolo de segurança jurídica. O ativismo é insegurança jurídica, porque é como a lei criada a *posteriori*, e a lei tem que ser criada a *priori* para dar segurança no jogo democrático e nos jogos negociais.

Eu vejo que, de alguma forma, tem que haver um diálogo institucional. O ativismo judicial na saúde, por exemplo, impacta os orçamentos. Então, como se tentou, via negociação, diálogo institucional, estabelecer freios e contrapesos, não tirando autonomia do Poder, eu vejo que é necessário, hoje, um diálogo entre Executivo, Legislativo e Judiciário para a contenção do ativismo judicial. Em algum momento, fora das pressões e das paixões, eu acho que nós também vamos ter que pensar no modelo de Corte Constitucional. Eu vejo que o modelo de Corte Constitucional favorece esse diálogo institucional. Em Portugal, por exemplo, os ministros são indicados de forma tripartite, com o mandato, um terço pelo Judiciário, um terço pelo Legislativo e um terço pelo Executivo. Isso favorece, naturalmente, o diálogo.

Eu vejo que para a redução dessas assimetrias, para o momento que estamos vivendo, as tensões existentes e momentos extremamente perigosos, que não podemos subestimar e temos que agir antes. Temos que ter a sabedoria e o protagonismo de agir antes porque o Estado de Direito é a grande salvação. A mediação do Direito foi a maior invenção da humanidade. Ela precisa continuar produzindo resultados, porque fora dela não existe a democracia, a liberdade e a defesa daquilo que nós julgamos mais importante.

Luiz Rodrigues Wambier

Em um ambiente democrático de discussão, eu penso que podemos avançar um pouquinho mais, criando um debate entre nós naquilo que for possível, cada um exercendo a tal da autocontenção.

Paulo Roque Khouri

Como cidadão e estudioso, eu vejo 25% do orçamento de investimento em emenda é muita coisa, em um país que tem tantas carências, porque isso, muitas vezes, é desvinculado de políticas públicas. Ainda temos analfabetismo no Brasil e problemas de saneamento básico a resolver. Então, quando falamos em um diálogo institucional, é que um Poder não esmague o outro, é que um Poder respeite o outro. O Congresso americano realmente tem muito poder, mas é um poder essencialmente fiscalizatório. Poder de emenda ao orçamento é, essencialmente, um poder do Congresso brasileiro, que tem o poder de fazer emendas ao orçamento que não se tem similar, nesse percentual, nos estudos que já foram apresentados, em nenhum país do mundo. Acho importante, para dar autonomia ao Congresso, mas tem que respeitar o Executivo porque é ele que a sociedade cobra a execução das políticas públicas que estão na Constituição.

Por fim, eu quero colocar apenas que o momento de polarização é um momento de muita tensão. Nós precisamos de tantas saídas que, todas as vezes, colocam: "mas será que esse é o momento?". Porque a polarização "fulaniza" o debate. Ela coloca os personagens no lugar das instituições e nós temos que pensar no fortalecimento do Estado de Direito. Então, todas essas saídas que eu coloquei, se elas forem personalizadas, como foi a saída do parlamentarismo do Tancredo Neves para evitar a posse do João Goulart, são saídas que nunca vão dar certo porque elas precisam que, nesse momento, a temperatura baixe, para que possamos retomar o Estado de Direito na sua plenitude, e que cada um exerça a sua função.

MESA VII

07

MODERADOR - JHONATAN DE JESUS¹

FINANCIANDO O DESENVOLVIMENTO

¹ Ministro do Tribunal de Contas da União.

Jhonatan de Jesus



Ministro do Tribunal de
Contas da União.

É com imensa satisfação que venho moderar o painel “Financiando o desenvolvimento”, que é um tema muito importante. Nós estamos vivendo em um mundo interconectado, onde a globalização mudou não apenas a nossa economia, mas também a expectativa socioeconômica para o nosso país e o mundo. No Brasil, nós estamos enfrentando vários desafios decorrentes da nossa história, geografia e diversidade. Porém, eles trazem consigo oportunidades iguais para que o nosso país possa fazer um processo de inovação e crescer através do financiamento, visando ao desenvolvimento público e do nosso país.

Eu gostaria que avaliassem esse contexto com um papel importante. O Tribunal de Contas da União (TCU), antigamente, era visto só como órgão de controle externo, que não dava aquele auxílio, e há a importância de fazer essa integração entre o controle interno e o controle externo. Hoje, o TCU está exatamente cumprindo o papel importante de analisar a eficiência e a eficácia dos investimentos públicos, do investimento para o financiamento do nosso país. Nós vemos agora o TCU agindo fortemente no processo de concessão de

rodovias, que faz com que a indústria e o mercado joguem muitos recursos dentro do governo brasileiro, a ponto de investimento através desse mercado de concessão. Nós estamos vendo o TCU fazendo um grande trabalho na reavaliação desses cálculos, que são a política pública, de governança pública. Nós estamos desenvolvendo um papel, exatamente como diz a nossa Constituição Federal, auxiliando o Poder Legislativo e estando presente junto do Poder Executivo.

Eu estou como moderador para buscar um equilíbrio entre os nossos participantes que estarão aqui dialogando e visando a um tema muito importante, sobre financiar o desenvolvimento.

Luciana Santos



Ministra da Ciência,
Tecnologia e Inovação
do Brasil.

Eu acho que a temática dessa mesa se reveste de mais importância ainda, porque trata da pauta de como financiar o desenvolvimento, e não é possível pensar nisso sem pensar também em ciência, tecnologia e inovação, sempre sob uma perspectiva de desenvolvimento justo e sustentável. Isso tem sido uma prioridade absoluta do governo do presidente Lula, que, na história, tem a marca de ter sido o presidente que mais ampliou um dos pilares importantes do nosso Sistema Nacional de Ciência e Tecnologia, que são as universidades brasileiras. Elas, junto dos institutos públicos, são responsáveis por 90% da nossa produção científica e ele foi o presidente que mais ampliou essa infraestrutura de ciência que passa pelas universidades públicas brasileiras. Nós estamos, nesse momento, desenvolvendo ações do Ministério de Ciência e Tecnologia que vão ao encontro de restabelecer a política pública de ciência e tecnologia. Há um convencimento de que a ciência e tecnologia é pilar do desenvolvimento nacional, exatamente porque se entende que o crescimento passa por uma industrialização, por uma reindustrialização e novas bases tecnológicas. Isso não é

possível sem garantir esses investimentos tão fundamentais que representam também a reinserção do Brasil nessa economia global.

Acho que, mais do que nunca, os acontecimentos recentes mundiais, que tiveram um impacto enorme no mundo, como foi a pandemia da covid-19, pela letalidade e velocidade com que as pessoas poderiam sofrer a perda de vidas, revelaram o quanto a dependência é nefasta, o quanto é necessário reposicionar as cadeias globais de insumos, de produtos, de serviços e de suprimentos. Assim como também a guerra da Ucrânia, que gerou um colapso no serviço e na oferta de fertilizantes. Na pandemia da covid-19, esse impacto foi no complexo industrial de saúde, de insumos a máscaras, equipamentos que nem sequer eram de alta complexidade, de média complexidade, como os respiradores. Então, a globalização liberal foi colocada em xeque. A globalização é incontestável, mas não necessariamente no modelo liberal. As cadeias regionais, as cadeias nacionais e a autonomia e soberania dos países gritaram como uma necessidade emergente, porque demonstraram o quanto a dependência é nefasta. Essa tem sido a política do nosso presidente Lula. Ele retoma a reinserção do Brasil. Fez uma agenda intensa, no ano passado, visitando os países, e sempre de maneira larga, sem qualquer tipo de pressuposto, pois, por mais que sejamos de um campo político-ideológico definido, isso não pautou as relações do Brasil, que se deram a partir de uma perspectiva da defesa do interesse nacional e de altivez e muito ativa. Essa atitude do Brasil, sempre na defesa da autonomia dos povos e da paz, que são bandeiras que parecem óbvias, mas que é cada vez mais necessário não só falar delas, mas praticar esse tipo de atitude. Eu penso que essa é a marca da altivez e da proatividade, e colocando sempre o interesse nacional em primeiro lugar.

Quando se fala em financiamento e desenvolvimento, tem que se tratar de como traduzir esse conhecimento produzido no Brasil e nas nações do mundo em riqueza e inclusão social. O nosso Sistema Nacional de Ciência e Tecnologia não deve a nenhum lugar do mundo. No entanto, nós temos muitas dificuldades, até histórica e cultural, de fazer com que essa produção científica se traduza em inovação, produtos e serviços. Esse paradoxo está nos indicadores. Nós somos o 13º país no mundo de qualquer indicador considerado um parâmetro global de inovação. No entanto, nós

somos o 49º em inovação, revelando que há aí uma diferença entre o que se produz e o que se realiza, não só do ponto de vista do crescimento econômico, da produtividade, mas também de políticas públicas que incidam no enfrentamento da desigualdade social. Nós fizemos escolhas de como fazer essa inserção no mundo de maneira soberana e essas escolhas estão em muitas das decisões que o governo tomou. Uma delas é exatamente poder garantir que nós nos inserimos nessas cadeias mais dinâmicas da produção global, com maior valor agregado, e isso só se faz superando o atraso tecnológico e produtivo. Todas as grandes inovações e mudanças tecnológicas e revoluções industriais que aconteceram no mundo, tiveram o carimbo muito forte do apoio do poder público. Desde a indústria farmacêutica, até a área espacial, a internet, a área da tecnologia da informação, da ciência da computação, todas elas tiveram a marca muito forte do investimento público, inclusive no governo dos Estados Unidos, quando a *Defense Advanced Research Projects Agency* (Darpa) teve papel decisivo na revolução da ciência da computação, assim como também na produção de energia. Sempre houve um investimento muito forte do Estado. Nós somos daqueles que achamos que o Estado não precisa ser nem grande nem pequeno, precisa ser o Estado necessário para poder induzir o desenvolvimento e garantir as condições mínimas do papel princípio do Estado, que é garantir inclusão e um mínimo de igualdade de oportunidades e de inclusão social para as pessoas.

Quando o lema do governo fala que o Brasil voltou, quero dizer que a ciência também voltou porque nós revertemos a política de contingenciamento do recurso do Fundo Nacional de Desenvolvimento de Ciência e Tecnologia, que é o principal fomento da ciência e tecnologia brasileiras. Esse fundo não é novo, já tem décadas no Brasil, e é fruto de taxas e de impostos de grandes cadeias produtivas, como o petróleo e gás, o transporte, a energia, e, portanto, não pode ser contingenciado, pois é um imposto. Aliás, eu quero aqui reconhecer que a iniciativa privada, o setor da indústria, as comunidades acadêmica e científica foram muito altivas, apesar de ter uma correlação de forças desigual no Congresso Nacional, aprovaram uma lei que descontinencia os recursos, mas, mesmo assim, no governo anterior, se editou uma Medida Provisória e contingenciou esse recurso até 2026. O que o presidente Lula fez foi descontinenciar esse recurso por decurso de prazo, abrindo um Projeto de Lei do Congresso Nacional (PLN) de abertura de crédito suplementar. Com esse descontinenciamento do fundo, nós conseguimos traduzir, reestabelecer esse tipo de política pública, além da Nova Indústria Brasil (NIB), que são as seis missões. O Ministério está integralmente convergindo para as ações do NIB com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços (MDIC) e com o BNDES. Isso também é um exercício muito importante porque é um exercício de convergência e de escolhas.

Nós tomamos duas medidas estruturantes, que foi essa recomposição e a redução dos juros para crédito, porque metade do recurso do fundo é crédito e metade é subvenção. A recomposição é de 10 bilhões de reais, e nós conseguimos executar em oito meses, correspondendo aos quatro anos de investimentos do governo anterior. Executamos em oito meses o que tinha sido investido através do fundo na ciência e tecnologia brasileira nos últimos quatro anos. Então, esses foram os dez programas estratégicos. Entre eles, está no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e o CBRES, que é a principal constelação de satélites que nós temos no Brasil. O reator multipropósito, que vai nos tornar autônomos na produção de radioisótopos para tratamento de câncer, o Nível de Biossegurança 4 (NB4), e o Sirius, que é o equipamento mais complexo da ciência e tecnologia brasileiras, o nosso acelerador de partículas do Centro Nacional de Pesquisa em Energia e Materiais (CNPEM), vai se ligar ao laboratório de segurança máxima NB4 para manipulação de patógenos, em particular de vírus. Então, está a reeducação da fome, como nos programas, a transição energética, porque, sem transição energética não há enfrentamento à mudança do clima. Logo, nós temos 611 projetos de inovação em empresas, com um aumento de 40% em relação a 2019 e 2022. Ser do PAC tem importância porque o monitoramento é direto do presidente da República. O Mais Inovação vai ter 41 bilhões de reais através do nosso recurso. A Defesa é uma das nossas prioridades, porque impacta em várias cadeias produtivas. O Complexo Industrial de Saúde porque representa o segundo déficit da balança comercial de 20 bilhões de dólares, a Lei do Bem, que é um caso de sucesso, a Lei da Formação, que tem mais de 30 anos, é outro caso de sucesso, e o Clima.

Jhonatan de Jesus

Vou passar a palavra para fazer o encerramento desse grandioso debate sobre financiando o desenvolvimento à ministra Luciana Santos.

Luciana Santos

Eu acho que nós conseguimos fazer escolhas convergentes para as missões da Nova Indústria Brasil, com o PAC e com as medidas macroeconômicas. Eu penso que nós, de fato, podemos retomar nesses patamares que esperamos continuar a retomada do crescimento brasileiro, sempre procurando melhorar nossa capacidade competitiva e de valor agregado nessa engenharia global, para garantirmos um crescimento cada vez mais consistente, e apostando na inovação e na tecnologia para alavancar e superar ainda os gargalos do nosso atraso tecnológico e produtivo em alguns setores mais dinâmicos que nós precisamos entrar com mais força. Então, eu acho que o alto risco tecnológico precisa de subvenção. A integração também entre empresas, uni-

versidades, institutos de pesquisa, que é também um aspecto desafiador e cultural. Nós temos marcos legais que têm contribuído nessa direção.

Também sobre a transição do setor automotivo, nós temos todas as condições de estar na ponta dessa nova frente, com o combustível verde, que é o hidrogênio, porque, historicamente, nós fizemos isso desde Delmiro Gouveia, no caso da matriz elétrica com as hidroelétricas, passando pelo etanol na década de 1970, e, agora, com o desafio do hidrogênio verde, que nós temos muito potencial. Nós não podemos ser só exportador do hidrogênio, precisamos ter as máquinas que também possibilitam a eletrólise para poder também garantir o valor agregado nessa que é a verdadeira transição do clima, enfrentamento de sustentabilidade do clima. Quanto aos supercomputadores, o nosso presidente Lula nos incumbiu de lançar o plano da inteligência artificial e nós estamos para fazer essa entrega nos dias 30 e 31, porque, de fato, ela também é um fator tecnológico com muito propósito, que vai perpassar tudo que é a cadeia produtiva e vai modificar muito as relações de produção e até do mundo do trabalho.

Maria Clara Bugarim



Presidente do Comitê de Integração Latino Europa-América, Presidente da Academia Brasileira de Ciências Contábeis, Vice-Reitora de Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza e Presidente do Conselho Federal de Contabilidade (2006-2009).

É uma grande alegria poder falar, nesse momento, sobre um tema tão relevante para o nosso país, sob a perspectiva da contabilidade. Até porque nós ouvimos, desde o início, quando falamos em economia e em globalização, mas nós não podemos desconsiderar que todo esse desenvolvimento econômico está alicerçado, efetivamente, na contabilidade. Nós enfatizamos que é essa ciência contábil o grande alicerce para o desenvolvimento do nosso país. Contabilidade está, exatamente, como premissa para todas as questões de combate à corrupção, do *accountability*, do nosso dever de prestar contas, na questão dos controles interno e externo, até porque o controle mais efetivo que nós temos é o controle social, e ele só é possível quando está centrado em informações confiáveis à disposição da sociedade. A nossa ciência, como toda a humanidade, está passando por transformações extremamente significativas, principalmente nos últimos 20 anos, mas entendemos que muita coisa mudou e comemoramos, porque entendemos que mudou para melhor.

Eu vou falar sobre os grandes desafios, mas, principalmente, sobre as oportunidades da globalização para a nossa

profissão. Permitam-me, nesse momento, parafrasear o nosso ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, quando já vaticinava havia muitos anos que nós não podíamos temer a globalização, nós precisávamos, sim, ter competência para nos inserir. É exatamente isso que a nossa classe hoje está fazendo. Nós temos uma organização global extremamente forte, temos organismos com representação em todos os continentes. Eu tenho a honra, hoje, de presidir o Comitê de Integração Latino Europa-América (Cilea), que é um comitê que integra a América e a Europa, e nós estamos sempre pensando nas demonstrações, entendendo que, nesse mundo globalizado, a contabilidade, efetivamente, é a linguagem internacional dos negócios. Por isso, nós precisamos de padrões contábeis que aumentem a transparência e a confiança, que é a palavra de ordem e, para isso, nós não podemos ter uma informação contábil que traduza um prejuízo em um país e um lucro em outro. Nós precisamos, efetivamente, de informações e de padrões adotados que tragam comparabilidade, transparência e redução de custos, para que nós possamos ter acesso a mercados globais e uma melhor governança corporativa. O nosso trabalho, hoje, é, diuturnamente, fazer com que esses países possam, efetivamente, adotar regras internacionais de contabilidade, e não só para iniciativa privada. Temos um trabalho muito consistente voltado ao setor público, que precisa de uma maior *accountability*, e estamos trabalhando para que aconteça.

Agora, quando falamos em toda essa transformação, como ciência social aplicada, nós também temos que acompanhar essa outra ordem social, na qual sustentabilidade e responsabilidade social são palavras de ordem. Todos os *stakeholders*, hoje, buscam informações que, efetivamente, expliquem o impacto e o valor agregado de um negócio, sejam nas áreas ambiental, social ou de governança, ou seja, o ESG, que todos os dias nós discutimos. O presidente do Conselho Empresarial Mundial para o Desenvolvimento Sustentável alerta que, hoje, é extremamente necessário garantir que a comunicação corporativa torne claro como a empresa está gerando lucro, não só quanto lucro ela teve. Esse novo tipo de economia que está se formando é uma grande oportunidade para nós contadores, e nós não estamos perdendo tempo, isso é importante de ser colocado, estamos aproveitando toda essa onda para nos posicionar. A Federação Internacional dos Contadores (Ifac), através do *International Sustai-*

nability Standards Board (ISSB), lançou duas normas internacionais com requisitos gerais para divulgação de informações financeiras relacionadas tanto à sustentabilidade, o IFRS S1, quanto a informações divulgadas em relação ao clima.

Para finalizar, eu divido com vocês, com muito orgulho e alegria, a experiência brasileira. No Brasil, nós também temos uma estrutura classista muito robusta, o nosso Conselho Federal de Contabilidade, que é o nosso maior órgão regulador, criado em 1946. Hoje, nós temos mais de 530 mil profissionais de contabilidade e 93 mil organizações contábeis. A primeira, entre as principais ações que foram desenvolvidas no Brasil, foi a criação do nosso Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC). Por que tem essa importância? Porque, para falar de convergência externa, primeiro, nós fizemos o nosso dever de casa no nosso país. Nós procuramos fazer uma convergência interna com os demais reguladores, porque nós não podíamos estar dialogando de uma forma tão díspar, na qual o profissional de contabilidade não sabia se iria atender a ciência contábil ou ao fisco. Nesse momento, o comitê que foi criado, com diversos *stakeholders*, a Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais (Apimec), a Associação Brasileira das Companhias Abertas (Abrasca), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e diversos reguladores, e todas as normas brasileiras de contabilidade estão convergidas aos padrões internacionais, junto com mais de 147 países que adotaram as Normas Internacionais de Relatórios Financeiros ou, em inglês, *International Financial Reporting Standards* (IFRS). Na área pública, da mesma forma, fizemos comissões, procuramos a Secretaria do Tesouro Nacional e os tribunais de contas, e, hoje, nossas normas estão convergidas às IFRS, colocando a contabilidade pública brasileira no padrão efetivo de primeiro mundo, demonstrando que o patrimônio da nação precisa ser evidenciado, e essas normas possibilitam que isso aconteça.

Uma outra questão é quando nós falamos das micro e pequenas empresas. Nós adotamos, no Brasil, normas também internacionais para esse segmento, fizemos algumas adaptações, porque precisávamos simplificar essa norma, mas a nossa necessidade é de um financiamento para essas pequenas empresas, para que elas adotem essas normas, para que tenham condições de competitividade e de crescimento. Também já criamos o nosso Comitê Brasileiro de Pronunciamentos de Sustentabilidade (CBPS), e o Brasil saiu na frente e nós somos referência na América Latina. Hoje, nós já temos uma legislação, tanto a CVM se posicionou quanto o Conselho Federal de Contabilidade, e as empresas já podem, de forma opcional, apresentar esses informes, mas passará a ser obrigatória a partir de 2026.

Uma outra questão importantíssima é olharmos para o ensino. Na nossa profissão, nós demos um salto significativo, mudamos a nossa lei de regência, passamos a criar

o Exame de Suficiência, que é igual ao Exame da Ordem, pois precisamos proteger a sociedade também de profissionais que não têm uma capacidade técnica adequada, em um país com mais de 1.300 instituições de ensino que não preparam adequadamente esses profissionais. O nosso exame, realizado pela Fundação Getúlio Vargas, tem um nível de reprovação que nos preocupa, mas isso é fiscalizar preventivamente, é fazer com que esses profissionais não adentrem ao exercício. Posteriormente, criamos também uma outra ação para proteger esses mais de 500 mil, que é o Exame de Qualificação Técnica – para os auditores e peritos que trabalham nas empresas de capital aberto – e uma educação continuada obrigatória de 40 horas anuais para os profissionais dizerem que continuam aptos e preparados. Olhando, agora, em uma visão de futuro, nós tivemos, este ano, uma grande conquista. Nós conseguimos modificar as nossas novas diretrizes curriculares do curso de Ciências Contábeis. Não existe profissão forte, não existe país forte se não houver investimento no ensino. Nós entendemos que precisamos formar uma nova geração e o ensino é a grande solução para mudar realidades e cenários.

Jorge Viana



Presidente da Agência
Brasileira de Promoção
de Exportações e
Investimentos.

A minha contribuição neste tema vem no sentido do que são as missões da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (ApexBrasil). A Apex tem duas missões: promover os produtos, as empresas brasileiras no mundo, promover o Brasil – porque levar cultura também não tem como dissociar – e fazer atração de investimentos.

Por esse aspecto, eu destacaria, primeiro, que não tem como fazer isso se não tiver o que eu chamo de diplomacia presidencial conduzindo todo o processo. A crise que nós vivemos nos últimos anos, desde *impeachment*, depois uma crise política de muito confronto no Brasil, teve um reflexo muito negativo no comércio exterior brasileiro, ou seja, tem uma conta a ser paga. O que aconteceu, agora, com o mandato do presidente Lula? Ele trouxe de volta, com muita força, a diplomacia presidencial. A Apex já organizou nove encontros empresariais em nove países diferentes com o presidente Lula, e mais dois com o vice-presidente e nosso ministro Geraldo Alckmin. Isso faz uma diferença enorme, porque cada encontro desses teve pelo menos 500 empresários e empresárias do país-sede ou do Brasil. Há uma espécie de demanda reprimida do empresariado

brasileiro, que tem essa coisa fantástica, que é tentar conquistar o mundo, disputar mercado e avançar. São líderes, disputam liderança em lugares importantes, como os Estados Unidos. Se nós olharmos, 34% da proteína naquele país, que é a maior economia do mundo, são de empresas brasileiras que trabalham e 75% do suco de laranja são de empresas brasileiras que trabalham. Se vê os aviões que voam de médio porte nos Estados Unidos, é a Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. (Embraer) que está lá. É o maior mercado de aviões, que tem mais de mil aviões. Essa volta da diplomacia presidencial abre portas. Não tem como vender avião da Embraer se não estivermos disputando com a França, com a Airbus. Eu trabalhei nessa área e quem vai vender avião na China é o Macron, junto a companhia, eles fazem as negociações e as discussões. Há uma coisa chamada financiamento, que vai junto. Em algumas áreas, tem que ter o financiamento e o crédito da exportação.

O presidente Lula visitou 20 países no ano passado e, este ano, tomara que não pare, porque isso reflete diretamente nos números das exportações e da presença do Brasil no mundo. Nós temos um Produto Interno Bruto (PIB), brasileiro no mundo, que passa de 2%, mas o comércio brasileiro no mundo é de 1,3% só. Tem um crescimento a ser feito e exportar significa ter um emprego mais qualificado dentro do país, com remuneração melhor. A empresa também tem que ter um aperfeiçoamento, porque tem um grau de exigência muito mais elevado quando disputa o mundo. Dentro desse aspecto, o Brasil tem os mecanismos, com os quais a Câmara de Comércio Exterior (Camex) trabalha. Por exemplo, temos o BNDES Exim, o Crédito à Exportação e o Programa de Financiamento às Exportações (Proex). Estes são elementos que todo país do mundo tem. Mas teve um período que o BNDES se ausentou, e foi muito forte a queda, pois se ausentou completamente, e a queda foi a um terço do que tínhamos de participação. Isso criou dificuldade para as empresas exportadoras. O Brasil não parou de exportar, mas, se fizer uma análise de 2013 a 2023, vê-se que tem um potencial não explorado e até queda forte nas exportações do Brasil para várias regiões e países do mundo. Isso é muito ruim, porque, quando o presidente Lula assumiu o primeiro mandato, o fluxo de comércio exterior do Brasil era de 100 bilhões de dólares. Durante os oito anos de mandato, ele trabalhou muito esse lado e foi criado todo um regramento. Quando o Brasil alcançou 100 bilhões de dólares em exportação, foi co-

locado um contêiner no Ministério, em Brasília, e foi uma festa. Quando o presidente Lula saiu, o fluxo estava em 400 bilhões de dólares por ano. Doze anos depois, está em 600 bilhões de dólares. Eu acho que já podia estar em um trilhão de dólares. Quando se tem uma ausência desses mecanismos, que é o BNDES, trabalhando a exportação, como já experimentamos para trás, e quando tem uma falta de recursos para exportação, o Brasil perde competitividade, porque todos os países do mundo têm mecanismos fortes, agressivos, de financiar a exportação.

Em 2019, 2020, 2021 e 2022, estávamos vendo as exportações brasileiras andando, e as do mundo também, mas sem um suporte para que pudesse ter um crescimento muito maior do que o que nós tivemos. O saldo de 2022, pós-pandemia, quando o Brasil voltou a ter uma presença maior, foi de 60 bilhões de dólares. Dez anos atrás, nós tínhamos alcançado 60 bilhões de dólares, saldo que só voltou dez anos depois. No ano passado, nós alcançamos quase 100 bilhões de dólares, que é uma coisa extraordinária, não de exportação, mas de saldo na balança comercial. Não vamos nos assustar, Taiwan briga com a China e vice-versa, mas têm um fluxo de comércio extraordinário, e nós temos trabalhado no governo – o presidente tem nos orientado sempre – com a ideia de negócios à parte. Então, nós não vamos fazer o que foi feito. O Brasil chegou a ter um fluxo com a Venezuela de 7 bilhões de dólares e caiu para 300 milhões. Negócios deixaram de ser feitos, empresários perderam, tivemos desemprego em vez de emprego. Então, nós temos agora um plano de oportunidades, de atração de investimentos, que estamos lançando com os Estados Unidos, um grande comprador nosso – compra produtos com valor agregado e manufatura –, porque a Argentina, nos últimos anos, que era o nosso melhor comprador, caiu 40%. Agora, caiu mais 30%, por conta de preferências. Ora é o Brasil que tinha diferenças com a Argentina, ora é a Argentina que tem diferenças com o Brasil, e isso se reflete nos negócios.

Eu queria só deixar evidenciado que, hoje, nos encontros empresariais que temos feito, tem vindo a demanda, e o presidente Lula quer que o fluxo de comércio exterior com os nossos vizinhos seja algo de mão dupla. Nós ganhamos muito com os vizinhos, mas os vizinhos têm que ganhar também conosco. O Brasil não pode ficar só, pois é um exportador de *commodities*, mas tem que calibrar melhor para poder alcançar um fluxo melhor no comércio exterior – parecido com o PIB, onde já somos a oitava economia do mundo – e exportar manufaturas. Aqui entra conhecimento, ciência e tecnologia e a transição energética, que nós podemos ser parte da solução para o mundo, enfrentando a crise climática.

Nós estamos muito otimistas, porque, mesmo com o preço das *commodities* caindo – ano passado foi uma queda de mais de 20%, e caiu o preço do petróleo, que hoje é um produto importante nas exportações do Brasil –, nós seguimos crescendo as ex-

portações e esse ano também está sendo um recorde. Quando o mundo retrai os investimentos, o Brasil é o segundo endereço de atração de investimentos do mundo, logo as oportunidades voltaram e estão colocadas, e acho que a classe empresarial está muito bem-posicionada nisso e, agora, nós temos um governo que também trabalha políticas públicas para que isso possa avançar.

Eu fui à Califórnia e aprendi sobre como transformaram o deserto no quinto PIB do mundo: com conhecimento, centro de pesquisa, tendo produto, parcerias do pesquisador, que pode virar sócio da empresa. Tem uma lei que funciona desde os anos 70 desse jeito, ou seja, desenvolvendo produtos para o mundo. A segunda coisa é tendo um bom contrato jurídico. A insegurança jurídica já é um problema dentro do país, imagine com o comércio exterior. Eu acho que os escritórios de advocacia, os promotores, os procuradores, os ministros, os juízes precisam avançar muito no conhecimento do comércio exterior, porque o Brasil voltou a disputar o mundo e não vai demorar para alcançar um trilhão de dólares, eu estou falando de mais 400 bilhões de dólares de negócios. E quem está habilitado para fazer esses contratos, que dê segurança jurídica, que possa estar calçando os investidores e as investidoras brasileiras? Esse é um recado que eu deixo, conectando um pouco as exportações com esse fórum. As oportunidades para quem é do mundo do Direito, da busca de construir uma segurança jurídica, também é fundamental para que ampliemos a presença do Brasil no mundo.

Jhonatan de Jesus

O senhor falou de dois processos de investimentos, duas atrações de investimentos. Qual é esse setor estratégico que o senhor está trabalhando para fortalecer essas exportações, e quais são esses bens maiores, com valor agregado, visando buscar esse desenvolvimento para o nosso país? Eu acho que isso interliga, fundamentalmente, todo um processo da cadeia econômica e produtiva do nosso país.

Jorge Viana

O Brasil, de fato, é um endereço dos investimentos estrangeiros direto. Isso aconteceu no ano passado e está se repetindo este ano. Os investimentos estrangeiros no mundo caíram quase 30%, mas no Brasil não caiu. Ao contrário, o Brasil alcançou uma posição de muito destaque no momento em que todo mundo estava muito seguro com os investimentos no mundo.

Nós estamos vivendo uma crise climática e o Brasil volta a ser um ator importante, porque não é possível que o país que tem 25% da biodiversidade do planeta, 12% da água doce, tem povos originários se ausente desse debate que o mundo precisa enfrentar e

vencer, que põe em risco a vida no planeta, que traz os efeitos climáticos extremos, como está trazendo inclusive no Brasil. O país não podia estar ausente, recusando sediar a Conferência das Partes (COP), por exemplo. O Brasil muda sua agenda na Europa, a agenda do desmatamento para uma agenda de redução de desmatamento. O Brasil muda sua imagem na Europa, deixando de ser denunciado na grande imprensa internacional como um país que tira a proteção de povos originários, que tem um efeito muito grande na imagem do Brasil, que afeta os negócios. Esse cenário mudou, tem uma liderança importante no mundo sem líderes, que é o presidente Lula, e nós estamos sediando o G20, o presidente Lula está liderando os Brics etc., e tudo isso somado atrai bastante investimento. Nós vamos fazer agora, em novembro, o maior foro de atração de investimento da América Latina. A Apex está trabalhando com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e com o BNDES para trazer investidores do mundo inteiro, e o que também está na ordem do dia é que o mundo precisa fazer uma transição energética. Nós temos que fazer a nossa transição energética. Vocês sabem como a China está fazendo a transição energética para vencer o Tesla? Eles cobram 70 mil dólares pela placa de um carro a combustão quente, ou seja, o convencional, e é de graça para o carro elétrico. Com isso, os chineses passaram a consumir carro elétrico, da maneira que consumiram, mas o Brasil passou a ser o maior importador de carro elétrico do mundo, chegando em navios. Qual é a estratégia do país? A nossa estratégia tem que ser o híbrido. Um carro elétrico tem 500 componentes, enquanto um carro convencional tem 6 mil componentes. Nós temos condição de ter um carro híbrido, gerando emprego e exportando esses motores. Eu fui à Toyota para ver o carro híbrido deles, pois estão construindo uma fábrica nova. São três motores, no mesmo carro, que têm menos emissões do que o carro elétrico. Então, uma área da transição energética, com o hidrogênio verde, que só pode fazer isso quem tem energia limpa o suficiente e sobrando, como é o caso do Brasil.

Outra coisa que eu aposto muito – porque há uma janela de possibilidade de fecharmos o acordo entre o Mercosul e a União Europeia – é criarmos um bloco econômico de 700 milhões de pessoas, o maior bloco econômico do mundo, e podemos ter um espaço para receber mais investimentos. A Europa está estagnada faz algum tempo mas é um grande comprador do mundo, e o Brasil pode ser um grande beneficiário desse projeto novo. Eu ficaria nesse aspecto, mas também o mundo árabe vive em insegurança alimentar. Quem é que pode ser a oferta de segurança alimentar? Por isso, foi iniciada também essa abertura de mercados e foram mais de 100 mercados abertos no ano passado e, este ano, já passamos de 30 mercados sendo abertos para produtos brasileiros. Então, é algo que cresce exponencialmente e ainda vamos ver crescer e vamos ter uma colheita boa no nosso país se mantivermos esse ambiente de normalidade institucional e seguir acreditando nele.

José Berenguer



CEO do Banco XP.

Eu dividi minha fala em quatro tópicos, que são sobre o contexto atual do Brasil e também sobre a demanda de crédito; crédito estruturado ou crédito de longo prazo; sobre a situação do mercado de crédito; e, por último, dos caminhos que eu enxergo para que a gente tenha um mercado de crédito cada vez mais fluído, funcionando de uma forma cada vez melhor.

No Brasil, nós temos uma situação paradoxal. Nós temos uma demanda enorme por projetos, balança comercial e conta corrente, todas as nossas contas externas em situação excepcional, economia crescendo, inflação controlada, podemos ficar discutindo se vai ser 3,5 ou 3,7, se vai ficar na meta ou vai ser um pouco acima da meta, abaixo da meta, o fato é que temos uma inflação controlada, instituições que funcionam. Podemos melhorar a questão da estabilidade jurídica, mas, de forma geral, as coisas funcionam nesse país. Somos uma potência em energia limpa, temos um potencial enorme em carbono, ou seja, temos todas as condições para estar aproveitando esse momento, se desenvolvendo e fazendo que o nosso país ande para frente. Esse é o primeiro pano de fundo que eu gostaria de colocar.

Falando um pouco sobre a demanda, sobre o que os empresários e as pessoas estão precisando do ponto de vista de crédito: nós temos poupança interna, dependemos muito pouco de captações no exterior, pois temos mercado dentro do Brasil para financiar essas operações. Nós temos os empresários e as pessoas querendo investir, temos bons projetos e um mercado que funciona. Nós, recentemente, na XP colocamos papel com prazo de 18 anos de vida média. Isso era impensável há dez anos. Esta semana tivemos a comemoração dos 30 anos do Plano Real. Há 40 anos, isso era mais impensável ainda. Estou querendo dizer que as coisas funcionam. Nós temos a mania de achar que é tudo muito ruim, mas está funcionando.

Sobre a situação de mercado: no fundo, o apetite dos financiadores oscila em função do que está acontecendo com os preços de tela. Eu trouxe aqui um número que, para mim, é bastante esclarecedor. É um número do Focus, que é aquela pesquisa feita junto aos agentes financeiros, como corretoras, bancos, empresas de gestão de recursos etc. Em dezembro de 2022, a projeção para o déficit primário deste ano, de 2024, era um déficit de 1%. A projeção, agora, em junho de 2024, é de menos 0,70%, ou seja, um déficit de 0,70%. Nós melhoramos 30 pontos base de lá para cá. Em relação à dívida PIB, que é a sustentabilidade da evolução da dívida, melhorou três pontos percentuais. Para 2028, em dezembro de 2022, nós achávamos que a dívida estaria em 88% e, agora, achamos que está em 85%. Então, toda essa gritaria fiscal que estamos enxergando não está materializada nos números que são feitos e compilados pelo próprio mercado. Eu só queria chamar a atenção de todos nós, a discussão fiscal está bastante quente, mas os próprios agentes financeiros veem um quadro melhor hoje do que viam dois anos atrás, na época da eleição. O mercado não é um grupo de pessoas que está lá e decidem o que vão fazer. O mercado é a consequência. No nosso caso, o que temos de fundamento é superpositivo. O que está acontecendo? A balança está mostrando um peso elevado, por erros de comunicação, por problemas de comunicação nossos. Nós, que eu falo, pois me incluo, como agente do sistema, obviamente, e as autoridades, o Executivo, o Banco Central, enfim, todo mundo. Nós temos que fazer um trabalho melhor de coordenação e de comunicação para que não fiquemos impondo obstáculos que não existem. O potencial é enorme, o mercado está aí, as pessoas têm apetite para financiar e não conseguimos fazer por causa dessa questão dos ruídos de curto

prazo. O ruído tem uma característica muito perversa, e vou insistir em um ponto em relação às condições de mercado, pois ele tira o apetite de risco, faz com que os *spreads*, que é a diferença entre os agentes que tomam e emprestam dinheiro, se elevem e os prazos se encurtem. Isso, quem vai sofrer, não são as grandes empresas, são o pequeno e o médio empresários, que têm acesso limitado ao crédito. Além disso, a curva de juros inclina, a diferença entre o juro de curto prazo e de longo prazo inclina. Isso afeta o aposentado, que toma consignado, o indivíduo que toma financiamento de veículo, que é a taxa pré-fixada, os prêmios que o Tesouro tem que pagar, ou seja, toda essa confusão e esse ruído que nós temos hoje têm um efeito muito grande na economia real, e é isso que temos que trabalhar. De novo, quando eu olho os fundamentos, o país está melhor hoje do que estava, e nós ficamos aqui achando que tem um problema maior do que na verdade tem.

Por que eu fiz essa ligação com as condições de mercado? Eu me lembro de conversar com o presidente Mercadante no começo da administração dele e ele disse que o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) ia atuar como um *Exim bank* para apoiar as exportações, setores estratégicos, o setor de infraestrutura, e para que isso aconteça de forma mais efetiva e que o BNDES tenha mais recursos – ou seja, tenha que usar menos recursos que estão disponíveis no mercado – essa equação de comunicação precisa ser melhor. Se nos comunicarmos melhor enquanto sociedade, zerar esses ruídos e olhar só o fundamento – eu sei que é utópico, mas pelo menos diminuir os ruídos –, o trabalho do BNDES fica muito mais fácil. O que ele tem de balanço vai ser suficiente para ser um *Exim bank* cada vez mais atuante, conseguir realmente equalizar taxas e fazer com que os projetos tenham uma taxa interna de retorno mais adequada para atrair investidores... Enfim, tem muita coisa para ser feita se simplesmente aprendermos a nos comunicar melhor.

Por fim, o que é um mercado eficiente, um mercado que funciona, que financia o desenvolvimento? Volume, prazos e adequação. Isso é uma coisa que não falamos no sistema financeiro e é que é importante que seja falado. Não adianta eu pegar o pequeno ou o médio empreendedor e emprestar um dinheiro para ele a 20% ao ano, porque a chance dele se viabilizar com esse tipo de recurso de curto prazo, de um ano ou de seis meses, nessa taxa, é zero. Eu vou criar um problema para esse empreendedor, porque não vai ter saúde financeira para poder pagar essa taxa. Então, precisamos melhorar a qualidade de crédito através de reformas micro, como o cadastro positivo, o próprio *Open Finance*, que estamos colocando em prática através do Banco Central que vai dar muito mais transparência na situação financeira, não só das pessoas jurídicas, mas das pessoas físicas também, e, por isso, teremos mais assertividade no crédito. Tem um sistema no Banco Central chamado Sistema de Informações de Créditos (SCR) que também nos dá bastante transparência. Quanto mais

dados nós tivermos, melhor vai ser a nossa concessão de crédito, mais adequada vai ser a operação e, portanto, mais sucesso terão os empreendedores, as pessoas físicas ao consumirem o crédito.

Qual eu acho que é o caminho? Eu falei nas reformas micro, no *Open Finance*, na estabilidade, talvez em uma melhor coordenação. Aqui, é fácil falar porque eu nunca trabalhei em Brasília, então, tenho uma visão meio ingênua. As coisas vistas de São Paulo, do Rio, às vezes são mais fáceis, mas eu acho que, com um pouquinho de coordenação, vamos conseguir mexer o ponteiro e fazer com que o mercado de financiamento funcione melhor. Eu acho que nós temos uma tradição muito boa de respeito a contratos, de fazer com que as coisas funcionem, mas, talvez, diminuir também um pouquinho o ruído em algumas questões jurídicas ajudaria, principalmente, a atrair recursos do exterior, que são os recursos de mais longo prazo. Lembrando que os grandes fundos de pensão no mundo têm um desafio, hoje, de alongamento de suas carteiras por causa do envelhecimento tardio das populações, que é imenso, logo eles precisam de projetos de muito longo prazo. Então, essa questão da estabilidade jurídica acaba sendo muito importante.

Eu termino deixando uma mensagem positiva. Eu enxergo uma montanha de projetos e de oportunidades para todos nós e faço um pedido: que nós nos coordenemos melhor, nos comuniquemos melhor, porque os resultados aparecerão no curtíssimo prazo. Tem muita coisa boa acontecendo no país, tem muita oportunidade, e nós ficamos nos autoflagelando com coisas muito pequenas.

Aloizio Mercadante



Presidente do
Banco Nacional de
Desenvolvimento
Econômico e Social
do Brasil.

Eu acho que nós estamos vivendo grandes mudanças. Há uma reorganização geopolítica global. Uma tensão crescente em várias áreas do planeta. Algumas guerras e há um desacoplamento do Ocidente em relação à China. Os Estados Unidos (EUA) estão fazendo um Plano Marshall ao revés. Eles estão disputando trazer de volta a base industrial para os Estados Unidos, utilizando subsídios como nunca usaram na História e protecionismo como nunca usaram nas últimas décadas. Isso está permitido reindustrializar, mas está prejudicando o comércio internacional e o Sul global. A União Europeia não é diferente. O protecionismo é crescente e só o fundo Próxima Geração UE é de mais de 800 bilhões de euros de subsídios. Nos EUA, são 690 bilhões de dólares de subsídio não reembolsável para a indústria. Só na área de microprocessadores, duas fábricas tiveram investimentos da ordem de 11,4 bilhões de dólares. É esse o mundo em que nós estamos vivendo.

O comércio internacional, pela primeira vez, está crescendo abaixo do Produto Interno Bruto (PIB) mundial. É uma mudança significativa. O comércio Sul-Sul cresce mais que o comércio entre o Norte. Então, nós precisamos explorar mais,

e o presidente Lula é um grande instrumento para isso, para chegarmos aos mercados da América Latina, da África e da Ásia. Nós precisamos ter consciência de que temos que utilizar novos instrumentos se quisermos reindustrializar o país e sobreviver neste mundo cada vez mais competitivo, ao qual a política industrial voltou. Não sou eu que estou dizendo isso, é o Fundo Monetário Internacional (FMI), que fez um estudo, em janeiro de 2024, dizendo que, das mais de 2 mil medidas de política industrial, 73% foram da China, dos Estados Unidos e da União Europeia, que tem dois terços da indústria mundial. É isso que está acontecendo. Então, nós precisamos estar prontos.

Quais são as vantagens competitivas do Brasil? A primeira é que nós somos uma zona de paz. Temos 150 anos sem guerra e somos um dos 15 países que têm relação com todos os outros. Nós podemos estar em qualquer lugar do planeta e os nossos produtos podem chegar, nós temos que continuar com a diplomacia de paz nesse mundo em que os tambores de guerra estão batendo. Segundo, nós somos um país fundamental para enfrentar os extremos climáticos que estão se acentuando. Os oceanos e a terra estão se aquecendo em uma velocidade muito superior ao que era a previsão e ao que era o compromisso da Conferência de Biodiversidade da ONU (COP 15). Foram 416 cidades no Rio Grande do Sul fortemente atingidas, 95 em estado de calamidade, mas nós estamos com uma seca no Norte que fez o rio Madeira abaixar muitos metros. Nós estamos com incêndio no Pantanal que não vemos há muitas décadas. Isso para falar só do Brasil. A seca está batendo, inclusive, na Península Ibérica, de forma muito forte, além de incêndios em florestas. Esse é o mundo que está chegando. Mais desastres naturais, mais frequentes e mais intensos. Só no Rio Grande do Sul, nós estamos com uma linha de 20 bilhões de reais. Imagina suspender o pagamento de todos os créditos por um ano, que o BNDES está fazendo, para enfrentar os extremos climáticos. Para esses desafios, o Brasil precisa de banco público. São 583 bancos públicos no mundo em 155 países, com ativos de 23 trilhões de dólares, e eles respondem por 10% do investimento. Só a China tem cinco gigantes bancos públicos financiando e há 40 anos é o país que mais cresce na economia mundial. Então, nós precisamos de banco público. Na hora que ocorre um evento como o que ocorreu no Rio Grande do Sul, quem chega para socorrer são os bancos públicos. É a primeira linha no enfrentamento. É evidente que os bancos privados vão

vir e essa linha de crédito será trabalhada em parceria. Eles são fundamentais, mas é o banco público que tem um papel, especialmente na transição climática, porque é a primeira vez na História que a nova matriz energética é mais cara do que a anterior. Se não tiver Estado, não avança. Se não avançar, a vida na Terra vai ficar cada vez mais difícil. Então, nós temos um desafio histórico.

Precisa mudar a relação Estado-economia, Estado-setor privado, Estado-mercado. Vamos parar de ficar atacando o Estado. O Estado é parceiro. O Estado é essencial e ele não tem que fazer o que o setor privado pode fazer. Ele tem que ajudar o setor privado a fazer e fazemos melhor juntos, especialmente com esse protecionismo, esses subsídios, essa economia que está se desenhando no futuro. O Brasil tem uma oportunidade histórica. Por quê? Nós somos o terceiro maior produtor de alimentos e o segundo maior exportador. Somos o primeiro em carne bovina, o segundo em frango, o terceiro em carne suína. Nós somos o primeiro em açúcar, laranja, café e soja. Então, o Brasil dá segurança ao planeta para comer, porque os extremos climáticos estão ameaçando a produção agrícola em toda parte. Essa é uma vantagem extraordinária. Nós somos líderes na transição energética. O BNDES é o banco no mundo que mais financiou energia renovável na História, segundo a Bloomberg. A nossa matriz elétrica é 89,2% limpa e a nossa matriz total energética é 49%. A média da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é 14%. Nós estamos na frente para atrair investimento da economia verde, com os produtos que vão ter mais competitividade e que vão ser mais relevantes. Para isso, nós temos alguns instrumentos. No caso do BNDES, para o Fundo Clima a Fazenda captou 2 bilhões de dólares, e nós temos 10,4 bilhões de reais para financiar a transição climática. Nós temos a Taxa Referencial (TR) na inovação com o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), porque a inovação é risco. O setor privado não vai financiar projetos de alto risco. O setor público tem que entrar com subsídios se nós quisermos competir com Estados Unidos, Europa e China. Hoje, eu espero que seja aprovada a Letra de Crédito de Desenvolvimento (LCD), que já foi votada na Câmara. Nós temos a Letra de Crédito imobiliário (LCI) para o setor imobiliário, a Letra de Crédito do Agronegócio (LCA) para a agricultura, que são títulos, temos o debênture para a infraestrutura, e não temos título para a indústria. O que nós estamos pedindo? Isenção de Imposto de Renda de pessoa física e Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Nós vamos reduzir em 100 *basis points* todas as linhas de crédito para a indústria brasileira. Vamos aumentar as condições de financiamento, que é o setor que precisa crescer, porque a indústria gera emprego qualificado, inovação e tecnologia. A indústria tem que ter muito mais peso no PIB do que tem hoje. Nós temos o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust) e o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (Funtel) e estamos levando 5G para todo o país, para as periferias, favelas e escolas públicas, que são a nossa prioridade nesse momento. Temos o programa nacional de Mobilidade Verde e Inovação (Mo-

ver) para a indústria automotiva, e tem que taxar a importação de carro elétrico, como a Europa está taxando, que vai aumentar para 38%, e os Estados Unidos estão taxando com 25%, e já estão falando em taxar em 100%. Por quê? Porque nós temos que recuperar a nossa indústria automotiva. São 130 bilhões de reais que foram anunciados de investimento, e o BNDES agora tem o Mover e esse tributo nos ajuda a financiar o setor e dar condições de se desenvolver.

Qual é o futuro do Brasil? Nós somos o maior consumidor de biocombustível do planeta, de etanol, e somos o segundo produtor. Temos agora o biocombustível verde, o biocombustível do milho, e o subproduto é o boi confinado, que vai aumentar a produtividade da pecuária e diminuir o desmatamento. Nós temos que ter um carro híbrido - elétrico e com etanol -, que nós não precisamos criar uma rede de plug-in, pois a rede de postos está pronta. Em 50 anos de história da nossa economia, nós somos o único país em que 90% da frota é *flex*, 60% é consumo de etanol e 14% é de biodiesel. Nós vamos sair da frente dos outros países e vamos dar uma lição ao mundo. Agora, vamos desenvolver a nossa tecnologia, é isso que o BNDES está financiando, com todas as empresas que estão investindo. Queremos um carro híbrido (elétrico e etanol) para ir de São Paulo a Salvador sem parar no posto. É o dobro da autonomia e é muito mais eficiente para descarbonizar a economia. Nós queremos ônibus elétricos. O Brasil produziu 52% dos ônibus que andam na América Latina e temos 117 mil ônibus. Somos o segundo país em que a população mais anda de ônibus. Se nós não desenvolvermos ônibus elétricos, vamos perder esse mercado e vamos deixar de gerar emprego em um setor que tem muito emprego qualificado.

O desemprego, hoje, é o menor dos últimos 10 anos, é 7,4%. Nós geramos 1.750.000 empregos ao longo dos últimos 12 meses. A renda média está crescendo a 6,1%, que é um ritmo chinês. O consumo das famílias está crescendo 1,5% nesses últimos quatro meses do ano. O PIB cresceu 0,8% no trimestre, surpreendeu no ano passado e vai surpreender este ano. Nós vamos crescer mais que o Fundo Monetário Internacional (FMI) projeta, que é 2,5%. Vamos crescer em torno de 3%. O investimento está voltando, cresceu 4,1% no trimestre, que é o fator determinante para o desenvolvimento. Nisso tudo, o BNDES está na linha de frente. Nós aumentamos 90% as aprovações de crédito nesse trimestre. A nossa inadimplência é 0,0001%. O nosso Índice de Basiléia está em 30%, portanto, é um banco muito seguro. A inadimplência é praticamente residual, que está aumentando fortemente a aprovação de crédito, e o Tribunal de Contas da União (TCU) foi fundamental para isso, pois deu segurança jurídica. Então, podem se preparar que o mercado vai se surpreender de novo. O resultado desse final de ano vai ser mais crescimento, mais distribuição de renda, mais desenvolvimento e mais estabilidade.

MESA VIII

08

MODERADOR - FERNANDO MARCATO¹

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, GLOBALIZAÇÃO E INOVAÇÃO

¹ Professor da FGV Direito SP.

Fernando Marcato



Professor da FGV
Direito SP.

Esse painel é bastante desafiador porque traz os desafios da nossa civilização contemporânea, sobre como ter desenvolvimento sustentável em um mundo globalizado ou não globalizado – hoje, tem até uma reação a esse processo de globalização – e, naturalmente, em um ambiente inovador. Ou seja, é um tema bastante amplo. Para debater esse tema e enfrentá-lo sob várias perspectivas, nós temos também uma amplitude muito grande de perfis e profissionais. Temos aqui o desafio de tratar todos esses temas, mas vai ser um desafio muito prazeroso e muito enriquecedor.

Sandoval Feitosa



**Diretor-Geral
da Agência Nacional
de Energia Elétrica.**

O tema deste painel está muito em voga nas sociedades modernas, que é a sustentabilidade. A geração de energia elétrica tem passado por momentos disruptivos. Nós tivemos a forma de geração de energia elétrica muito sensivelmente alterada nos últimos anos. O Brasil tinha uma matriz de geração de energia elétrica chamada matriz hidrotérmica, na qual, basicamente, nós tínhamos hidroelétricas e termoelétricas, responsáveis pelo balanço e fornecimento de energia elétrica. Com o passar do tempo, as tecnologias avançaram bastante, e passou a ser viável produzir energia elétrica a partir das fontes eólicas, solares, mas podemos falar também de biogás e outras tecnologias também bastante modernas. Graças a políticas de incentivos feitas há mais de 27 anos, desde o apagão de 2001, nós sentimos que o Brasil tinha que ter um sistema de fornecimento e transmissão de energia elétrica mais adaptável às mudanças climáticas. Nós tivemos um racionamento de energia elétrica em 2001, fruto da questão da precipitação, choveu menos naquele ano, e também devido há uma menor interconectividade do país. Hoje, o Brasil diversificou bastante e 15% da geração de energia elétrica no Brasil é de fonte eólica. Quando nós somamos a geração distribuída com a gera-

ção centralizada, solar, nós já estamos em algo de 15% a 18%, e a hidrelétrica, em torno de 65%, mas reduzindo bastante. Na próxima década, talvez 55% seja a energia elétrica produzida a partir das fontes hidráulicas.

Isso ocorre devido a muitos fatores. Primeiro, o princípio constitucional do uso múltiplo da água. Cada vez mais, a Agência Nacional de Águas (ANA) tem a missão constitucional, legal, de equilibrar o uso da água para atividades pesqueiras, navegação, irrigação e outros usos que são necessários para compartilhar o uso da água. Dessa forma, como o Brasil precisa crescer e continuará crescendo, nós temos que produzir energia elétrica de outras fontes. Hoje, as fontes renováveis têm sido cada vez mais competitivas. Elas ainda contam com pesados subsídios transversos na conta de energia elétrica, ou seja, nós, no Brasil, pagamos na nossa conta de energia elétrica um valor maior, hoje 13%, para que as fontes renováveis sejam desenvolvidas. Na minha opinião, não deveríamos ter mais tantos incentivos, porque isso eleva o preço da eletricidade e, principalmente, onera a população mais carente. A eletricidade é um fator de desenvolvimento das sociedades modernas, e o Brasil, em que pese a sua abrangência, tem 99,8% da população com eletricidade na porta da sua casa. Isso é um dos maiores índices de eletrificação do mundo.

Temos também um outro ponto, que é das mudanças nos contratos de distribuição. No Brasil, o governo irá renovar 60% de toda a matriz, de todos os contratos de distribuição nos próximos anos. Isso é muito representativo, razão pela qual o Ministério de Minas e Energia, acatando as recomendações da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), colocou metas muito agressivas para a digitalização e modernização do serviço. Vejam que, hoje, no Brasil, nós podemos fazer a portabilidade do nosso plano de celulares, de acordo com a nossa conveniência, de acordo com o nosso uso pessoal. A sociedade mudou muito ao longo dos anos. Poucos de nós possuem, por exemplo, empregada doméstica em casa. Há toda uma cultura que mudou, e se continua ainda pagando uma tarifa única ao longo de todo o dia. Realidade totalmente diferente, por exemplo, aqui da Europa. Na Europa, pode-se setar a sua conta de energia elétrica de acordo com a sua conveniência. Por exemplo, passa-se uma semana fora e apenas está em casa no fim de semana. Pode-se colocar tarifas mais baratas

ao longo do fim de semana, ou, ao contrário, mais baratas durante a semana que se não usa, e concentrar no final de semana, que, normalmente, a tarifa é mais barata.

A geração e transmissão de eletricidade estão intimamente relacionadas com a sustentabilidade. O Brasil tem 190 mil quilômetros de linhas de transmissão. As linhas de transmissão no Brasil são superiores a todo o sistema elétrico da Europa. Isso é fundamental, e traz a competitividade do Brasil para ser uma potência na transição energética, ou seja, um país interconectado e fontes renováveis em abundância.

Veronica Sánchez da Cruz Rios



Diretora-Presidente da
Agência Nacional de Águas
e Saneamento Básico.

Eu, geralmente, falo de saneamento básico, mas, hoje, em função do tema, optei por falar um pouco mais de gestão de recursos hídricos, que é a competência original da Agência Nacional de Águas (ANA). Quando a Agência foi criada, no ano de 2000, tinha o objetivo de regular os diversos usos da água, pela água ser um elemento totalmente transversal. A água serve não só para a geração de energia hidrelétrica – e nós temos uma matriz energética renovável –, mas também para navegação. Então, todas outorgas para navegação nas hidrovias, naqueles rios de domínio da União, são concedidas pela ANA para múltiplos usos: abastecimento humano das cidades, uso industrial, irrigação – que é o uso mais demandante. Então, atuamos de forma transversal.

A grande percepção, e eu acho que é o tema do momento em função da situação no estado do Rio Grande do Sul, é exatamente como nos adaptamos às mudanças climáticas, que vêm sendo constatadas por inúmeros estudos, pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças do Clima (IPCC), que aponta uma série de cenários de alterações na temperatura do globo, e como isso afeta a segurança hídrica, porque afeta diretamente a todos nós. Às vezes, no dia a dia, as mudanças não são tão

perceptíveis, e só se tornam mais latentes, ou seja, mais palpáveis, quando acontece um evento extremo, como aconteceu no estado do Rio Grande do Sul, no início deste ano.

O grande desafio é como vamos lidar com os quatro cenários que estão colocados de mudanças do clima e de aumento da temperatura global e como isso afeta a disponibilidade hídrica. Por quê? Aumenta-se a temperatura, eleva-se a evapotranspiração da água. Isso diminui o volume de água disponível para os diversos usos, para irrigação, geração de energia, produção de alimentos, indústria etc. Nós temos uma perspectiva em um estudo – publicado pela ANA no começo deste ano, sobre os efeitos das mudanças do clima na segurança hídrica – que mostra uma expectativa de aumento da demanda pelo consumo de água em torno de 40% até 2040, e uma redução da disponibilidade hídrica pelo aumento da temperatura global e a disponibilidade de água potável, e entra toda a questão de saneamento como um dos elementos essenciais da atuação da Agência. Então, nós preveremos mudanças nos dois lados, na oferta da disponibilidade hídrica, ou seja, na oferta de água, e no aumento da demanda pelo crescimento populacional e pelo aumento da demanda para os diversos usos, como irrigação, indústria, geração de energia, navegação.

Como vamos enfrentar isso? Nós olhamos as duas variáveis. A vulnerabilidade, ou seja, o local, aquela cidade, por exemplo, que está localizada naquele território e que tem acesso ou não àquele recurso, de forma abundante ou escassa, e a capacidade de resiliência. O que é resiliência? É a capacidade de aquele local, aquela população se adaptarem a essa mudança. Eu convido todos a olharem o estudo que está no site da ANA, porque ele aponta cenários que são desafiadores. Quais são os principais apontamentos, de forma muito resumida? Nós olhamos três cenários, 2040, 2070 e 2100. São três cenários temporais e quatro projeções de variações da temperatura global. Quais são as constatações para todos os cenários? Maiores secas nas regiões Norte e Nordeste do país. Este ano, já estamos recebendo constatações dos governadores. Por exemplo, o governador Wilson Lima, do estado do Amazonas, já declarou situação de escassez hídrica no estado do Amazonas, em função da seca do rio Solimões. Nós preveremos mais secas nas regiões Norte e Nordeste do país e eventos mais extremos e mais condensados ao longo do tempo nas regiões Sudeste e Sul. O estudo que publicamos em janeiro, infelizmente, traz uma confirmação do evento que aconteceu no Rio Grande do Sul.

Nós percebemos um evento muito extremo, ou seja, a última constatação de cheia muito severa que tínhamos no Rio Grande do Sul era do ano de 1941, em que o nível do rio Guaíba tinha chegado a 4,76 metros. Este ano, chegamos a 5,35 metros, ou seja, uma lâmina d'água de mais de 70 centímetros acima da pior cheia. Era um evento no Alto Taquari, ou seja, nos rios que desembocam ali no Guaíba, pois são três grandes bacias hidrográficas. A enxurrada passou com uma velocidade enorme, destruindo tudo, levando casas e cidades inteiras. Levou, inclusive, a cabeceira de uma usina hidrelétrica, a 14 de julho, e quando olhamos as fotos, é um volume de concreto gigantesco que foi levado pela força da água, e essa água toda desemboca no Guaíba e depois na Lagoa dos Patos. A Lagoa do Guaíba se comporta como um reservatório hidrelétrico, então ela foi absorvendo aquela quantidade de água, aumentando o nível de forma gradativa, e chegou a 5,35 metros, e demoramos um mês e quase dez dias para que o nível começasse a reduzir. Enquanto isso, a cidade toda estava debaixo d'água. Como se lida com o lixo? Como se lida com a incidência de doenças? Como se lida com o retorno das pessoas às suas moradias, para aquelas que ainda tinham as suas moradias, ou daqueles que ficaram desabrigados, sem existência de moradias? Então, isso que chamamos de capacidade de resiliência. Como as cidades localizadas naquele local, no caso Porto Alegre, que é onde desembocam três grandes rios, três grandes bacias hidrográficas, qual a capacidade de elas serem resilientes a esses eventos que se tornarão mais extremos? Nós não sabemos se o próximo evento vai demorar 70 anos para acontecer, como o último que tivemos, na década de 1941, ou se vai acontecer ano que vem. Rio Grande do Sul tinha tido dois eventos de cheias, em setembro de 2023 e em novembro de 2023, e a pior foi em abril desse ano. Como lidamos de forma a tornar essa cidade resiliente a esses eventos cada vez mais extremos? Esse é um dos pontos dos cenários que são trazidos pelos estudos, e essa capacidade de adaptar as infraestruturas e as cidades para serem capazes de lidar com esses eventos é o grande desafio. Lembrando que grande parte dos eventos extremos, se não quase todos, estão ligados à água - ou pelo excesso de água, como foi o caso do Rio Grande do Sul, ou pela falta de água, como é a situação do Pantanal, no Mato Grosso e no Mato Grosso do Sul, que afeta também uma parte do estado de Goiás, em que o período chuvoso já terminou e choveu menos do que o pior nível histórico marcado na região do Pantanal. Parou de chover antes do que deveria ter parado, então a seca vai ser mais prolongada, o que gera queimadas pela indisponibilidade hídrica e não temos perspectiva de chuva. Nós achávamos que o pior momento da crise do Pantanal este ano seria em agosto ou setembro. Estamos em junho com o maior marco de incidência de focos de incêndio. Este ano já temos mais de 3 mil focos de incêndio, o último pior era mais de 2 mil focos de incêndio. Nós estamos com 50% a mais de focos de incêndio no Pantanal do que o pior nível que tínhamos registrado.

O que isso mostra? A constatação, de forma muito drástica, muito severa, dessas mudanças extremas que estão afetando a vida de todos nós de forma cada vez mais con-

tudente, mais agressiva, e o desafio é a capacidade de adaptação. Uma das coisas que a ANA tem feito junto com a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) é, por exemplo, quando tivemos a crise hidroenergética no ano de 2021, em que precisávamos gerar energia e os reservatórios hidrelétricos estavam relativamente vazios, a agência declarou o reenchimento dos reservatórios por meio de um plano de contingência. No período úmido de dezembro de 2021 a janeiro de 2022, nós, junto com o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), optamos por fazer a promoção do reenchimento dos reservatórios exatamente para enfrentar os próximos períodos secos do ano. De 2022 para 2023 fizemos novamente porque os reservatórios hidrelétricos são as grandes baterias de geração de energia do sistema e servem também para os outros usos, para navegação, abastecimento humano, pesca etc. Essa medida de reenchimento dos reservatórios foi uma contingência em função da situação dos reservatórios do setor e provavelmente auxiliou no sentido de trazer modicidade tarifária para o setor e a garantia da disponibilidade hídrica para os outros setores também.

Por último, gostaria de deixar uma mensagem que é muito importante no que se refere à sustentabilidade dos investimentos em drenagem urbana. Por quê? A drenagem é um dos componentes do saneamento básico que geralmente é negligenciado porque ele não tem uma estruturação de sustentabilidade econômico-financeira para que esses investimentos aconteçam. Mais recentemente, a ANA tem promovido estudos para buscar tanto formatos jurídicos, como econômicos e financeiros, para garantir a sustentabilidade dos investimentos em drenagem, para que possamos ter infraestruturas de drenagem não só capazes de abarcar o fluxo de água das cidades nos períodos de seca, mas que sejam sustentáveis do ponto de vista da sua operação e manutenção, para que não aconteça o que aconteceu no estado do Rio Grande do Sul, que tinha uma infraestrutura da década de 1970 de mais de 68 quilômetros de um sistema de contenção de cheias com 18 comportas e diques para a contenção da chuva, só que estava sem a manutenção e a operação adequadas. O sistema, ao invés de proteger a cidade da enchente, auxiliou no enchimento da cidade com as águas, porque as bombas, ao invés de tirarem a água da cidade, colocaram a água para dentro. Isso não pode acontecer. Para isso, nós precisamos ter uma infraestrutura que funcione, que opere adequadamente, que tenha os recursos adequados para funcionar.

Os estados têm que prever metas de redução de perdas de água na distribuição de água, e isso é uma das medidas de adaptação, de resiliência. Quanto menos perdas tivermos, mais utilidade e eficiência se dá para aquele insumo, que, hoje, vemos como estratégico, como essencial para qualquer atividade humana.

Ingo Wolfgang Sarlet



Professor da Pontifícia
Universidade Católica
do Rio Grande do Sul.

Há um marco normativo que regula diversas questões em sentido amplo, um macro marco normativo, e há, evidentemente, os marcos setoriais. Eu vou ficar no marco um pouco mais amplo, mas que implica e tem imposto um diálogo obrigatório com esses marcos setoriais, porque, afinal de contas, todos gravitam em torno desse marco normativo mais genérico. Essa questão ambiental, climática, e com todos os seus eventos e diferentes setores conexos, como o energético, o saneamento, as energias renováveis etc., demanda uma agenda cada vez mais transversal e ubíqua. Se falávamos, já há algum tempo, do *ubiquitous computing*, da transformação digital como sendo algo fatalmente onipresente, a agenda ambiental, climática e da sustentabilidade, hoje, é tão onipresente quanto e até conectada com esse meio da digitalização e da tecnologia.

A primeira premissa é que o contexto político, jurídico, cultural, econômico e social, implica, necessariamente, em uma perspectiva multinível que, evidentemente, tem diversas dimensões. Existe o chamado constitucionalismo multinível, que é algo muito próprio da Europa, do projeto europeu, mas nós também nos situamos nesse contexto porque os

danos ambientais e as mudanças climáticas não têm fronteiras, assim como a digitalização. Por isso, são problemas que são sempre entre locais, regionais, internacionais e globais. Quando falo multinível, eu me refiro aqui às diversas camadas regulatórias que precisam, evidentemente, dialogar entre si. Há uma pluralidade de fontes, seja de direito internacional, direitos humanos, direito ambiental etc. Também envolve tanto o *hard law* quanto o *soft law*, a normatividade característica de diversas agências e organismos internacionais, não somente governamentais, a interação Estado e sociedade, o pacto federativo em nível interno, a Constituição, mas todas são camadas que precisam, necessariamente, dialogar entre si. Portanto, também temos um problema de articulação dessas fontes, desses esquemas normativos.

A pauta que eu vou focar é a do direito fundamental e humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especialmente, a sua dimensão climática. No plano constitucional, Brasil e Portugal são dois países que foram os primeiros a reconhecer um direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, mas de uma forma distinta. No Brasil, esse direito passou a ser um direito forte, uma jurisprudência muito avançada do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), com muitas decisões pró-ambiente. Podemos, às vezes, discutir até onde foi a decisão, o seu alcance, que medida interveio em políticas públicas etc., mas, de todo modo, com uma agenda ambiental muito forte, do ponto de vista constitucional, e reforçada pelo STF. Em Portugal, é um direito fundamental mais fraco, porque não é submetido ao regime das liberdades e garantias, não é dotado de aplicabilidade imediata, não é cláusula pétrea, portanto, é um regime jurídico, constitucional, pelo menos, mais fraco. No sistema interamericano, desde a Opinião Consultiva 23, de 2017, temos também esse direito reconhecido, e, no plano da Organização das Nações Unidas (ONU), é da mesma forma. Me parece que, muito mais do que a liberdade de expressão – que deve continuar tendo uma posição preferencial no âmbito das liberdades fundamentais –, a proteção do ambiente, a agenda ambiental, climática e, portanto, também energética, seguramente deve ter a posição preferencial das preferenciais, porque o meio ambiente sustentável, equilibrado, é condição fática de possibilidades de qualquer outro direito fundamental, e não é para as futuras gerações, é para as nossas. Nós já estamos sentindo exatamente. Não é mais um problema que possa diferir.

Em relação a isso, uma ideia que, de fato, precisa ser sustentada, é que os princípios gerais que regem, ou que antes até regiam mais a agenda ambiental, hoje, já são princípios gerais de direito. Eles devem permear toda a ordem jurídica, todos os setores, e não só energético e ambiental. Temos o direito civil, temos o direito tributário etc. O princípio democrático segue essencial. Nós sabemos que a agenda ambiental trata do que se chama de uma cidadania profissional ativa, de um jeito muito mais forte, com participação direta da população nas decisões, na gestão, com governança ambiental. Não podemos esquecer o Estado de Direito – nem a agenda ambiental, por mais prioritária que seja, pode realmente romper com os limites mínimos das regências do Estado de Direito, assim como a proporcionalidade à própria segurança jurídica. O dever de cooperação – pois não há como fazer funcionar nenhuma agenda com uma perspectiva, seja interna, federativa ou nacional, sem cooperação efetiva. A agenda constitucional da inovação, que o Brasil também é pioneiro na constitucionalização da ciência e tecnologia e da inovação como dever constitucional, e compartilhado com a sociedade civil, empresarial, é, evidentemente, fundamental, porque também demanda prioridades. A pauta da inovação, das energias, do saneamento etc., também trabalham com prioridades e, certamente, dentro dessa posição preferencial dessa agenda ambiental climática, a inovação também deve ter isso como uma das suas pautas prioritárias, até porque a economia verde demanda constante inovação. Nós sabemos que, em relação ao direito, a inovação ocupa três lugares. Nós temos a inovação pelo direito – ou seja, o direito impulsionando a inovação, regulando-a para uma agenda positiva –, temos a inovação contra o direito e os direitos – quando a tecnologia leva a violação e riscos a direitos – e temos a inovação no direito, que é o direito tendo que criar respostas novas para esses problemas.

Eu vou encerrar com uma decisão e com uma tendência que é extremamente importante, que é a vinculação dos atores privados à agenda dos direitos humanos e direitos fundamentais. É uma agenda não nova, mas que está cada vez mais visível. Eu cito aqui três movimentos. Um é a decisão da Corte Interamericana, na qual faz parte o juiz brasileiro Rodrigo Murovitsch, que é o Estado de La Oroya *versus* Peru. Um caso recente que teve como foco a obrigação do Estado e o dever de profissão do Estado em relação às empresas e os deveres e diligência das empresas. Tivemos também a diretiva da União Europeia, de 24 de maio deste ano, sobre a diretiva da *due diligence* em sustentabilidade corporativa, que estabelece obrigações às empresas em relação aos impactos atuais e potenciais em direitos humanos e o meio ambiente em suas operações diretas e no âmbito da sua cadeia global de atividades, alcançando, portanto, também empresas brasileiras com operação nos países, desde que integrem de algum modo essa cadeia. O *Human Rights Council*, na sua 55ª sessão, de fevereiro a abril deste ano, novamente teve na sua agenda o foco da vinculação do setor econômico aos direitos humanos e a essa agenda climática. Uma das coisas que essa agenda do *Human Rights Council* prevê, são transformações sistemáticas e câmbios transformativos sistemáticos.

Isso não está na agenda. Eu coloquei que uma dessas transformações deve-se à inovação, ao investimento em infraestruturas adequadas e, evidentemente, na transversalidade dessa agenda, que deve iluminar todos os meios, inclusive das cidades resilientes, e levar a sério o próprio estatuto da cidade, que já há muito tempo embutiu a sustentabilidade como um dos seus vetores.

Maria Rita Drummond



Vice-Presidente Jurídica
da Cosan.

Eu quis trazer um exemplo prático de uma das empresas que a Cosan controla, que é a Rumo Logística, a maior malha ferroviária da América Latina. A Cosan passou a controlar a Rumo em 2015. Ela era antiga ALL, uma companhia que estava, naquela época, com vários problemas operacionais e financeiros, o que apresentou um grande desafio. Em 2015, a Cosan teve um desafio enorme, mas também muitas oportunidades. A Norte e Sul têm transformado a economia de Goiás com os terminais de São Simão e Rio Verde e, com isso, tem reduzido a pegada de carbono do estado em seis vezes, pois a ferrovia é muito mais eficiente que o caminhão. A Rumo investiu mais de 1,5 bilhão de reais em inovação.

Eu quis trazer exemplos nos quais a mudança climática tem impactado os negócios logísticos e mostrar como a inovação tem feito a diferença. Como um dos temas do painel é a globalização, a Rumo também é um ótimo exemplo porque é uma companhia que tem majoritariamente estrangeiros como investidores na bolsa. A Cosan tem 35%, aproximadamente, mas a base é majoritariamente de estrangeiros. Isso faz com que hoje a Rumo seja a única empresa brasileira no índice do Dow Jones de sustentabilidade e no índice de

sustentabilidade da B3. Existe uma pressão dos acionistas muito grande por apresentar uma redução da pegada de carbono e inovações sustentáveis. Para isso, nós formamos um comitê operacional composto por consultores estrangeiros. Nós temos consultores da ferrovia do Canadá e das ferrovias americanas que têm trazido várias inovações que são aplicadas no exterior. Então, a inovação passou a ser uma premissa do negócio.

Quando nós chegamos, e era pouco o dinheiro, tínhamos que fazer mais com menos recursos. A inovação e a inteligência artificial passaram a ser fundamentais para que nós pudéssemos acelerar e baratear o crescimento da companhia. Com isso, nós calculamos a grande renovação da companhia, inovação, inclusão, sustentabilidade e resiliência. A resiliência é a gestão eficiente dos desafios, principalmente em crises climáticas. Um case é que nós tínhamos uma ponte em São Carlos, em São Paulo, que foi levada pela chuva do ano passado. Em cooperação com as autoridades, nós conseguimos reformar a ponte em oito dias. Mas a estrutura dessa ponte e de toda a região de São Carlos era do século XIX. Não tem como resistir à quantidade de chuva e crescimento populacional nesses anos todos. Então, em cooperação com a prefeitura, nós estudamos como poderia ser alargada toda a região do córrego. Em um ano, nós fizemos esses estudos com base de inteligência artificial e grandes estudos de engenharia, e reconstruímos a ponte em paralelo à ponte antiga. O que é bem impressionante, pois o trem está sempre na hora e, para que não tivesse impacto nas atividades, foi programada a colocação da ponte em 24 horas. O nosso controlador duvidou que conseguiríamos fazer isso, e foi feito em 18 horas. Tudo isso sem um acidente, não teve um funcionário que tenha machucado o dedinho. Isso mostra como a gestão, o cuidado, a sustentabilidade são um valor grande nosso na segurança das operações e dos nossos funcionários. Isso passa não só pela questão da segurança dos nossos funcionários e da comunidade do entorno, como nós temos investido, com drones, na segurança da fauna, porque o trem passa por quase todos os municípios do Brasil, e em muitas áreas que têm uma grande fauna. Então, nós estudamos qual era, em determinados lugares, o tipo de fauna e alteramos o tamanho dos trilhos para que os animais não ficassem presos.

A inteligência artificial tem aumentado também muito a segurança da programação. Antes, uma programação de 12 horas de um trem demorava 30 minutos e era feito ma-

nualmente por uma equipe grande. Hoje, com a inteligência artificial, leva inacreditavelmente 10 segundos para planejar uma viagem de 12 horas, com muito mais segurança. Hoje, nós temos uma inteligência de logística, e mesmo no Rio Grande do Sul, onde algumas áreas que foram levadas pela chuva, nós temos conversado com as autoridades que não será possível reconstituir naquele local. Se houver uma outra chuva ou uma outra crise climática como aquela, não faria sentido reconstruir, e estamos estudando com as autoridades que outros traçados podem ser feitos para que nós possamos continuar a atender o Estado, mas de uma maneira mais inteligente, pensando no futuro. Nessa logística, nós ajudamos muito a distribuição de doações agora no Rio Grande do Sul, principalmente porque a questão do aeroporto foi muito prejudicada pelas chuvas, então ajudamos com nossos terminais e nossa malha ferroviária.

Tudo isso para colocar que a inovação, hoje, é uma peça fundamental. Ela não está apenas na operação, mas está em tudo, desde o jurídico a todas as áreas da companhia, e realmente tem valido a pena em termos financeiros e sociais e, obviamente, da sustentabilidade em geral.

Rogério de Paula Tavares



Vice-Presidente de
Relações Institucionais
da Aegea Saneamento.

Eu vou falar um pouco de desenvolvimento sustentável e saneamento. Saneamento é ESG na veia. Saneamento gera emprego e renda, traz saúde para as populações e preserva o meio ambiente. Então, o investimento em saneamento é essencial para a promoção do desenvolvimento sustentável e do desenvolvimento do Brasil.

Nós temos um desafio muito grande para fazer o país chegar a um patamar adequado. A lei promulgada em 2020 define que até 2033 e, em alguns casos mais complicados, até o início de 2040, ter-se-á que universalizar o atendimento, pelo menos em água ou esgoto. Isso está caminhando e, no caso, a Aegea é, do lado dos operadores privados, a maior. Nós, hoje, já atendemos 31 milhões de pessoas, distribuídas em 15 estados brasileiros, mais ou menos em 507 cidades. É uma operação significativa e o mais importante de tudo isso é que estamos olhando essencialmente para as pessoas. Fazer saneamento, no fim da linha, é ter pessoas trabalhando pelo bem-estar de outras pessoas. No caso desse segmento, até pelos déficits que o país experimenta, são 32 milhões de pessoas sem atendimento de água, 90 milhões sem atendimento de esgo-

tamento sanitário. Só que dessas pessoas, boa parte delas são os invisíveis, são das camadas mais vulneráveis, e com menor renda. Isso está distribuído, normalmente em periferias de grandes centros urbanos, em localidades pelo interior, nas regiões Norte e Nordeste, principalmente. É um desafio muito grande.

Nós entendemos que há condições disso ser enfrentado, notadamente, com o que a lei trouxe em 2020, que é a possibilidade de a iniciativa privada, em parceria com governos, em geral, avançar nos investimentos. Hoje, fala-se de 600 bilhões a quase 900 bilhões de reais como necessidade de investimento. Eu fico considerando mais perto de 900 bilhões, porque não é só universalizar, mas recuperar muito da infraestrutura que está instalada e que tem problemas operacionais, de manutenção etc. Para se fazer isso, realmente precisaria de 60 bilhões de reais ao ano sendo investidos. No último dado do Sistema Nacional de Informação e Saneamento Básico do Ministério das Cidades, investiram-se, em 2022, 22,4 bilhões de reais, ou seja, menos da metade desse número que, teoricamente, é necessário para chegarmos em 2033 com 99% de atendimento em água e 90% de atendimento em esgotamento sanitário. É um desafio grande e aí que a participação do setor privado é essencial para complementar os investimentos públicos e as formas são as mais diversas.

O importante é que, falando um pouco da nossa experiência, temos que nos voltar para o atendimento às populações mais pobres, que são quem não alcançam o serviço até aqui. O que precisa para chegar, levar o serviço e receber algum tipo de pagamento por essa prestação de serviço? Precisa, primeiro, oferecer uma tarifa que eles possam pagar. Então, no mínimo, precisa do que chamamos de tarifa social no setor, como foi aprovado por uma lei. No entanto, há casos, como em Manaus, onde operamos, que, além da tarifa social – que é normalmente 50% da tarifa básica – temos que cobrar uma tarifa menor do que essa. Em Manaus, instituímos para quase 30 mil famílias uma tarifa de 10 reais para água e esgoto, que é o que elas podem pagar. A tarifa social lá não chega a 30 reais, mas, para essas famílias, temos que cobrar 10 reais porque é o que eles conseguem pagar. Então, isso é um dos instrumentos para conseguir atender essas pessoas. Temos que oferecer tarifa social e emprego. No caso do Rio de Janeiro, operamos em 124 bairros, no Centro, na Zona Sul até São Conrado, na Zona Norte toda, e

em mais 26 municípios do interior, incluindo toda a Baixada Fluminense. Lá, dos 8 mil empregados da nossa concessionária, a Águas do Rio, 4 mil empregados colaboradores nossos foram contratados em comunidades, ou seja, para entrar no Rio de Janeiro e conseguir atuar em todos os lugares, nós entendemos que precisávamos nos aproximar do pessoal e ofertar empregos, que era um interesse deles, em áreas dentro da estrutura da companhia. Assim, temos 4 mil pessoas trabalhando que são moradores de comunidades. Se perguntam se é difícil atuar em áreas vulneráveis, em comunidades ou favelas em geral, é possível atuar, sim, desde que chegue a essas pessoas, e tem que, no fim da linha, oferecer o que chamamos de licença social. Temos que nos inserir naquele tecido social, ser reconhecido por eles e a melhor forma disso é ter a aproximação, visitando casa por casa, levando o serviço a quem não tem, oferecendo uma tarifa que eles possam pagar, se possível gerando emprego no local, e, mais do que isso, apoiando as crianças com a educação ambiental nas escolas, levando o máximo possível de atendimento direcionado àquelas pessoas.

Não é só fazer obra. É muito mais do que fazer obra. Saneamento vai muito além das obras específicas. É isso que nos traz o sucesso que conseguimos até aqui, é poder ir cumprindo os nossos contratos, atendendo essas pessoas, e tendo um índice de adimplência de pagamento nessas áreas, eventualmente até melhor do que em áreas de população de maior renda.

Alice Moreira Franco



Advogada.

No painel, falaram muito de ações positivas. A parte pública falando muito na questão de gerar valor compartilhado, de gerar valor sustentável. A parte privada gerando valor a todos os *stakeholders*. Mas, eu sou advogada, de contencioso e arbitragem, então, eu vivo no caos. Nós vivemos exatamente no descumprimento, no conflito. É nesse cenário que se pergunta, dentro das políticas de ESG, o que acontece se a empresa não incluir metas de sustentabilidade na sua matriz de risco. Se pergunta quem é o responsável pelo *greenwashing*, pelo *bluwashing*, ou seja, pela divulgação de compromissos exagerados ou até mesmo inexistentes, que não correspondem à realidade. Quem são as pessoas punidas se não houver efetivo monitoramento dessas metas estabelecidas?

O relatório do *Centre for Climate Change Economics and Policy* (CCCEP), de 2023, não deixa dúvida que os litígios relacionados ao ESG é uma realidade crescente e globalizada. Hoje em dia, são 2.314 conflitos em andamento em 50 países diferentes. Os Estados Unidos continuam sendo o país que mais tem conflitos, com mais de 1.590 ações em curso. Em seguida, temos a Austrália, só com 130 processos, Inglaterra, União

Europeia e o Brasil, que tem 40 processos em curso. Diante desse número, é evidente que a justiça americana, e principalmente o Tribunal de Delaware, tem relevante preponderância sobre o tema e as suas decisões repercutem globalmente. Cumpre-se salientar que, desde 2021, vem se fortalecendo o movimento, em Delaware, para que os administradores, diretores e membros do Conselho de Administração passem a ser responsabilizados se não houver efetiva análise de risco de temas de ESG, assim como se não houver um real monitoramento das metas estabelecidas. Em 2023, foram duas ações ajuizadas por acionista contra os administradores, chamando atenção à nova interpretação muito mais abrangente dos deveres desses diretores e conselheiros.

O primeiro caso para analisar é do McDonald's. A ação foi ajuizada perante o Judiciário de Delaware por um grupo de acionistas contra um ex-diretor de Recursos Humanos (RH) do McDonald's e os membros do Conselho de Administração. No caso, eles teriam permitido a criação de uma cultura conivente com assédio sexual, entre outras condutas inapropriadas, tratando assim do "S" do ESG (*Enironmental, Social and Governance*). A decisão chama atenção porque houve uma ampliação do significado do dever de monitoramento, que até então estava restrito à fiscalização de assuntos, de temas de risco críticos, apenas para a continuidade da empresa. No caso específico, a Corte ressaltou que o dever dos administradores, tem que incluir risco de *compliance* e todos aqueles riscos considerados centrais para a atividade empresarial. Na decisão, o diretor de RH foi punido, exatamente porque entende-se que há provas suficientes demonstrando a má-fé desse diretor, e porque ele teve ciência dos fatos e optou conscientemente por não fazer nada sobre o assunto. Ele foi punido por não respeitar um dos temas sociais e criar uma cultura completamente nefasta na empresa. O Conselho de Administração, por outro lado, não foi punido nesse caso, porque a Corte entendeu que não houve informação, não foi dada ciência suficiente aos fatos, aos conselheiros, e por isso eles não seriam responsáveis por esses dados. É um caso que é importante porque ele entendeu que o *compliance* passa a ser, sim, um tema crucial ao desenvolvimento da empresa, e, pela primeira vez, a Corte de Delaware pune diretores, e não apenas membros do Conselho de Administração.

Um outro caso que é também relevante é o caso da Shell, porque foi uma ação proposta contra o Conselho de Administração por não ter se preparado adequadamente para

a transição de baixo carbono, prejudicando a operação a longo prazo. No caso, uma Organização Não Governamental (ONG), a *Client Earth*, na qualidade de acionista, sustentou que os conselheiros não cumpriram seu dever legal de agir com cuidado, habilidade e diligência razoáveis para promover o sucesso da empresa. A crise climática é o maior risco de empresas e os conselheiros são cientes e obrigados a administrá-los adequadamente para não prejudicar a longo prazo o resultado da empresa. No caso específico, a alegação está evidenciada pelo fato de que não houve inclusão do tema ambiental em nenhuma das reuniões do Conselho de Administração. Isso quer dizer que eles jamais tiveram uma discussão, jamais analisaram, jamais tiveram uma análise, nunca foi exatamente analisado o risco daquela pré-operação, o risco climático para a operação em si. A ação abre um precedente muito interessante porque questiona exatamente o dever desses administradores de incluir a pauta ESG na matriz de risco e na estratégia da companhia.

O Direito brasileiro, por sua vez, não mudou. O dever dos administradores continua sendo o mesmo desde a publicação das leis da SSA, ou seja, requer a diligência, a lealdade, a ausência de conflito de interesse, e, no caso, para companhias abertas, o dever de informação. Portanto, é muito parecido com os deveres impostos pela lei americana. Cabe, então, aos administradores deliberarem e fiscalizarem de forma diligente e com lealdade dentro dos limites de seus poderes, mas, se não for feita essa análise adequadamente, eles poderão ser responsabilizados pessoalmente por prejuízos e danos a terceiros. No caso, possivelmente, os acionistas. Embora a lei não tenha mudado, ela continua sendo a mesma, obviamente, os interesses e os valores da sociedade foram alterados. Antigamente, se via que o único interesse da companhia, era lucro. Hoje em dia, não. Tem a necessidade de ter o valor sustentável. Não por uma questão simplesmente social ou de ajudar o próximo, mas porque se entende que a empresa apenas gerará lucro financeiro se ela pensar a longo prazo. Não existe longo prazo na empresa se não houver uma análise de sustentabilidade, se todos os *stakeholders* não forem considerados e se esses temas não forem devidamente colocados em uma análise de risco. Não quer dizer que necessariamente eles tenham que ser adotados. Vai depender do risco de cada empresa, de uma ponderação fática para cada empresa, mas eles precisam necessariamente ser colocados e ser ponderados. Essa é uma exigência da lealdade, do dever de diligência que se espera de qualquer administrador. Então, o princípio do ESG não é uma estratégia sensata mais. Ele é uma estratégia necessária para qualquer empresa. O que se busca é a criação de valor a longo prazo e levando em conta todos os interessados.

Diante dessa nova perspectiva, é importante que todos os administradores não negligenciem a integração desses fatores de ESG nos modelos de negócio e na análise de investimento que poderá causar a mensuração inadequada dos riscos, gerando, assim,

uma responsabilidade para cada um deles. Não se busca onerar demasiadamente esse administrador. A conduta do administrador deve ser analisada diante dos fatos e das informações que ele tem naquele momento de decisão. Não seria justo usar os resultados e as consequências que se tem ciência após o fato, em uma análise posterior daquilo que aconteceu no momento de decisão. É exatamente nesse cenário e com essas ponderações que essa responsabilidade deve ser analisada para evitar que equívocos sejam relacionados e, mais do que isso, para que não se afastem os bons administradores, que não gostam de correr esses riscos de responsabilização das grandes empresas, principalmente das empresas abertas, porque se houver qualquer discussão das empresas abertas no mercado, hoje, essa questão vai ser colocada em arbitragem. Hoje em dia se tem até arbitragem coletiva. Então, tem a possibilidade dos acionistas, de grupos, de associações entrarem com uma arbitragem, eventualmente com uma ação judicial, dependendo da empresa, contra esses administradores para garantir uma análise leal, diligente, de cada um dos seus membros.

Acho que é uma outra perspectiva, a perspectiva do não cumprimento, mas que deve ser considerada e mostra exatamente o desenvolvimento do tema, porque não há ato se não for responsabilizado. Essa responsabilização decorre exatamente do amadurecimento. Nos Estados Unidos tem esse caráter preponderante, mas acho que o Brasil, exatamente por todo o cenário, tudo que se vive hoje, pode ser que venha a trilhar esse mesmo caminho, e é preciso que todos estejam preparados para que isso não aconteça.

MESA IX

09

MODERADOR - ANTÔNIO CLÁUDIO FERREIRA NETTO¹

PARIDADE E DISPARIDADE CONTRATUAL NA ECONOMIA GLOBAL

¹ Diretor Jurídico da Globo.

Antônio Cláudio Ferreira Netto



Diretor Jurídico
da Globo.

Eu tenho certeza que os debates serão ricos e que vão nos ajudar a todos a ter uma melhor visão desse tema e destaco a percepção do desembargador Marco Aurélio, de que a questão em discussão hoje aqui – da paridade contratual – é uma questão global, e o posicionamento dele, de que existe uma terceira natureza de contrato que não se encaixa nesse binômio de contratos paritários e contratos sob relação de consumo.

Como disse o José Roberto Castro Neves, se o direito é um fenômeno histórico e depende da situação social, e se há uma nuance enorme entre esse binômio de contratos paritários e contratos que merecem essa atenção especial do Estado pela disparidade entre as partes, como buscar algum critério com alguma objetividade para fazer a distinção entre um e outro e decidir quando o Estado deve intervir de forma mais assertiva para contrabalançar a eventual disparidade?

Marco Aurélio Bezerra de Melo



Desembargador do
Tribunal de Justiça do
Estado do Rio de Janeiro.

Eu fiquei analisando o tema, porque, sobre contratos paritários e não paritários na economia global, nós podemos partir de várias premissas e, quando partimos de algumas premissas, chegamos a pontos vinculados a elas. Eu vou começar falando de uma experiência que eu tive no Tribunal do Rio de Janeiro, que nós sediamos o J20. Os 20 países que são do G20 estiveram com os seus presidentes de Suprema Corte para falar sobre tecnologia, Direito e inteligência artificial. O que mais me chamou atenção naquele evento foi a coincidência de problemas dos países, como Canadá, África do Sul, Arábia Saudita, Estados Unidos, dentro desse mundo globalizado. Se é assim, se no diálogo entre a tecnologia e o Direito – os desafios da inteligência artificial generativa, por exemplo – está colocando a todos em uma situação de perplexidade, para dizer o mínimo, por que não será no contrato?

O contrato retrata exatamente a economia de um país. Eu ainda utilizo um conceito de contrato da década de 70, que me parece completamente atual. O professor italiano Enzo Roppo diz que o contrato é a vestimenta de uma operação econômica, é a roupagem jurídica

de uma operação econômica. Essa operação econômica pode ser entre pares – paridade vem do latim *paritas*, par – ou entre ímpares, pessoas com desigualdade. Isso vai se refletir na forma como os operadores do Direito, sobretudo os magistrados e os árbitros, vão enfrentar as cláusulas contratuais ali postas. Isso em contratos internacionais e nos contratos nacionais.

Tem uma frase que me acompanha há muito tempo, de um educador e filósofo francês franciscano que foi deputado, chamado Henri Dominique Lacordaire, em que ele diz: “Entre os fortes e os fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”. Então, nós assistimos a um movimento muito intenso, na idade contemporânea, de resposta àquilo que não foi entregue pela Revolução Francesa, de uma igualdade substancial, fraternidade, traduzida na nossa Constituição como solidarismo social, e passou a exigir o comprometimento maior dos atores do Direito para estabilizar, para equilibrar a operação econômica na roupagem ao qual denominamos há mais de 3 mil anos de contrato. Esse intervencionismo vem do Legislativo, com a Defesa do Consumidor, Lei do Plano de Saúde. Vem do Judiciário, com as revisões contratuais. A pandemia exigiu uma atuação intensa dos advogados e dos magistrados para reequilibrar operações econômicas, por exemplo: se uma loja de shopping que ficou fechada, como vai pagar o aluguel? Aquele bem se deteriorou completamente pela determinação estatal de fechamento do shopping. Esse absentismo passa a ser ilusório, passa a ser uma quimera, porque quando há uma crise econômica grave, imediatamente os advogados e os magistrados são chamados a tentar, de alguma forma, harmonizar os interesses que estão em conflito. A pandemia demonstrou isso.

Foi muito interessante observar a Lei da Liberdade Econômica, de 2019, que prega o afastamento do Judiciário das relações contratuais. A Argentina aprovou, em 2014, seu Código Civil, e, no artigo 960, diz que o juiz não deve intervir nas relações contratuais, salvo se determinado por lei ou para fazer cumprir normas de ordem pública. Cria-se uma dicotomia que se tenta dar alguma segurança, alguma previsibilidade. Existem os contratos civis empresariais e existem os contratos de consumo, os contratos de trabalho. Nos contratos civis há intervenção estatal, interpretação pró-aderen-

te. Nos contratos de consumo e de trabalho, a mão do Estado não deve tocar. Isso é falso. É a terceira crise que estamos vivendo do contrato.

Há um terceiro contrato. O mundo não é tão simples assim. Contrato paritário e simétrico de um lado, contrato não paritário e assimétrico do outro. Porque existem contratos empresariais em que as forças postas são absolutamente desniveladas. Por exemplo, quando entramos num shopping e vemos uma lojinha de pipoca, se vamos ver o contrato, é um contrato empresarial. É uma locação de espaço em shopping center regida pela regra libertária do artigo 54 da Lei do Inquilinato, aquela que vai dizer que o juiz não pode intervir naquela cláusula. Há alguma isonomia entre o empreendedor do shopping e o pipoqueiro dentro do shopping? Ele é tão locatário quanto as lojas maiores.

A minha fala, talvez, seja para trazer essa provocação de que não adianta a Lei da Liberdade Econômica, e nem a todo momento, nos contratos paritários e simétricos, dizer que o juiz não pode, pois não é tão simples assim. A vida tem muito mais imaginação. Não adianta tentar colocar uma camisa de força no advogado e no juiz, porque quando a economia exige, são esses atores que são convidados a trazer aquele equilíbrio.

Para encerrar, eu queria trazer em consideração a demonstração dessa crise. Recurso Especial (REsp) 1.989.291, de São Paulo. Relator originário, ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Relator para o Acordo, ministro Moura Ribeiro. O que se discutia? Uma grande empresa de insumos de informática, a HP, que é a potência, e uma distribuidora de São Paulo fortíssima também. A HP praticou um ilícito concorrencial, um crime, e isso foi reconhecido na instância ordinária, com um prejuízo de milhões de reais. Só que existiu uma cláusula limitativa da responsabilidade em um milhão de reais. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria apertada, demonstrando a crise, porque foi três a dois. Três ministros entenderam que, se a empresa pactuou de não ter indenização suplementar, ela que assuma o risco. No entanto, dois ministros entenderam que o contrato era de adesão. A empresa que representava a HP em São Paulo aderiu ao pacto, que tinha essa leviandade, um prejuízo de milhões de reais, e acabou limitado a um milhão de reais.

Essa crise tem muito a ver com a análise econômica do Direito que nós trouxemos para o Brasil, importamos nos Estados Unidos, e a nossa Constituição é solidarista. O artigo 170 da Constituição impõe que o primado da atividade econômica está vinculado à justiça social, ao mesmo tempo que garante a propriedade e determina aquela função social, conforme o item III, garante propriedade e determina a observação da proteção ao meio ambiente, garante liberdade contratual e protege o consumidor. Eu acho que nós estamos em uma quadra complicada para a atividade contratual.

José Roberto de Castro Neves



Advogado e Professor de
Direito Civil da Pontifícia
Universidade Católica do
Rio de Janeiro.

Eu vou tentar ser bem objetivo em um tema que é extraordinário e que o direito ainda está engatinhando, e ainda precisamos entender como cuidamos do problema da disparidade no Direito Civil. Vou começar com dois alertas rápidos, para refletirmos juntos em um ambiente acadêmico como este.

O primeiro tema é que o direito é um fenômeno histórico e nós jamais podemos interpretar e tentar entender o direito fora disso. Normalmente, o direito não está na vanguarda, mas, sim, sempre atrasado e respondendo a um anseio social. Seria maravilhoso se o legislador pudesse antever, mas, normalmente, ele responde a uma ansiedade. O segundo aspecto é que nós, hoje, somos ensinados a pensar em forma de logaritmo, o que é um risco. Nós temos que nos recusar, temos que ser a resistência a esse tipo de reflexão. Hoje, querem que pensemos sempre A ou B, e temos que ser mais inteligentes do que pensar apenas em uma ou em outra hipótese.

Retomando a questão histórica, temos que pensar que a ideia da igualdade formal foi um grande avanço para a civilização, decorrente de um momento

histórico em que havia uma desigualdade absoluta. Então, quando conseguimos obter isso, é uma vitória. Nossa Constituição Federal garante essa igualdade formal. Depois, nós tivemos um momento – vimos isso no século XIX e no século XX – em que assistimos ao auge e também à decadência absoluta da ideia do positivismo jurídico, com vários conceitos relevantíssimos. Eu me lembro que o professor Omar Chamon dizia que a segurança jurídica é o valor mais importante do direito. Essa é a herança que nós trazemos.

A segurança jurídica, de fato, é muito importante para as relações, mas a sociedade mudou em vários aspectos. A primeira questão é que nós não vivemos em uma sociedade do século XIX em que se imaginava essa igualdade formal sempre. Hoje, é uma sociedade muito desigual e, no Brasil, ainda mais desigual. Logo, o jurista não pode estar insensível a esse fato. O segundo é que a dogmática mudou também, principalmente com a Segunda Guerra Mundial, pois nós tínhamos que entender que tudo o que se imaginou sobre o direito puro não poderia ser assim. O direito tem que ser lido em conjunto com outros valores para que ele possa ter sentido e com questões mais abertas, como a questão ética. Se admitirmos o direito puro, vamos admitir a construção de leis nazistas, o que, evidentemente, é intolerável, hoje. Então, o direito tem que se aproximar dessas questões.

Essa ideia de ter um direito mais social, mais ético, traz esse grande conceito, que tem que ser incorporado no direito civil hoje, porque essa formalidade absoluta pode gerar abusos se não tiver uma materialidade adequada. Isto é, se admitir que partes materialmente desiguais sejam tratadas de forma igual, vai abrir a porta para abusos.

Assim vem o tema interessante, que é como tratamos essa disparidade. Como tratamos a situação de partes muito desiguais no direito. No nosso ordenamento jurídico tenta-se dividir em duas situações diferentes: ou se tem os contratos paritários ou os contratos não paritários. Como se o mundo pudesse ser estritamente dividido em duas hipóteses, o que absolutamente não é correto. O artigo 421A, que foi incorporado ao nosso ordenamento pela Lei da Liberdade Econômica, traz essa ideia. Há os contratos civis e comerciais, que são os contratos paritários, e os contratos não paritá-

rios, que seriam os contratos de adesão e os contratos de consumo, e se teria um tratamento diferente. Quais são as consequências dessa divisão? Em uma visão simplista, a consequência dos contratos não paritários é que se teria uma interpretação favorável à parte mais frágil e admissão de uma revisão mais simples, mais fácil, também nos contratos não paritários. Ao contrário dos contratos paritários, em que não teria uma interpretação favorável em nenhuma das partes e haveria, por parte do intérprete, a possibilidade de rever esses contratos de uma forma mais ampla. Quais são as críticas que se pode fazer a esse nosso modelo? A primeira crítica importante é que o legislador, no direito brasileiro, não foi completo. Ele ficou no meio do caminho. Por exemplo, ele não fala qual é a consequência de se reconhecer que o contrato não é paritário. Ele não examina isso. Há uma discussão sobre se o legislador precisaria dizer isso. Ele não examina, e o Código de Defesa do Consumidor menos ainda, sequer admite, na lei, que se possa reconhecer que naquela relação de consumo não existe uma disparidade, quando sabemos que o consumidor nem sempre tem razão. A grande crítica é que não existem dois mundos distantes. Na verdade, existem cem tons de cinza entre um e outro. Existe uma série de casos em que a paridade funciona mínima ou máxima, independentemente de serem relações de consumo, de serem relações cíveis ou comerciais.

Qual é o pecado original na minha leitura? É que a existência de uma paridade ou uma disparidade não vai acontecer necessariamente em um contrato cível ou num contrato de consumo. Essa paridade é mais inteligente do que isso. Evidentemente que em um contrato cível ou em um contrato de consumo, existe uma tendência, um fator que nos leva a imaginar que aquele contrato é paritário. No entanto, o que precisamos fazer, como intérpretes, é uma leitura mais inteligente do que isso, e, de fato, analisar o caso concreto, para entender que há ou não uma disparidade. O direito tem ferramentas e a doutrina ensina isso. Por que não examinamos, por exemplo, as questões da vulnerabilidade, que são conhecidas e taxadas? Examina-se uma situação e, a partir daí, vai se entender se o caso é uma vulnerabilidade – uma vulnerabilidade técnica, por exemplo. Nos contratos comerciais, que dizemos que são supostamente paritários, existem uma enorme dependência econômica de uma parte pela outra. Isso é muito comum que aconteça. Entretanto, trataremos esses contratos como paritários completamente? O Código Civil diz que sim, mas a inteligência e a prática mostram que não. A vulnerabilidade, aliás, pode ser ocasional, num momento específico, quando uma pessoa está mais ou menos vulnerável em relação à outra.

O tema importante é que essa vulnerabilidade jamais pode ser interpretada como um sim ou não. Esse é o grande desafio do direito contemporâneo, que o intérprete consiga analisar essa questão como se fosse um volume, no qual ele dá um cuidado maior nos casos mais extremos, e um menor nos casos, evidentemente, onde há parida-

de, uma paridade razoável, mas conseguir ficar também no meio do caminho e ter uma visão mais inteligente da situação, em vez de dizer que é A ou B. Um grande preconceito que existe, na verdade, é que a falta de paridade é a porta para um abuso. Nós sabemos disso na prática, mas ela não significa que existe o abuso. Um preconceito nunca é bom, e é sempre um fator muito ruim para quem vai interpretar um negócio. Nós olhamos uma situação em que há o desnível e imaginamos que o abuso está concretizado. Na verdade, essa disparidade é uma porta para um abuso, que pode ou não acontecer. Em muitos casos, há partes que são desiguais, mas a relação é absolutamente lícita, não tem nenhum problema, as partes se manifestaram e houve um negócio lícito. O fato de elas serem díspares não representa, não significa e não pode significar, de forma alguma, um abuso.

Nós todos compartilhamos esse amor pelo direito e o que é muito interessante é que esse fenômeno extraordinário do mundo jurídico é um fenômeno em construção. Acho que todos nós temos que estar muito atentos para entender onde imaginamos que aquilo pode ser melhorado ou aprimorado de alguma forma. Esse tema da falta de paridade é um modelo que nós ainda seguimos, muito cativo da ideia dos séculos XIX e XX, e eu acho que nós podemos unir os esforços para imaginar uma forma mais inteligente, mais justa de tratarmos desse tema.

Paula Costa e Silva



Professora Catedrática
da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa.

O tema geral deste congresso é complexo e precisamos ver como ele se cruza com o tema deste painel. Eu tentarei fazer isso ao abordar alguns aspectos.

O primeiro ponto é o alargamento da tutela. A pandemia nos trouxe uma ideia muito clara de um eventual colapso. Empresas que funcionavam de forma saudável deixaram de funcionar porque não podiam. Qual era a saída possível? O aspecto para o qual eu chamo a atenção é que a agregação destes problemas, quando tenho um devedor e credores muito importantes do outro lado, afeta necessariamente pelos regimes insolvenciais. No fundo, o alerta é este. Vamos pensar na fortíssima autonomia privada para tentarmos resolver essa crise contratual, que pode ser uma crise em cadeia. Como? Exatamente trazendo para dentro das estruturas de decisão dos conflitos aquilo que no Brasil é tão conhecido como a tutela estrutural e, portanto, não pensá-la apenas como um meio através do qual o Judiciário interviém para alterar o modo de funcionamento de uma estrutura, mas pensarmos nessa tutela estrutural e trazê-la para o domínio da autonomia privada, permitindo que a cadeia de contratos que pode estar em colapso seja resolvi-

da como estrutura, de modo que o nosso devedor não possa implodir. Porque nunca podemos esquecer que a implosão do conjunto de devedores é igual à implosão do conjunto de credores. Há um momento clássico na economia em que o poder sai da mão do credor e passa para a mão do devedor. O devedor que deve 10 está aflito, o devedor que deve 10 trilhões nunca está aflito. Quem está aflito é o credor desse mesmo devedor. Portanto, é, no fundo, transportarmos esse princípio que a economia já nos ensinou para a crise contratual. Isto permite fazer o quê? Isto permite, obviamente, que um devedor não seja abafado por um credor e, portanto, consigo introduzir uma paridade no momento da crise contratual, de um conjunto de contratos, na negociação, se eu puser todos conversando no mesmo plano.

O segundo instrumento é muito conhecido, como é evidente, na ordem jurídica brasileira e que, no fundo, é tutela coletiva. Aquilo que eu não consigo fazer protegendo o pequeno consumidor, o consumidor, a microempresa no momento da contratação, eu provavelmente consigo acautelar, se houver uma patologia, pondo não o individual para falar com a empresa, em situação de disparidade, mas contrapondo o grupo àquela empresa. Portanto, a tutela coletiva, que no Brasil não tem nenhuma novidade, na Europa é muito recente e desencadeava, de forma muito evidente, pelo *Dieselgate*, em que houve milhões de pessoas prejudicadas. Essa tutela é fundamental para conseguir, primeiro, dar corpo ao direito de ação. Ninguém vai ao Judiciário porque tem um tênis avariado, mas, provavelmente, se houver um defeito em uma produção inteira de tênis, todos juntos vão se queixar no Judiciário. Logo, eu consigo reequilibrar essa desigualdade estrutural no contrato entre a empresa e o consumidor, impondo, no momento da patologia contratual, essa defesa do grupo contra a empresa.

Como é que o Estado pode intervir? Eu diria que é através da regulação. Não através das proibições, mas das regulações. Regulação de quê? De dois instrumentos aos quais eu julgo que a tutela coletiva não funciona. Não há tutela coletiva sem associações fortes que possam exercer o direito de ação em nome do grupo e não há tutela coletiva forte se eu não aceitar os contratos de financiamento. Qual é o problema que eu tenho que observar e, por isso, como eu tenho que ter regulação forte e intensa? A possibilidade de conflitos de interesse, desde logo, entre a associação e o grupo

que ela representa. Portanto, eu tenho que regular essa matéria. Eu não vou proibir, mas eu tenho que regular essa matéria. O segundo aspecto, talvez mais complicado, é o do financiamento. Eu não posso proibir o financiamento porque, sem financiamento, eu não consigo produzir a maioria das provas que são necessárias em uma ação dessas extremamente complexa. São provas muito caras e as associações tipicamente não têm patrimônios nem verbas avultadas que possam dispor, alocar aquela tutela em concreto e eu tenho um financiador. Não tem nenhum problema.

O que tenho que fazer? Eu tenho que regular em duas dimensões que me parecem muitíssimo importantes. A primeira, eu tenho que regular os conflitos de interesses entre financiador e aqueles que são os beneficiários últimos da tutela coletiva. Portanto, eu tenho que ver como consigo conjugar todos estes interesses, sem que o interesse do financiador possa prevalecer sobre o interesse daqueles que são tutelados através da ação coletiva. Há ainda um outro aspecto, que tem sido muito pouco trabalhado entre nós, na Europa, e para mim é um aspecto central. A maioria dos financiadores começa a titularizar os empréstimos ou os financiamentos que são feitos. Isto quer dizer uma dispersão, uma disseminação do risco do financiamento por toda a sociedade. O que ainda não está em cima da mesa? A agregação da atividade destes financiadores pelas autoridades reguladoras dos mercados financeiros ou dos mercados de valores imobiliários. A partir do momento em que eu disperso o risco, como disperso através da disseminação de um instrumento financeiro, eu tenho que regular o risco que é criado através dessa disseminação. Mas aqui nós estamos muito atrasados. A Europa ainda não deu passos no sentido da regulação da matéria que respeita à emissão destes instrumentos financeiros e à disseminação do risco.

Último ponto, foi o acórdão referido no recurso especial no Superior Tribunal de Justiça (STJ) que chamou a minha atenção, com a necessidade de tutela dos acionistas. O acórdão é muito interessante, recai sobre um ponto importantíssimo, que é o ponto do domínio e de quando há alterações do domínio que implicam a constituição da obrigação de lançamento de oferta pública de aquisição. Eu não vou entrar nesse problema, que é importantíssimo e bem evidente. Eu tenho sempre que olhar para o domínio para proteger aqueles cujos valores mediais valorizam, porque há uma questão de domínio. Mas o aspecto que nesta decisão chamou a minha atenção é que o sistema brasileiro tem uma função avançadíssima no que diz respeito à determinação do preço da contrapartida. Por uma coincidência da vida, estou trabalhando em um caso que tem esse problema e estou olhando para o acórdão e para o Direito brasileiro, que é muito mais avançado do que a maioria dos Direitos europeus. Por quê? Porque, vem dizer o seguinte, no artigo 254-A, parágrafo primeiro da Lei das Sociedades por Ações (S.A.), para a determinação do preço da contrapartida a pagar aos acionistas que, no fundo, não beneficiaram da previsão do prêmio de controle, vão po-

der eventualmente denunciar depois. Eu não atendo apenas às ações compradas diretamente, portanto, sempre por referência ao bloco de controle. Eu vou atender ainda uma outra coisa. Eu vou superar essas alienações diretas do direito de voto, porque é o direito de voto que está em causa, e eu vou olhar mais além. Eu vou olhar para todos os valores mobiliários ou para todos os direitos inerentes a valores mobiliários, que dão direito à subscrição de ações ou de outros títulos que tenham inerente um direito de voto ou que possam vir a dar lugar a um direito de voto. Por que é que isto é importante? Porque, no fundo, estou dando uma equipe a proteção aos acionistas. Eu não estou apenas olhando a alienação direta, a aquisição direta de ações, mas estou olhando todas aquelas aquisições indiretas de direitos de voto para fazer interferir o valor dessas aquisições na determinação do valor da contrapartida. Portanto, sim, deve haver regulação e intervenção. Não há uma dicotomia, e nós conseguimos rasgar as fronteiras do átomo, que é o indivíduo, colocando o grupo conseguindo aplacar o impacto da disparidade na negociação através da tutela e no meio da tutela e, por outro lado, nós conseguimos também eliminar eventuais disparidades em uma zona tão curiosa como a dos mercados financeiros fazendo que a realidade subjacente e, portanto, o valor do direito de voto tenha sempre repercussão na determinação do preço da contrapartida que eu tenho que pagar pelo direito de voto.

Catarina Monteiro Pires



Professora da Faculdade
de Direito da
Universidade de Lisboa.

Eu tenho tido a sorte, nos últimos dez anos da minha vida, de estudar direito brasileiro e, portanto, vou fazer uma viagem pelo direito brasileiro e gostaria que a interpretassem como alguém que, vivendo em Lisboa, tendo estudado em Portugal e na Alemanha, olha e observa o direito brasileiro e, portanto, está sujeito a todas as críticas.

Eu parto do artigo 421A do Código Civil Brasileiro, que diz que os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento da presunção. A primeira pergunta que eu faço é: paritários e simétricos é a mesma coisa? Parece que sim. Não há indícios nem na doutrina nem nos processos legislativos de que sejam coisas diferentes. Mas se é a mesma coisa, ser paritário e ser simétrico, então, o que é ser paritário? Paridade formal, ou seja, condições de igualdade no processo de contratação, ou paridade material? O que é paridade material? Mesma condição social e mesma condição econômica. Completamente diferente. Os trabalhos preparatórios nomeadamente da Lei da Liberdade Econômica não responderam propriamente a essa questão. No texto e na exposição de motivos da medida provisória diz-se apenas que a liberdade econômica é definida, em

termos não científicos, como a conquista humana do Estado de Direito e dos direitos humanos clássicos, com todas as suas implicações em oposição ao absolutismo. Portanto, não encontramos uma definição. O que nós, jurista, fazemos? Temos amplitude para perguntar qual o conceito de paridade que está subjacente a este artigo do Código Civil Brasileiro.

Na doutrina, vários autores dizem que é um conceito de paridade material. O que o legislador quis dizer, pela negativa, foi que existem contratos civis e empresariais de um lado e que do outro existem os contratos de consumo e de adesão. Por quê? Precisamente porque existe uma desproporção de condições materiais num caso e no outro, conforme o entendimento do professor Francisco Marino, por exemplo. Mas, ainda assim, eu fico com dúvidas. Por exemplo, num contrato duradouro é a paridade de partida ou é a paridade ao longo do contrato todo? E no caso de coligação de contratos, que não tem um contrato, mas vários contratos. Onde eu encontro o critério da paridade? E quando eu tenho uma rede de contratos? Quando tenho várias partes, onde encontro num sistema poligonal à medida e o critério exato da paridade? Ou, mesmo nos contratos internacionais com empresas brasileiras e investidores estrangeiros, onde encontro a medida da paridade?

O que me parece a este respeito é que o Código Civil Brasileiro estabeleceu uma resolução. Eu fui recordar que Stuart Mill já dizia exatamente a mesma coisa, ou seja, uma inversão do ônus da prova. O Estado não deve ingerir nas relações econômicas privadas. O ônus da prova inverte-se. Para ingerir nas relações econômicas privadas tem de haver um motivo de ingerência e este cabe à parte que se beneficia da ingerência. O ponto de partida é que as relações são paritárias e simétricas. Isto está claramente dito na obra de Stuart Mill, com uma relação muito curiosa com esta tomada de posição do Código Civil Brasileiro. Parte de uma presunção e o Código Civil Brasileiro diz que, em contratos duradouros, a passagem do tempo por si só não gera assimetria, salvo se se comprovar assimetria. Diz também que a complexidade contratual subjetiva não gera assimetria, salvo, inverte-se ônus da prova, caso se comprove assimetria. A complexidade objetiva à união de contrato por si só não gera assimetria, salvo se comprovada a assimetria. Finalmente, e muito importante na minha leitura de estrangeira, podemos também dizer que, nos contratos internacionais, a internacionalização não gera por si só assimetria. Esta é uma tomada de posição muito clara quanto à globalização econômica e financeira.

Este é um ponto de partida que encontramos no artigo 421A do Código Civil brasileiro. Esta norma foi muito discutida. Alguns autores até entendiam que não deveria haver uma norma específica para contratos civis e empresariais, que todos deveriam ser contratos que se presumissem ser paritários e simétricos. Não vou recuperar essa discussão, mas, olhando para os julgados, não restam dúvidas que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e que a posição tanto da jurisprudência, como da doutrina no Brasil, é que o sentido do Código Civil brasileiro é de conferir um prestígio especial à liberdade contratual nos contratos empresariais. Será que o Código Civil brasileiro adotou uma teoria liberal do contrato? Uma teoria liberal pura não adotou-se, certamente. Porque a teoria liberal pura do contrato diz que nem o Código Civil deve dizer o que os privados podem ou não fazer. Não cabe ao poder público nem ao Estado. É uma presunção anterior ao próprio Código Civil. Outra razão é que o Código Civil Brasileiro cria dois mundos. Este mundo dos contratos paritários e simétricos, e o outro mundo, o dos contratos não paritários e não simétricos, com relações que não são relações de equivalência. Nesses outros contratos, no contrato de trabalho ou no contrato de consumo, a visão de que eles ficam excluídos da presunção é a de que há um pressuposto daquilo que nós poderíamos chamar da teoria conflitual. A teoria de conflitual pode-nos levar muito longe e podemos até acabar a ler os textos filosóficos de Marx. Por quê? Porque é uma teoria que parte do pressuposto de um antagonismo na sociedade, de que existem forças permanentemente antagônicas e, portanto, tem a posição do empregador e a do trabalhador, a do produtor e a do consumidor, e é deste antagonismo nas cadeias produtivas que se geram relações de desigualdade e, com esta desigualdade, nunca pode haver liberdade. Isto é o pressuposto de uma visão oposta à visão liberal. A visão liberal entende que mesmo com desigualdade pode haver o exercício da liberdade. Portanto, eu não diria que há uma visão liberal dos contratos no Código Civil Brasileiro. Primeiro, porque não há um liberalismo puro. Segundo, porque há todo um universo que não é o destes contratos paritários e simétricos. Nesse outro universo a teoria até parece ser diferente. Há, neste universo dogmático, duas teorias, dois modos de operar, dois paradigmas para suscitar a reflexão da doutrina.

Agora, vou introduzir uma nova questão, se me permitem, observando o projeto de alteração do Código Civil Brasileiro. A proposta do artigo 421C do Código Civil Brasileiro visa introduzir a ideia de boa-fé empresarial, ou seja, nós temos contratos que se presumem paritários e simétricos, mas depois vem dizer este projeto que, para a interpretação deles, se exigem parâmetros adicionais. Logo, não chega ao contrato. Que parâmetros adicionais são esses? A boa-fé empresarial. Novamente, fazendo uma ligação entre realidades que talvez não tenham uma ligação evidente. Quando eu pergunto se eu preciso de realidades adicionais para ler um contrato, o que eu estou a perguntar é: para o universo contratual, para o ler, o interpretar e o aplicar, eu preciso do extracontratual? Ou eu preciso apenas do contrato? Esta é uma questão que já foi extensamente tratada até na Socio-

logia do Direito. O autor que defendeu veementemente que existem elementos fundacionais pré-contratuais e que, portanto, existem sempre elementos sociais nas relações contratuais, foi o sociólogo francês Émile Durkheim. Durkheim dizia que há sempre um social anterior que condiciona. Nem há um individual, porque o individual está condicionado pelo social e, portanto, o contrato em si é uma abstração. Não podemos falar de paridade ou imparidade se é tudo uma abstração, porque tudo isso está condicionado pelo social. Tenho ou não que recorrer a um elemento extracontratual para ler o contrato? Tenho, nesta visão. Mas as visões opostas, sustentaram é que não. O contrato é lei entre as partes e o que o juiz deve fazer é ler o contrato e aplicar o contrato sem extrapolar e recorrer a valorações sociais, éticas ou morais que estão fora do próprio universo do contrato. E vejam que interessante. O que disse o Código Civil brasileiro? Temos mais uma ideia a temperar aquele universo liberal, que é a introdução de elementos que, porventura, são elementos extracontratuais no próprio contrato. Que boa-fé empresarial é esta? A boa-fé empresarial que está em causa é uma que se mede pela expectativa comum que os agentes do setor econômico têm. Portanto, não é uma boa-fé empresarial baseada nos chamados usos do comércio. Os usos são passados. É prática reiterada. No entanto, fala-se das expectativas com olhos postos no futuro, e não é a expectativa individual, de cada agente econômico. Não é a expectativa dos contraentes. É a expectativa de um setor econômico, indústria e grupo sociológico específicos, ou seja, o contrato tem de se adequar à expectativa que não é do outro contraente, mas que é daquele grupo econômico. Certamente, vamos ter vários desafios para a jurisprudência. Aquele grupo econômico é unitário ou há várias paridades e imparidades no grupo? Como vamos recortar o próprio conceito de grupo econômico empresarial para efeitos da aplicação desta norma? Há aqui questões muitíssimo interessantes.

Os principais códigos civis que acolhem a boa-fé, por exemplo o Código Civil alemão e o Código Civil português, não tratam da boa-fé empresarial, mas tratam da boa-fé. Portanto, o que nós temos, verdadeiramente, é uma inovação, um grande arrojo do Código Civil brasileiro, cruzando várias teorias e orientações do direito contratual para tentar resolver problemas que são específicos do país e do próprio direito brasileiro. Há problema em viver com várias teorias em direito? O autor Peter Alces dizia que o contrato não é imoral, não é contrário à moralidade, também não é amoral, não é alheio à moralidade. Provavelmente, o que devemos concluir é que o contrato é *omnimoral*. Para cunhar um novo termo, o contrato à luz normativa que rodeia o contexto é, neste sentido, normativamente camaleônico. Com esta visão do contrato e da teoria do contrato no Código Civil brasileiro atual, espreitando já o projeto que está sendo discutido, nós teremos uma realidade camaleônica.

Bruno Duque



Diretor Jurídico do
BTG Pactual.

Eu vou tratar um pouco de assimetria para começarmos esse debate. A existência de assimetria é um dado. Sempre foi e sempre será. Eu sou pai de gêmeas e não existem duas pessoas iguais. Não existem duas partes iguais. Sempre foi assim e as diferenças são as mais diversas possíveis. São diferenças sociais, econômicas, informacionais e, o que vale para nós, quando estamos tratando de uma análise contratual, não é a celebração do contrato, nem a vida, mas quando se chega ao extremo de ter uma divergência e se pede a tutela estatal, é importante também entender a diferença quando no momento jurisdicional do contrato.

Nós pretendemos tratar, sobretudo, de relações comerciais e, nesse sentido, vale lembrar que a Constituição Federal sempre tratou da livre iniciativa e da livre concorrência. No entanto, infelizmente, a despeito desse tratamento constitucional, o que verificamos no Brasil é que, apesar de ser uma das maiores economias do mundo, quando se analisa os *rankings* de competitividade e liberdade econômica, o país está bem distante dos pontos iniciais. Eu julgo dizer que, quando falamos de empreendedorismo, incentivo à economia, o

Brasil infelizmente está bem para trás nos *rankings*. Nesse sentido, eu vi com bons olhos a vinda da Lei da Liberdade Econômica (lei nº 13.874), que precisava exatamente fortalecer ou reestabelecer as garantias de livre-mercado e livre iniciativa, o que, de maneira geral, tratamos como liberdade econômica. Isso é essencial para permitir maior competitividade, quando tratamos de uma economia como a que vivemos atualmente, que não é uma economia local, mas global. A empresa portuguesa ou brasileira não compete exclusivamente com o seu vizinho. Ela compete com a economia global. Temos visto, hoje, no Brasil, a discussão sobre a tributação de importações chinesas. Essa é a economia que competimos e, por isso, entender e ter instrumentos para enfrentá-lo é uma coisa essencial.

Essa liberdade econômica tem em si conceitos que são excepcionais, como a escolha individual, as trocas voluntárias, a liberdade para competir e a proteção legal à pessoa e à propriedade, sempre pensando na mínima intervenção estatal. No entanto, no Brasil, há uma preocupação, talvez excessiva, com o cidadão brasileiro, seja ele pessoa física ou pessoa jurídica, que é considerado, muitas vezes, como uma parte frágil, ainda que ele esteja ciente dos seus direitos e dos riscos que corre. Um colega que trabalhava comigo dizia sempre que, quando ele pedia alguma coisa para o pai, seu pai falava: “você é livre para escolher, mas refém das consequências”. No banco, nós tratamos de outra maneira. Nós falamos que cada um sabe o que é o pior para si mesmo, então tome a decisão que quiser. Notem que não estamos falando, necessariamente, de relação de consumo, onde tem um diploma específico que trata disso e tenta resolver esse problema. Estamos tratando de situações empresariais, em que as partes celebram o contrato com uma expectativa de ganho, uma expectativa de lucro. Isso é uma expectativa presente nos dois lados, não é exclusivo de um lado, mas nós temos uma situação assimétrica. Eu, por mais que tente, numa paridade, ter uma impressão de que eu sei qual é o ganho e qual é a expectativa de ganho da outra parte, isso é irreal.

A Lei de Liberdade Econômica, ao criar essa presunção de que os contratos seriam paritários e simétricos, ainda que reconheça que existem naturalmente contratos díspares e assimétricos, ela tenta, de alguma maneira, resolver esse problema. Essa discussão sobre a oportunidade da alteração e de modernização do Código Civil brasileiro é mui-

to válida. Mas eu tenho dúvidas se essas necessidades, as sugestões de inserção, de ajustes no que é paridade e no que é simetria, se isso é positivo ou não. Porque eu estou, mais uma vez, criando mais regras e tendo mais intervenção em algo que a Academia não consegue definir. Quando, em vez de analisar o caso a caso, que é importante, eu tento criar regras e posso criar um direcionamento inadequado para o processo decisório. No entanto, mesmo sem essa redação do artigo 421 pela Lei da Liberdade Econômica ou pelos ajustes do projeto de discussão da alteração do Código Civil, a evolução da análise hermenêutica do contrato concluiu que é necessário a compreensão dos contratantes e suas circunstâncias. Em um capítulo do livro “A interpretação das relações contratuais”, de José Roberto de Castro Neves, há uma citação bem interessante do Carlos Augusto Viana Direito, que fala: “igualdade contratual na prática mostrou-se real na medida em que um lado contratante mais forte acaba por impor sua vontade sobre o lado contratante mais fraco”. Ele reconhece que as partes sempre serão distintas, pelos mais variados motivos. Ainda que eu trate de paridade, isso é uma presunção irreel, não existe paridade. Não tem problema em não existir paridade, sempre convivemos com disparidades e assimetrias, mas a análise das partes contratantes tem que ser apenas um elemento para a compreensão do que foi contratado.

Se houver uma paridade mínima, quando da negociação, será que deveria rever todo o acordo, toda a formalidade contratual, ou não? Preciso necessariamente dessa intervenção estatal? Em alguns momentos, eu acho que nós estamos absorvendo um conceito mais típico do direito nacional-privado, que é o *dépeçage*, que é aquele fracionamento no qual separamos o contrato em partes e nos retemos a analisar cada parte do contrato sem considerar o todo. Isso é muito ruim no que estamos vivendo. Dentro disso, nós temos visto uma alteração recente na legislação brasileira, que vai, de alguma maneira, nesse sentido, pró-intervenção estatal, que é uma alteração de 4 de junho do artigo 63 do Código de Processo Civil, que coloca a eleição de foro contratual *sub judice*. Ainda que eu entenda que para alguns magistrados isso era excelente, porque limitava um pouco a quantidade de processos que eles absorviam, por simplesmente ser o foro eleito, eu entendo que isso é um pseudo-alívio para o Judiciário. Isso vai transferir de um lado para o outro um problema que é muito grande e a disparidade judiciária é um problema que nós temos. Alguns de nós vivemos, no ano passado, duas situações de grandes RJs, cujos julgadores diziam que a integridade ou as companhias precisavam ser preservadas pelo impacto econômico da companhia. A que custo a sociedade tem que tentar preservar isso? Até que ponto o magistrado vai poder se arvorar ou vai se basear no seu conceito de justiça para tomar as decisões? A disparidade judiciária existe na cabeça do magistrado quando se vai para uma disputa trabalhista, talvez seja muito mais nítido, ou quando se vai para uma disputa consumerista também, mas cada um tem um natural direcionamento. É com esse direcionamento que ele toma as decisões. Então, é complicado quando se passa a pensar o que é o correto e o que é justo.

Para ilustrar um pouco o que estamos falando sobre essa questão do foro, há cerca de duas semanas teve uma decisão bem interessante num caso nosso do BTG Pactual. Foi celebrado um acordo para financiamento. A companhia pediu financiamento de 120 milhões, ela era de outro estado, mas queria fazer expansão para o Estado de São Paulo. As partes negociaram que o foro, portanto, seria em São Paulo, onde é a sede do banco, e onde seria o uso dos recursos. A parte inadimpliu e isso foi levado para o Judiciário. Em um pré-julgamento do magistrado, ele falou pela hipossuficiência da parte, desconhecendo o fato que era uma empresa sólida que estava captando 120 milhões, eu remeto isso para o foro judicial da sede da companhia, sem nenhum respeito ao que foi contratado, à completa compreensão do que era tratado. E se essa dívida tivesse sido securitizada? Como seria o impacto disso? Nós levaríamos para outro foro, porque a parte credora passa a ser uma parte mais hipossuficiente? Esse cuidado que temos que ter é um cuidado bastante grande. Eu concordo que há uma imaginação gigantesca e que não há como escolher a camisa de força na advocacia ou na magistratura, mas compreender as diferenças entre as partes contratantes não pode significar de maneira alguma cegar-se para defender os mais fracos, sem quaisquer outras considerações. Não pode o magistrado nem a sociedade passar a decidir com o que cada um acredita que é o mais justo. Isso é o fim do direito.

Marcelo Vieira von Adamek



Professor da
Faculdade de Direito
da Universidade de
São Paulo.

O tema da paridade e disparidade contratuais, evidentemente, é um tema amplíssimo, e permite várias reflexões. Eu vou me permitir tratar desse tema dentro da tônica do contrato de sociedade, que é um contrato que, em princípio, pressupõe que as partes se coloquem em um plano de igualdade – embora até essa premissa seja em si questionável – e dentro dela tratar de uma estrutura que é vista com bastante frequência – sobretudo na indústria do *private equity*, embora não apenas nela, mas em muitas outras –, que são sobretudo as opções de vendas, *put options*, convencionadas como um mecanismo de saída do investimento por um preço determinado, de tal modo que, ao final do período de investimento, o investidor possa alternativamente recolher como ganho ou a valorização do empreendimento, para cujo sucesso espera-se que ele tenha contribuído, ou, se tudo der errado, pelo menos a remuneração que foi de antemão convencionada sobre o capital investido. Esse tipo de operação com opções também se verifica nas *two-step acquisitions*, em que o controle é vendido em duas partes também com o preço travado.

Onde que se coloca a questão da paridade e da disparidade? Havendo uma

janela de tempo significativa entre o momento em que se convencionou a opção e o momento subsequente do exercício, sobretudo em um ambiente negocial como o brasileiro, em que as coisas se alteram significativamente, é que aquilo que se anteviu como um excelente negócio possa, ao final dele, se revelar uma azeda decepção. Isso nós vimos acontecer em várias situações nos últimos anos, sobretudo como um reflexo da pandemia, em que o Ebitda e outros múltiplos financeiros que tinham sido projetados acabaram virando pó. Não é de estranhar, por isso mesmo, que nesse contexto, tanto no Judiciário como nas arbitragens, tenham surgido diversas demandas, nas quais os outorgantes dessas opções buscam se exonerar do cumprimento dessas obrigações. Um dos argumentos que tem sido utilizado com alguma frequência é de que essas opções promoveriam a exoneração de uma das partes do risco, então há quebra da paridade, e, conseqüentemente, configurariam um pacto leonino. A expressão pacto leonino, ou sociedade leonina, remete a fabulistas gregos, ou, para alguns, a origem dessa expressão estaria em uma fábula do Esopo, cuja moral é que o perigo dos outros torna as pessoas mais cautelosas para o que pode acontecer. Já na fábula do Fedro, que é a outra, a moral subjacente é que quem se associa a um poderoso pode não conseguir nada com tal sociedade. Seja qual for a fábula que está na origem dessa expressão, o fato é que a proibição do pacto leonino encontra-se expressa no nosso direito, no artigo 1008. É uma regra antiquíssima que vem, na verdade, de um piano. Curiosamente, não está no Código Civil Alemão, mas está aqui em Portugal, no artigo 22 do Código das Sociedades Comerciais e no artigo 994 do Código Civil português. A proibição refere-se a exonerar um sócio de participar, pelo menos na linguagem brasileira, dos lucros e das perdas, mas em que pese o emprego dessa conjunção aditiva “e”, se entende que seria um pacto leonino tanto aquele que exonera de participar dos lucros ou das perdas e por maior razão de ambas. Qual é a justificativa a essa regra? Uma explicação que, em Portugal, dava o professor Ferrer Corrêa, era de que, no caso da exoneração do sócio de participar dos lucros, o que se tinha é uma ofensa à própria causa do contrato de sociedade que é, evidentemente, produzir e partilhar lucros. No que diz respeito à exclusão de participar das perdas, dizia o professor Ferrer Corrêa, não se coloca esse fundamento porque as partes não celebram esperando poder participar às respectivas perdas. Portanto, hoje prevalece um entendimento unitário desse fenômeno, dizendo que na realidade o que se pre-

serva é a própria funcionalidade do contrato de sociedade, porque, de outro modo, não havendo essa participação das partes nos lucros e nas perdas, não se teria uma cooperação esperada por todos em busca de um fim comum.

Essa explicação me convence. Nós sabemos que o contrato de sociedade tem a sua particularidade. Ele não está regulado junto com os demais contratos típicos, mas constitui a tônica do livro 2 da parte especial. É um contrato que constitui e organiza materialmente uma comunhão de interesses, é plurilateral e associativo, mas é, sobretudo, um contrato de fim ou escopo comum, em que as partes efetivamente não apenas se obrigam para com a sociedade, mas se obrigam reciprocamente a atuar no sentido de produzir e partilhar os lucros, ou seja, o risco, na realidade, nos coloca no ganho de um em cima do outro, quer dizer, no âmbito de prestação e contraprestação, mas é no próprio fim comum. Isso, então, explica a proibição do pacto leonino.

Como que esse princípio dialoga com essas opções de compra e venda a preço determinado? O que tem se debatido sobre isso? No Brasil, alguns colegas simplesmente argumentam que, estando envolvida em uma ação de uma sociedade anônima, não seria possível recorrer ao artigo 1008 do Código Civil, já que não haveria uma omissão na lei especial que justificasse recorrer ao Código Civil. Também se aponta que, na estrutura da nossa Lei de Sociedades por Ações, pode-se ter, por exemplo, uma ação preferencial com dividendo prioritário, de tal modo que o lucro do exercício talvez possa, episodicamente, ser atribuído apenas aos preferencialistas e não aos ordinaristas. Então, nem todo mundo comungaria do lucro. Argumenta-se que isso pode ocorrer com a preferência no quinhão de liquidação, ao cabo da liquidação da sociedade, ou, mesmo durante a vida da sociedade, à possibilidade de se declarar dividendos à conta de reservas de capital a benefício dos preferencialistas, mas não dos ordinaristas. Eu confesso que esse argumento não me convence. É claro que onde a lei expressamente permite uma diferenciação, não haveria que se cogitar de aplicar a regra da sociedade leonina para inviabilizar isso. Mas no restante, sobretudo quando estão envolvidos os pactos acessórios, me parece que isso deveria se aplicar. Também se argumenta contra a aplicação da regra de pacto leonino, que no mais das vezes isso não está no contrato de sociedade, mas no âmbito de um pacto acessório, como acordo de acionistas, o acordo de investimento etc. No entanto, a verdade é que esses pactos estão funcionalmente ligados ao próprio contrato de sociedade. O professor Carneiro da Frada, de Portugal, fala dos acordos unilaterais, que complementam o próprio estatuto fundamental. Também, pelo menos ao que me foi dado ver no direito estrangeiro, isso não tem sido acatado. O que se chega de tudo isso é que é possível aplicar o artigo 1008 e o pacto leonino em sociedade anônima, pouco importa se está em um pacto acessório, mas me parece que o que se deve efetivamente é analisar se no caso específico aquela estipulação cumpre uma finalidade que

é igualmente digna de tutela. Quando o âmbito da análise passa a ser esse, nós conseguimos entender que, por exemplo, um sócio que se despoja de determinados direitos de coadministração vai para uma posição passiva e, como contrapartida, tem assegurado um ganho, isso tem uma justificativa que merece ser preservada. De outro lado, pensando na indústria de *private equity*, efetivamente, de um lado se não for assegurado um ganho de um mínimo, simplesmente essa operação não vai existir, porque não vai conseguir gente para aplicar em um fundo para investir e é do interesse da sociedade ter acesso a uma fonte de financiamento, que é muito mais barata do que um financiamento bancário puro e simples. Então, evidentemente que isso deve ser levado em conta.

O que não significa dizer que não possa haver um controle de legitimidade do exercício, sobretudo naquelas situações em que o outorgante da opção influi de maneira determinante no funcionamento da empresa, causa um prejuízo, estraga o empreendimento e depois quer, apesar disso, se exonerar dos resultados. Na realidade, o controle que se deve fazer me parece que é muito mais nesse âmbito de boa-fé e licitude no modo de exercício do direito correlato. É nessa medida que me parece que se deve controlar a legitimidade e, portanto, até essas situações de paridade e disparidade, seja de um lado ou de outro do Atlântico.

MESA X

10

MODERADORA - CHRISTIANNE DIAS FERREIRA¹

COLABORAÇÕES ENTRE CONCORRENTES

¹ Diretora Executiva da Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto.

Christianne Dias Ferreira



Diretora-Executiva da
Associação e Sindicato
Nacional das
Concessionárias Privadas
de Serviços Públicos de
Água e Esgoto.

Eu gostaria de fazer uma breve introdução sobre o tema do painel. Eu sou do setor de infraestrutura e todo setor de infraestrutura, naturalmente, tem que lidar com concorrência, que é um tema transversal. Nós vamos ter oportunidade, hoje, de ouvir um pouquinho sobre um tema que é muito latente e que tem sido discutido bastante na União Europeia, na Austrália, na Áustria e no Brasil, que é a colaboração entre concorrentes, que é a possibilidade de flexibilizar as regras de concorrência em prol do alcance de uma maior sustentabilidade, ou seja, é permitir com que as empresas façam certas parcerias para que esses objetivos sejam alcançados. Na verdade, então, a discussão vai girar em torno das vantagens e desvantagens e, até onde vai esse limite de permitir essas parcerias, essas *joint ventures*, uma vez que é muito difícil para as empresas poderem alcançar determinadas metas de sustentabilidade sozinhas. É um novo desenho que é apresentado em termos mundiais para nós. Acho que nós temos muito ainda que aprender, que discutir e traçar esses limites.

Gilvandro Araújo



Advogado.

Eu gostaria de dizer que o jurista uruguaio Eduardo Couture criou os mandamentos do advogado. Nesses mandamentos, ele indica que o primeiro deles é estudar. O Direito se transforma constantemente: “se não acompanhares os teus passos, serás cada vez menos advogado”. Eu acho que essa mensagem ilustra um pouco esse painel, que fala sobre colaboração entre concorrentes.

Nos primeiros momentos da análise concorrencial e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), colaboração entre concorrentes era uma perseguição absoluta. O combate aos cartéis sempre permeava o procedimento de avaliação do Cade. Esses foram os primeiros anos, talvez, da legislação antecedente e da legislação vigente. Depois, nós começamos com os acordos de leniência e, observando que aquilo que era uma obsessão da colaboração entre concorrentes, verificamos que era um instrumento que algumas empresas se utilizavam, às vezes, para dizer que havia colaboração quando nem de fato havia. Nós estamos enfrentando algumas situações em que o instrumento da delação se banalizou e passou a trazer, inclusive, prejuízos para a autoridade e para a sociedade como um todo. Hoje, nós chegamos em um terceiro

momento, em que olhamos e verificamos que a colaboração entre concorrentes pode ser um desejo, ou seja, pode ser um fato relevante e extremamente importante para a concepção de alguns objetivos do Estado, e não só do Estado brasileiro, mas isso permeia as diversas jurisdições que trabalham com defesa da concorrência, com regulação setorial.

As autoridades, sobretudo a autoridade brasileira, certamente podem precisar de alguns ajustes do ponto de vista legislativo e operacional, para que possamos, de fato, fazer cabo a essas necessidades. O que quero dizer? Atualmente, nós temos uma autoridade em que a grande parte dos casos apresentados está atrelada a atos de concentração, sumários, resolvidos de forma quase que automática. Em horas, hoje, um ato de concentração consegue ser aprovado. No entanto, a nossa persecução de processos administrativos e de atos de concentração tem um ritual, uma sistemática que, naturalmente, toma muito mais tempo. Esse tempo, em razão da formalidade ou das próprias competências da agência, da autoridade, que é passiva em sua grande maioria da ação, talvez não responda às necessidades sociais e nós precisaríamos fazer alguns ajustes. Hoje, com as situações em que vivemos, de crise institucional – para fazer face às intempéries, aos problemas climáticos, pandemias – estamos tendo setores em que a política pública exige uma convergência de empresas. A parte de meio ambiente é um grande exemplo. A política brasileira de resíduos sólidos, por exemplo, exige que se articule, que se converse, para essa economia cíclica que vigora, que exige uma interação. Existe uma proatividade das empresas de fazer com que haja esse uso da atividade de forma retornável. Então, os arranjos são necessários, para imaginarmos.

Nós não temos, hoje, um instrumento, como existe na França, de se provocarem para estudar um determinado setor, para identificar algumas necessidades. A França, por exemplo, faz agora uma avaliação sobre a questão da rotulagem, para saber se os instrumentos de apresentação para a sociedade dos produtos traduzem um grau de competitividade desejável, se isso não mitiga um determinado produto em detrimento do outro, ou seja, a autoridade de concorrência vai além daquela trivialidade de uma repreensão, de uma ação passiva diante de provocações de atos de concentração ou de processos administrativos. Então, a advocacia da concorrência, de maneira geral, está toda atrelada à Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae). Será que não é a hora de dar um protagonismo mai-

or para o Cade, de tomar posições, de ter deliberações que possam realizar situações como, em um período de crise, permitir que uma indústria se coordene para fazer face a essas necessidades ambientais? O Rio Grande do Sul, por exemplo. Ou outras atividades econômicas que, em razão da essencialidade, de serem serviços públicos relevantes, também precisam estar ali circunstancialmente alinhados. Hoje, nós temos várias consultas, mas o procedimento estruturado para a consulta não necessariamente vai ter aquela agilidade ou celeridade que se precisaria, ou mesmo a formalidade que ele tem, o grau de instrução que a consulta comporta, para que possamos dar essas respostas. Nós sabemos que, muitas vezes, a consulta é um instrumento quase que inacabado, fechado de informações e de processos. Seja do ponto de vista institucional – de se criar uma competência proativa para o Cade –, seja do ponto de vista procedimental – que nós também tenhamos a legislação, a infinidade de prazos que há nos inquéritos e nos processos administrativos –, ou seja, tem uma série de formalidades que não respondem mais àquela exigência. Por isso, inclusive, que há tanta abertura de Procedimentos Preparatórios (PPs) e não de inquéritos e de processos, porque o PP dá um pouco mais de flexibilidade à instrução e à interpretação dos casos. Então, talvez, não só da parte estrutural e institucional, mas também da parte procedimental, entregar ao Cade condições de ter uma ação maior pode ajudar muito para os próximos passos.

Eu creio que para a colaboração entre concorrentes e algumas indústrias, alguns serviços, precisa que isso, simplesmente, esteja direcionado. A concorrência nunca foi um fim. A concorrência sempre é um instrumento benéfico. Mesmo que eu limite a estrutura de uma plena concorrência, que essa concorrência se dê entre menos *players*, entre menos agentes, muito mais importante é orientar para que essa competitividade seja mais transparente, com regras mais claras, com *accountability* social das autoridades, ao mesmo tempo em que preconiza outros valores, como a sustentabilidade e a coesão social, que são aspectos que a Constituição brasileira, por exemplo, sempre primou. Eu creio que ela não pode estar desassociada quando se verifica o interesse maior, que é o interesse do progresso e dessa vertente muito importante que tem hoje, no Brasil, de admitir uma pluralidade, uma visão mais construtiva para a sociedade. Então, dentro dessa provocação, eu fico com uma pergunta: será que nós não poderíamos ou deveríamos fazer alguns ajustes na nossa legislação para viabilizar uma colaboração livre, correta entre concorrentes?

Carlos Jacques Vieira Gomes



Conselheiro do
Conselho Administrativo
de Defesa Econômica.

Eu vou discutir dois temas. O primeiro é sobre a colaboração de concorrentes, que não deveria, mas tem chegado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) por meio de consulta, em um assunto que se chama acordo de compra, que, em uma situação limite, poderia se transformar em um cartel de compra. Esse foi analisado pelo tribunal. Eu fui o relator desse caso e vou apresentar aqui as considerações. Além disso, em uma questão ligada à sustentabilidade, há duas semanas, a mim foi distribuída uma outra consulta. Essa, obviamente, como ainda vai ser analisada e apreciada, não podemos fazer nenhum juízo de valor sobre ela, mas posso descrever como que, na questão da sustentabilidade, o direito da concorrência e a teoria da concorrência encontram um desafio evidente, quando se reduz a competição ou cria-se riscos para redução da competição em um mercado, para fomentar benefícios para outros mercados ou para não consumidores. O caso dessa consulta que foi apresentada, que ainda vai ser apreciada pelo tribunal, é muito interessante. São empresas que competem no mercado de gestão de resíduos sólidos e elas estão levando ao Cade a seguinte questão: se nós

colaborarmos nesse mercado de gestão de resíduos sólidos – ou seja, em princípio, podemos verificar algum tipo de dano potencial à concorrência – vamos produzir biometano. Biometano não é gestão de resíduos sólidos, é um outro produto, outro mercado, outra realidade. Então, do ponto de vista da defesa do meio ambiente e das questões de sustentabilidade energética, econômica em geral, como o direito da concorrência vai se deparar com análises que são mais complexas? Alguns entendem que têm que ser incluídos benefícios fora do mercado, na análise de compensação de eficiências, com danos à concorrência, se houver, ainda que sejam danos toleráveis e não substanciais. Mas também alguns dizem que, se começássemos a compensar danos à concorrência com eficiências que não são do próprio mercado, que não é do próprio consumidor atingido, mas fora do mercado, nós poderíamos criar uma situação até limite, de essas colaborações impedirem a inovação, o que, no fundo, impediria a própria sustentabilidade, porque muito da inovação decorre da existência de um cenário de competição. O direito ao antitruste, o direito à concorrência, se perde o foco da defesa da concorrência, ele pode prejudicar a própria sustentabilidade e a inovação. Esses são os desafios, mas esse é um tema que o tribunal ainda vai, nesse caso, estudar, analisar e julgar.

O outro caso, que não se relaciona à sustentabilidade, mas que é do tema de colaboração entre concorrentes, é o de duas empresas no Brasil que são varejistas no mercado de material de construção. Elas queriam fazer um acordo, fizeram um memorando de entendimentos, apresentaram ao Cade como consultor, dizendo que iriam criar um comitê de compra, comprar conjuntamente dos fornecedores e atuar de forma independente. Qual era o objetivo do comitê de compras? Negociar condições melhores de fornecimento, principalmente descontos e aumentar o *mix* de produtos, porque o fornecedor, muitas vezes, faz o produto com a marca da empresa varejista, que vende o produto de material de construção. Quando essas duas empresas – a Cassol Centelar e a Todimo – passassem a negociar conjuntamente, a marca própria de uma poderia ser colocada na loja de outra, mas com a ajuda do fornecedor produzindo para ambas, aumentando os volumes. Então, o *mix* de produtos aumentaria. O que mais aumentaria? O próprio volume de aquisição. Por quê? Quando elas fazem o comitê de compras, somam as cotas de volume. Elas mesmas disseram que, no caso

de um fornecedor de tintas, elas tinham o *status* de azul marinho, *navy blue*, mas não tinham o *status black*, que era o *status* superior. Quando elas somam os volumes de cada, ambas vão para o *status black*. O que isso significa? Mais desconto, menor preço e, portanto, um volume maior de compras, pelo menos presumido. O que o acordo de compras mostra, do ponto de vista negativo, é a redução da concorrência, podendo chegar a cartel de compra. Do ponto de vista positivo, é que, se houver economias de escala no mercado dos fornecedores, pode-se ter uma redução geral de preços e, inclusive, beneficiar o consumidor na ponta. Então, o acordo de compras, o *Joint Purchase Agreement*, conforme atualizado em 2023 na União Europeia, no capítulo 4, pode ser benéfico, em última análise, ao próprio consumidor, e aumentar os volumes de venda do fornecedor, dos distribuidores, na aquisição etc. Isso foi analisado.

Quais seriam os riscos? O que o Cade analisou? Primeiro, esse acordo de compras se transformaria em um cartel de compras? Não. Por quê? Qual o critério? As empresas que estão fazendo o acordo têm qual *share*? Juntas, não chegavam a 5%. Perante o fornecedor individualmente, que nem é uma análise de mercado, era uma análise individualizada, elas compravam, no máximo, 6% do que um fornecedor vendia. O fornecedor que mais vendia a elas, era 6% do seu volume de oferta. Então, foi entendido que as empresas eram muito pequenas, para que o acordo de compra entre elas pudesse gerar uma preocupação concorrencial a cartel de compras. A Comunidade Europeia usa um critério de presunção relativa de 15%, ou seja, até 15% das empresas envolvidas na operação, o acordo de compras não geraria grandes preocupações concorrenciais. Acima de 15%, sim. No caso, não se chegava a 5%. Então, o poder de monopólio foi afastado. O segundo ponto é a troca de informação concorrencialmente sensível. Esse ponto tem risco porque no comitê de compra, uma sabe o volume que a outra está comprando e essa é uma informação concorrencialmente sensível. No entanto, de novo, por serem tão pequenas, o Cade entendeu que não havia preocupação. O terceiro ponto era se a consulta estava sendo inapropriada, porque não se pode usar a consulta para contrato associativo, mas o contrato associativo nesse caso foi afastado. Esse comitê de compras não tinha a noção de empreendimento comum, apesar do nome. Eles não compravam coletivamente. Eles só negociavam os descontos coletivamente. Individualmente, cada empresa podia comprar e não era obrigada a comprar, mesmo que fosse negociado coletivamente. Não havia compartilhamento de riscos, no sentido de que os diretores de cada empresa eram remunerados pela própria empresa e não por um comitê. O comitê não tinha orçamento nem capital. Então, todos esses elementos afastaram a ideia de que se tratava de um contrato associativo. A consulta foi conhecida e apreciada.

Mariana Tavares



Advogada.

Quando anunciaram o tema do painel, eu pensei: “o que é que há para dizer em 2024 sobre acordos entre concorrentes?”, porque não há tema mais clássico do direito à concorrência que não seja o tema de acordos entre concorrentes. No século XIX foram proibidos nos Estados Unidos, desde que afetassem a concorrência. O que há de novo e por quê nós continuamos a debater acordos entre concorrentes? A contemporaneidade do debate está no contexto geopolítico que vivemos e é neste contexto que os acordos entre concorrentes têm de ser debatidos e falados. Por isso, apesar de serem proibidos há mais de um século, continuamos a debater a questão dos acordos entre concorrentes porque os contextos geopolíticos vão mudando.

Por que continuamos a debater os acordos entre concorrentes? Há novas teorias de dano? Há novas eficiências que justifiquem? Seguramente que sim. Eu diria que, mais do que isso, a novidade da contemporaneidade do debate sobre o tema tão clássico está no contexto geopolítico que vivemos. Esse contexto tende a ser diferente entre Portugal e Brasil, entre a União Europeia e a América Latina. Alguns desafios são co-

muns. Por exemplo, a sustentabilidade. Outros desafios são específicos. Neste caso, na Europa, temos a crise energética provocada pelo conflito da Ucrânia, que afeta muito os países da União Europeia. O direito à concorrência não é neutro nem irrelevante neste debate e nestes desafios que se levantam de um lado a outro do Atlântico. Por quê? Porque o direito à concorrência não é aplicado em um vácuo e tampouco é neutro do ponto de vista dos valores e objetivos que percebe. Aliás, a concorrência nunca foi um fim, não é porque outros objetivos das nossas constituições têm para ser protegidos, que podem sobrepor-se ao trabalho, ao alcance dos quais o direito à concorrência possa ser aplicado. Este é um debate que, há década e meia, era um tabu. Na Europa, ninguém falava de outros objetivos. Agora, é um debate sem vergonha nenhuma e começando até o grande debate do direito à concorrência sobre que outros objetivos ou que objetivos devem ser considerados quando se faz uma aplicação do direito à concorrência.

Estamos, de fato, trabalhando em tempos de incerteza geopolítica e refiro-me não só ao trabalho das autorais da concorrência, mas também ao trabalho das empresas e dos advogados que aconselham as empresas. A última década e meia, na União Europeia, tem sido uma época de gestão de crises e as autoridades da concorrência têm vivido também épocas de gestão de crises. Que crises estou falando? Temos a crise financeira, de 2008 até 2014, temos a crise provocada pela saída do Reino Unido da União Europeia, o chamado Brexit, depois tivemos a crise de covid-19, que colocou desafios ao direito à concorrência, principalmente às cadeias de abastecimento. Agora, temos a crise da Guerra da Ucrânia, que provoca grandes problemas de autonomia energética, uma vez que grande parte da União Europeia estava dependente da energia, da eletricidade e do petróleo que vinha da Rússia, que se quis cortar com a imposição de sanções. Além disso, temos a emergência ecológica que leva ao debate sobre a sustentabilidade e sobre qual o papel dos acordos de sustentabilidade entre empresas. Portanto, nós continuamos a falar do tema de acordos entre empresas precisamente porque os contextos geopolíticos nos quais estes acordos são debatidos vai mudando e, atualmente, ou pelo menos nas últimas décadas, têm sido acordos de crise. Já quase não há uma situação normal de aplicação do direito à concorrência, mas são situações de aplicação do direito à concorrência em épocas de crise. Isto leva

a que se questione qual o papel do direito à concorrência no alcance de outros objetivos, seja a estabilidade econômica, de fornecimento de energia, de alcance de objetivos ecológicos.

Estamos operando em um mundo em constante mudança, que é muito diferente daquilo que estávamos habituados a viver de estabilidade. Começa-se a ver a instabilidade que é a de subida. Logo, as autoridades da concorrência começam a falar também do combate à inflação. Não se via uma autoridade da concorrência perguntar qual é o seu papel no combate à inflação. Primeiro que a inflação, nos anos 70, era um fenômeno muito grande, mas foi estabilizado há anos na União Europeia. O papel das autoridades da concorrência é combater a inflação? Talvez também seja. O que elas podem fazer? Isto também traz desafios às autoridades da concorrência e às empresas. São épocas de grande incerteza jurídica. Por quê? Precisamente, porque é uma aplicação do direito à concorrência em época de crise, ou seja, que é feita de forma extraordinária. Questões que estão colocadas e, talvez, para as quais as autoridades querem dar respostas diferentes àquelas que já tinham sido dadas anteriormente. Tudo isto traz incertezas.

No contexto europeu, estas incertezas jurídicas são agravadas. Também porque se fala de promoção de outros objetivos, que são objetos de outras regulamentações, como o *Digital Markets Act*, ou seja, a regulação dos mercados digitais, a regulação dos serviços digitais, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGDP), ou seja, a regulação para a proteção de dados. Estes regimes que se aplicam, acima de tudo, aos negócios e às empresas, dialogam também com as regras da concorrência. Como se aplicam? Que choques e conflitos existem? Pela primeira vez, estão sendo aplicados e não há jurisprudência, não há experiência. É o direito a ser criado e o direito se transforma constantemente. Este é um bom exemplo. As empresas, neste momento, vivem essa transformação constante do direito, neste caso, o direito à concorrência.

Acresce-se que no contexto da União Europeia celebramos agora os 20 anos desde a entrada em vigor do Regulamento 1 de 2003, que é o Regulamento da União Europeia que levou à descentralização da aplicação do direito europeu, ou seja, as autoridades nacionais da concorrência passam a aplicar não só o direito nacional, como também o direito previsto nos tratados. O que há de novo nisto? A interpretação do tratado sobrepõe-se à interpretação do direito nacional. Isto levou também a que as autoridades da concorrência abrissem muitos mais casos de investigação. Entre 2004 e 2023, foram abertas 3 mil investigações pelas autoridades nacionais da concorrência, em nível europeu. Trata-se de um efeito extraordinário com resultados profundos. Um dos resultados é o papel crescente que as agências nacionais desempenham na aplicação do direito da União Europeia. É justo dizer que as autoridades de concorrência têm feito um esfor-

ção para explicar as suas prioridades e elaborar documentos que dão as suas perspectivas sobre a interpretação do direito. Como há um cenário de grande incerteza, é justo admitir que as autoridades têm feito um esforço para que se conheçam a sua interpretação de como aplicarão o direito e até quais são as prioridades para a aplicação desse direito. Darei dois exemplos concretos. As orientações da Comissão Europeia sobre os Acordos Horizontais, que, no capítulo 9, abordam as questões da sustentabilidade. Outro exemplo, que irá alterar da concorrência portuguesa, que teve até recentemente em consulta pública, é o Guia de Boas Práticas dos Acordos de Sustentabilidade. Este é um trabalho muito importante da parte das autoridades que dialogam, sem perder o aspecto da autoridade da concorrência, com as empresas, no sentido de mostrar o direito da concorrência e como prosseguir outros objetivos.

Outra parte, relativa à intervenção das autoridades nesta questão de prosseguir outros objetivos, está também nas prioridades que elegem para a sua atividade de *enforcement*. Um exemplo que tem estado em debate, nomeadamente na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, sobre aqueles acordos que proíbem, entre empresas, a não contratação de trabalhadores. Pela primeira vez, começa-se a falar da aplicação do direito da concorrência no mercado de trabalho. Como estamos em pleno Euro 2024, como Portugal e Brasil, o futebol é o esporte-rei, o primeiro caso da autoridade da concorrência sobre isso foi um caso que se aplicou à Liga Portuguesa de Futebol Profissional, em que a autoridade da concorrência ordenou à Liga, em 2020, a suspensão imediata da deliberação que impedia a contratação pelos clubes da Primeira e Segunda Ligas de futebolistas que tinham rescindido unilateralmente o contrato de trabalho e que invocassem, para essa rescisão, questões ligadas à pandemia de covid-19. Entretanto, em 2022, a autoridade da concorrência emitiu pela primeira vez uma decisão sancionatória de um acordo de não contratação de trabalhadores que envolveu a Liga Portuguesa de Futebol e 31 sociedades desportivas. Nos Estados Unidos fala-se muito, ultimamente, desses acordos nos mercados digitais, em que as grandes empresas têm acordos para não contratar engenheiros de programação de outras empresas. Portanto, até que ponto isto é contrário ao direito à concorrência ou até que ponto é que isto é necessário para que as empresas tenham a estabilidade para progredir e inovar?

Realmente, os tempos que nós vivemos são de incertezas, as autoridades da concorrência aplicam o direito à concorrência neste contexto e sempre com a visão de alcance do objetivo de concorrência e de outros objetivos fundamentais para a vida em sociedade, aos quais uma autoridade da concorrência e as empresas não podem ser neutras.

Tomas Fuchs



CEO da Datora e
Presidente do Conselho
de Administração da
TelComp.

Eu não sou jurista, sou um empresário e presidente do conselho da Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas, logo, tenho uma visão da prática, do dia a dia.

O setor de telecomunicações é um setor onde eu compro, vendo, concorro, construo com o meu concorrente, brigo, vou no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), vou na Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), vou na Justiça. É um setor que tem uma competitividade muito importante e muito grande. Este é o primeiro ponto.

O segundo ponto importante é que nós, normalmente, só enxergamos três ou quatro operadoras no Brasil. Temos Vivo, Claro, Tim, Oi, e tem mais 10 mil empresas. Pouco sabe-se disso, mas, quando se olha São Paulo, Rio de Janeiro e outras grandes cidades, se tem as grandes operadoras. Quando vai se afastando dessas grandes cidades, tem pequenas operadoras, onde elas, em conjunto, dominam o mercado. Elas têm um *market share* até de 90% em conjunto. Quando vai para as grandes cidades, as três operadoras têm um *market share* acima de 60%. O mercado de provimento de internet é um mercado que nasceu de co-

laboração. Então, imagine uma cidade pequenininha no interior do Ceará, a internet só chega lá porque uma série de empresas vão montando as suas redes e, em algum momento, elas se interconectam, se entroncam e levam a internet. Logo, é realmente uma rede composta por uma quantidade muito grande de empresas.

A primeira colaboração no nosso mercado vem da época ainda da Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Tinha-se três empresas dominantes, obviamente monopolistas, e o regulador, que é uma agência reguladora muito forte e muito importante para o nosso setor e acredito que para outros setores. Sem a abertura do mercado, sem a obrigação de as operadoras e as empresas colaborarem entre si, é uma obrigação, mas não deixa de ser uma colaboração. Pode-se comunicar, senão teríamos uma rede de celular ou de telefonia fixa falando só com ela mesma. Nós teríamos que ter vários números telefônicos e ser clientes de várias empresas. Essa possibilidade de colaborar ou de interconectar vem da época da LGT.

Quando entramos nesse mercado realmente colaborativo, hoje, vemos, no próprio Cade, as decisões favoráveis à *Ran Sharing*, que é quando duas empresas usam os mesmos equipamentos em suas infraestruturas, e isso, obviamente, é importante não só para a sustentabilidade, mas para chegar ao cidadão brasileiro, porque, no final de tudo, não podemos esquecer que a competição, a não competição, a coordenação ou qualquer outra coisa, tem que beneficiar, no final, quem usa. Não podemos esquecer que tudo está ligado a uma pessoa, física ou jurídica. Qualquer colaboração que vá ter ou que já tenha, não podemos esquecer, o beneficiário final, é um usuário, uma pessoa física ou jurídica, que pode estar em São Paulo, no Rio de Janeiro, ou no meio da Amazônia.

Quando olhamos o nosso setor, especificamente, é fundamental ter um órgão regulador e o Cade. Nós tivemos vários casos, nos últimos anos, com a colaboração do Cade, e da própria agência, e não podemos esquecer que o Brasil são vários *Brasis* dentro de um país só. Quando olhamos, por exemplo, em telefonia móvel, hoje, tem 20% do mercado brasileiro coberto. Vinte por cento da área geográfica brasileira é coberta por sistemas de telecomunicações móveis, 80% não. Nas grandes cidades, nós somos bem atendidos. Quando começa-se a se afastar desses grandes centros,

precisa-se, sim, de algum outro mecanismo, de algum outro tipo de colaboração, para que possamos entregar internet para os outros brasileiros que não estão nos grandes centros. Aqui entra a Anatel, o Cade, entra a frequência, porque não dá só para botar no ar a telefonia móvel, precisa-se de radiofrequência, entra-se em uma série de pontos, obviamente, setoriais, em que a participação do mercado, tanto do regulador quanto do órgão de defesa, é muito importante.

Eu não sou jurista, estou sendo um pouco mais prático, mas acho que não podemos esquecer do usuário final, da pessoa física. Quando estamos em um setor com *players* gigantes, eles, de vez em quando, colaboram ou têm que ser forçados. Acho que isso é no mundo inteiro, não é só no mercado brasileiro. Talvez o mercado de telecomunicações seja um pouco diferente pelos seus tamanhos.

Paulo Burnier da Silveira



Especialista Sênior de
Concorrência na
Organização para a
Cooperação e
Desenvolvimento
Econômico .

Naturalmente, as opiniões aqui não são da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), mas acho que refletem um pouco a temperatura dos debates que ocorrem. A palavra “limites” é uma palavra-chave nessa discussão de colaboração entre concorrentes. Qual é a questão? Eu acho que a questão tem a ver com limites, no sentido de fronteira, limites da licitude. Até onde pode e não pode? Qual é a fronteira da licitude?

Colaboração entre concorrentes, de uma maneira geral, para pessoas que trabalham na área, para as autoridades da concorrência, é visto com um pouco de reticência. Concorrentes têm que competir e não deveriam estar colaborando. Esta é, talvez, a primeira reação, pelo menos é uma reação comum. Por questões que não são difíceis de compreender, que a aproximação de um concorrente com outro pode trazer impactos de redução de rivalidade, se conhece melhor o comportamento do outro, portanto, pode ter implicações colusivas, ainda que indiretas ou tácitas. No entanto, a verdade é que há situações em que a colaboração entre concorrentes é positiva. O exemplo de telecomunicações é muito ilustrativo. O

compartilhamento de infraestrutura é importante, pois imagina o custo que seria se não houvesse uma colaboração entre concorrentes para compartilhar estruturas. Os custos seriam muito maiores e os consumidores iam sofrer as consequências e os impactos. Outro exemplo também, para ficar em um passado recente, foi durante a pandemia. Eu acho que, em momentos de crise, esse tema da colaboração entre concorrentes, aumenta de importância diante da necessidade. A parceria entre a Pfizer, uma empresa americana, e a empresa alemã BioNTech permitiu criação, descoberta, testes e aprovação de uma vacina de combate ao vírus em um tempo muito rápido, inclusive inferior ao que muitos especialistas especulavam no início da pandemia. A pandemia estourou em março de 2020, e, em dezembro de 2020, a Pfizer e a BioNTech conseguiram a primeira aprovação regulatória no Reino Unido, permitindo o início de aplicação das vacinas, depois teve um processo de produção, que também tem o seu tempo. Esses são dois exemplos ilustrativos em que a colaboração de concorrentes se mostrou positiva. Portanto, essa é uma dimensão importante que a política pública deve estar atenta.

Como eu vejo isso na perspectiva da OCDE? O lema da OCDE é **Melhores Políticas para uma Vida Melhor**, “*Better Policies for Better Lives*”, ou seja, melhores políticas públicas para uma vida melhor do cidadão, em geral. Então, é sempre sobre esse olhar em que as discussões e os debates da OCDE se direcionam. Como que se manifestam nesse tema? Quais são as melhores políticas públicas que estão sendo feitas ao redor do mundo? É um exercício e um pouco de *benchmarking*. Vamos identificar as boas práticas e, se há um conjunto de boas práticas que sejam identificadas, se existe um *common practice*, podemos dizer que há um *standard*. Um *standard* da OCDE é um reflexo de boas práticas adotadas pelo conjunto dos países que compõem a organização. Nesse ponto específico, eu acho que a OCDE tem tentado colaborar para o debate enxergando a questão limites, fronteira da licitude, como uma área cinzenta. De fato, é difícil identificar o limite e o debate, muitas vezes, se dá na fronteira. Onde se situa essa fronteira? Então, a maneira de colaborar é reduzir a área cinzenta de incerteza, trazendo um pouco mais de previsibilidade e de segurança jurídica. Nessa toada, acho que uma série de iniciativas podem ser identificadas ao redor do mundo, e a OCDE tenta, de certa forma, coletar e agrupar as melhores.

A Austrália tem um exemplo muito interessante, que dialoga bem com a nossa consulta do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Eles têm um regime de autorização de acordos de concorrentes. Se notifica, previamente, as empresas e a iniciativa, e a autoridade da concorrência, que na Austrália é a Comissão Australiana de Competição e do Consumidor (ACCC), faz uma análise bastante séria e um *fast track*, pelo menos, para validar e dizer que tem um sistema que funciona dessa forma. Salvo engano, eu acho até que o Cade, durante a pandemia, chegou a adotar esse procedimento de forma emergencial, inspirado, talvez, por essas discussões da OCDE. Me parece que, de certa forma, tem uma semelhança com o nosso instituto da consulta e, por isso, eu trouxe, mas, é mais específico para acordos entre concorrentes e parece funcionar relativamente bem, não que necessariamente precise ser replicado, mas talvez possa ser observado.

Outras autoridades de concorrência, diria até a maioria, adotaram um pouco o esquema de *guidelines*, para tentar esclarecer e trazer mais previsibilidade com diretrizes mais claras, inclusive, publicadas. É o caso dos Estados Unidos, da Holanda e da Comissão Europeia, que trazem *guidelines*, guias, diretrizes específicas, normalmente elaboradas, publicadas pelas autoridades da concorrência, portanto, com um custo administrativo mais baixo do que um processo normativo mais longo e legislativo, por exemplo, mas que também agrega e contribui para diminuir a área cinzenta, ou seja, diminuir o nível de incerteza. A OCDE, por exemplo, identificou, no espírito de estabelecer *safe harbor*, balizas ou portos seguros, primeiro, uma lista de *don'ts*, o que não pode, como colaboração entre concorrentes sobre preço, acordo entre concorrentes sobre custo, sobre salário etc. Acho que isso já elimina uma parte. Por outro lado, se não for possível falar o que pode, os *dos*, pelo menos indicar alguns elementos em que apontem para permissibilidade. Em cenários de crise, a OCDE, com base nesse diálogo de práticas comuns ao redor do mundo, fala que sempre que possível é importante definir o escopo. Uma definição do escopo e uma temporal são dois aspectos que ajudam. Por exemplo, em crises de abastecimento, talvez não precise incluir todos os produtos de uma determinada rede e de cadeia de distribuição. Mais uma vez, fazendo um paralelo concreto da pandemia, houve rupturas de estoque, de fornecimento de máscaras e álcool em gel. Talvez esses produtos justificassem, sim, uma conversa entre produtores, fornecedores, mercados participantes dessa cadeia, por uma questão maior de equidade, de distribuição, de oferta, de atender uma demanda por conta de uma inequação da oferta-demanda. Acho que é um exemplo concreto. Sobre a definição temporal, o ideal é que essas colaborações tenham um prazo definido, que não sejam para sempre. Podem durar seis meses, um ano, dois anos, três anos, o que a realidade exigir. De novo, esses são elementos que talvez apontem para uma maior possibilidade ainda, que há outros exemplos em que talvez isso não seja completamente aplicado. Mais uma vez, o exemplo da telecomunicação,

de compartilhamento de infraestrutura, é mais perene naturalmente, do ponto de vista temporal.

Eu só queria terminar com algumas perspectivas futuras. No ano passado, foi publicado um guia de acordos horizontais, ou pelo menos uma atualização do guia de acordos horizontais da Comissão Europeia, que traz elementos bastante interessantes. Dois deles se comunicam bem com o tema desse painel. Um é a questão da sustentabilidade, ou seja, quando a colaboração entre concorrentes aumenta, gera um incremento, um benefício relacionado à sustentabilidade e ao meio ambiente. Um outro vetor é a questão da tecnologia. Na semana passada, houve um debate que tocava, na verdade, à inteligência artificial, mas que trouxe à baila esse tema do acordo entre concorrentes, e um professor sugeriu uma isenção para os acordos entre concorrentes que tratem do desenvolvimento da tecnologia de inteligência artificial generativa, sob a condição que sejam de código aberto e de livre acesso. A posição dele cai até fora do *threshold* mínimo da Comissão Europeia, ou seja, não existe uma participação mínima de mercado, de 20% a 25%. O importante é o tema, de como as questões tecnológicas estão desenvolvendo com rapidez, e a inteligência artificial é uma manifestação clara disso. A colaboração entre concorrentes, eventualmente, pode servir, sobretudo e relação a essas condições de código de fonte aberta e de acesso livre, para que outros possam ter acesso justamente à inovação e como ela está se desenvolvendo. Esse é um caminho, pelo menos, de discussão desse tema. Então, sustentabilidade e tecnologia são duas frentes importantes, olhando para o futuro, nesse tema de colaboração entre concorrentes.

Alexandre Cordeiro Macedo



Presidente do Conselho
Administrativo de
Defesa Econômica.

Esse tema é muito importante porque, a rigor, concorrente é para competir, não para colaborar. Mas, a prática, no dia a dia, foi mostrando que algumas colaborações são eficientes e importantes de serem feitas, e o mercado foi proporcionando isso. O mercado foi dizendo que isso era importante e as autoridades antitrustes ao redor do mundo também foram entendendo que algumas situações são relevantes para permitir a colaboração entre competidores.

Há duas formas de se analisar isso. Uma é analisar a colaboração entre concorrentes dentro do direito concorrencial, e outra é analisar ele do lado de fora do direito concorrencial. Olhar para o lado de dentro do direito concorrencial é quando se analisa a colaboração entre competidores e o que ela gera como efeito concorrencial ou não. É uma barganha coletiva, por exemplo, um *RAN Sharing*, um compartilhamento de infraestrutura, que, no final do dia, gera certa eficiência, uma melhora na qualidade da prestação dos serviços ou dos produtos e um menor preço. A outra visão é ter um olhar para o direito da concorrência visando a outros objetivos que não sejam objetivos específicos do *Consumer Welfare Standard* da Escola

de Chicago. Esse tema foi muito discriminado nas duas pontas, especialmente na primeira, de olhar para dentro da concorrência.

Falando de dentro da concorrência, esse tema pode ganhar várias vertentes. Ele pode ganhar uma vertente de chegar até uma colaboração para a compra e chegar a uma barganha coletiva para a venda. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) já analisou um caso assim, o caso Simba Content, uma *joint venture* entre algumas televisões para barganhar o valor do sinal aberto com as *cables*. Olhando para a concorrência, tem um livro muito interessante, chamado "Capitalismo Americano", do John Kenneth Galbraith, que trata de uma tese específica do direito concorrencial, que se chama Tese do Poder Compensatório. Essa Tese do Poder Compensatório tem como eficiência a eliminação de peso morto, ou seja, é uma coisa muito específica da concorrência que pode gerar eficiência. Agora, mesmo falando para dentro da concorrência, essa eficiência de eliminação de peso morto não significa que será repassada para os produtos. Ela significa, em um sentido geral, uma melhor alocação dos recursos, o que acaba beneficiando a sociedade de uma maneira geral e não necessariamente em relação aos produtos. Então, pode se juntar para fazer um cartel de compra ou se juntar para fazer uma colaboração para a venda com capacidade de eliminação de peso morto, como tem na Austrália. A Comissão Australiana de Competição e do Consumidor (ACCC) tem um procedimento específico, por exemplo, em que se pode juntar em um grupo de empresas que são menores e pede para que a Austrália autorize que se barganhe coletivamente contra aquela outra empresa por um determinado período, inclusive ajustando o preço para poder vender ou comprar os seus produtos.

Outro lado é discutir a concorrência com foco nos objetivos do que a concorrência tem para a sociedade. Temos que tomar muito cuidado com isso. Estamos em uma fase, hoje, do direito antitruste no mundo em que estamos em um pêndulo nos direcionando para um período prévio à Escola de Chicago, que é uma tese e uma ideia de que o direito concorrencial se presta a defender outros objetivos que não sejam o consumidor, no final do dia, melhor produto, melhor qualidade de serviço e menor preço. Essa tese já foi testada, mas, como tudo no mundo, a vida é um pêndulo e a história do mundo mostra isso. Nós vamos para um lado, depois vamos para o outro. O que nós não

podemos fazer é topar os radicalismos. Temos que tentar ficar em uma forma em que nós tenhamos um caminho para voltar. Por que eu estou dizendo isso? Aqueles que defendem que o direito antitruste deve – seja via colaboração entre competidores, seja de qualquer outra forma – ter outros objetivos que não sejam a defesa do consumidor, têm que tomar muito cuidado para que nós não banalizemos a decisão técnica do direito da concorrência. O que isso quer dizer? Muito tem se falado em sustentabilidade, que é um tema de extrema importância para o mundo inteiro e até de sobrevivência. A pergunta é: é missão do direito concorrencial cuidar de sustentabilidade? Se nós dissermos que sim, estamos elegendo um valor, trazendo para dentro de um direito que não nasceu com ele, e abrindo a oportunidade de qualquer outro valor que uma sociedade eleja como politicamente importante seja trazida para uma decisão técnica. Eu posso, em vez de trazer sustentabilidade, trazer pobreza e desigualdade e, falando de um país não tão desenvolvido, pode ser um tema mais urgente do que a sustentabilidade. Eu posso trazer para o direito concorrencial igualdade de gênero. Todos esses valores e esses direitos, se nós começarmos como autoridade antitruste, só pesar em relação àquilo que é a nossa missão institucional, nós temos uma grande chance de nos perdemos para aquilo que fomos criados.

Quando existe uma colaboração – e não estou falando dos extremos, como uma pandemia, ou uma tragédia ambiental, como aconteceu no Rio Grande do Sul, mas do dia a dia do direito concorrencial – , eu acho que nós não devemos só pesar esses valores, mas é claro que, por exemplo, em uma pandemia, e o Cade está de olho nisso, nós fizemos isso. O Cade não abriu mão da concorrência. O que ele fez foi relativizar, naquele momento, um valor, mas, mesmo assim, no acordo que foi feito, garantir que a concorrência deveria ser reestabelecida da maneira originária, assim que acabasse o evento extremo. Foi isso que fizemos na época da pandemia, com todos os protocolos antitrustes. Isso é papel da autoridade, entender que vive num contexto de um mundo real, e que, muito embora seja a missão institucional da autoridade antitruste e, portanto, sua finalidade, ela não é o valor maior da sociedade. Portanto, devemos só pesar nos momentos extremos, com muita cautela e sempre sem queimar as pontes, tendo uma possibilidade de retorno. Por isso, esse tema de colaboração entre concorrentes, voltou a ser um tema muito interessante para o mundo, porque todas as pessoas sentiram a necessidade de unir esforços para resolver um problema emergente. Todos perguntaram: “será que vai passar no Cade? Será que vai passar no Federal Trade Commission (FTC)? Será que as autoridades antitrustes vão deixar?”. Na primeira aula de Direito que eu tive, um professor disse que a primeira coisa que tem que aprender é que Direito, antes de mais nada, é bom senso. Os desaforos que são feitos no mundo jurídico são claramente percebidos mais cedo ou mais tarde. Qualquer jurista que não tem bom senso realmente não consegue cumprir a sua missão, que é entregar justiça para a sociedade. Então, colaboração entre concorrentes chamou atenção, especialmente na pandemia.

Nós fizemos mais um caso de colaboração entre concorrentes antes da pandemia, e o Brasil está na vanguarda disso, porque o mundo sempre discriminou. Foi na época da greve dos caminhoneiros. Nós precisávamos fazer o transporte do combustível no Brasil, e conseguimos aprovar um acordo no Cade que as distribuidoras de combustíveis pudessem dividir os seus caminhões, para que todas pudessem distribuir o combustível no Brasil inteiro. Fizemos um protocolo antitruste, em que, depois que acabasse a greve, cada um voltaria a competir, e a competição seria reestabelecida.

O mais importante é lembrarmos que esse tema tem que ser tratado com muito cuidado. Não podemos misturar as coisas. Tem duas formas de olhar para ele: a primeira é para dentro da concorrência e a segunda é em relação aos objetivos do antitruste. Se estamos discutindo objetivos do antitruste em questões extremas, é possível abrir algumas exceções. Caso contrário, muito cuidado para não abrirmos uma caixa de Pandora, porque cada país, cada jurisdição que entender por bem que determinado valor é politicamente mais importante naquele momento, traz isso para dentro do direito antitruste e passa a aprovar ou reprovar a fusão em função de questões sociais. No Brasil, possivelmente, desigualdade é mais importante do que meio ambiente, quando se compara com os Estados Unidos ou com os países europeus. Deixaríamos de falar a mesma língua, que é a língua da concorrência em todas as jurisdições do mundo, o que aumenta demais o custo de transação e a insegurança e a falta de previsibilidade das empresas.

MESA XI

11

MODERADORA - KÁTIA ABREU¹

AGRONEGÓCIO NA ECONOMIA GLOBAL

¹ Senadora da República do Brasil (2016-2023).

Kátia Abreu



Senadora da República
do Brasil (2016-2023).

Todo o Brasil representa 2% do mercado mundial, ou seja, de tudo que se comercializa no globo, 2% é do Brasil, mas quando se separa só o agronegócio, nós representamos 7% do comércio global. Nós teríamos condições, já deveríamos e já poderíamos estar, com tranquilidade, representando 10%, 12% desse mercado. Eu acho que esse deve ser o foco que nós deveremos perseguir.

Um outro dado muito curioso é que a Organização das Nações Unidas (ONU) diz, por meio da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), que o Brasil precisa ampliar muito a sua produção através da produtividade até 2050. A FAO não diz onde é o endereço dessas áreas, mas fez um estudo dos países e coloca essa responsabilidade em cada país. Quanto que se precisa produzir a mais para suportar a população de 2050? O segundo país que a FAO mais espera são os Estados Unidos (EUA), com um aumento de 26%. Espera um aumento de 15% da China e em torno de 12% da Europa. Qual é o país que a FAO mais espera no aumento de produção e produtividade? Claro que é o Brasil, só que não são 26% como dos Estados Unidos, são 40%, sem desmatamento ilegal. Então, a nossa res-

ponsabilidade é enorme e o grande desafio é localizarmos essas áreas, porque, na agricultura, ninguém joga a semente do céu e nasce. Nós precisamos de infraestrutura, de estrada, de ferrovia, de energia e de portos. Esse é um passo que nós devemos dar para identificar esses lugares no Brasil. Nós estamos falando da pecuária no Pará, de áreas degradadas, mas que são fertilíssimas, com pouca coisa? Nós estamos falando do Mato Grosso? Nós estamos falando do Matopiba? Onde especificamente estão essas áreas?

Por incrível que pareça, a África não foi listada pela FAO, em que pese tenha grandes áreas e que já tenha tido grandes áreas produtoras, como Angola, embora, devido às guerras civis, essa agricultura tenha acabado. Mas, justamente, como 2050 está muito próximo, e a infraestrutura necessária na África seja tão grande, que não vai dar para compatibilizar essa produção. A FAO não está descartando a África, absolutamente, mas essa contabilidade da FAO é grave. Isso precisa ser observado pelos países e por todos os organismos. Então, a África ainda é a última das últimas fronteiras agrícolas do mundo. Se nós olharmos para o resto do mundo, fora a África, nós vamos entender que o Matopiba, no Tocantins, o Mato Grosso, Goiás e o sul do Pará são as últimas fronteiras agrícolas que nós temos no nosso país e no mundo. Por quê? Porque quando se olha o mapa do Brasil, do lado direito, depois do Matopiba, do Maranhão, do Piauí e da Bahia, vai se encontrar o semiárido, que não é apropriado para a agricultura. Quando se olha para a esquerda, nós estamos vendo a Amazônia, que não é permitido por nós mesmos, e não porque alguém mandou, pois temos que ter um cuidado muito especial por conta da reservação de chuvas no futuro. Então, essa região do Centro-Oeste brasileiro ainda é uma grande fronteira agrícola, é uma das últimas do mundo, tirando a África.

Então, nós estamos aqui para discutir a segurança alimentar, que está muito ligada a outras seguranças, como a mineral e a energética, pois tudo passa por esse grande agro que nós temos no país, representado e conhecido no mundo todo. Uma palavra que representa o Brasil, que sempre ficou no meu ouvido e no meu coração, é “gigante”. As pessoas se referem a nós como um gigante na produção de alimentos e eu tenho muito orgulho disso.

Otávio Carneiro



CIO da Enforce Gestão
de Ativos e do BTG
Pactual.

Como diretor de investimentos da Enforce, que é uma empresa de recuperação de crédito e sócio do BTG Pactual, eu vou tentar trazer aqui para a nossa discussão uma visão jurídico-financeira e dados para o nosso debate.

O Brasil, na última safra, foi o maior produtor do mundo dos seguintes itens: soja, açúcar, café, laranja e suco de laranja. Ele também foi o segundo maior produtor do mundo de carne bovina, celulose e etanol. Foi o terceiro maior produtor do mundo de carne de frango, milho e fumo, e o quarto maior produtor do mundo de algodão. Quando falamos em relevância do mercado de exportação mundial no *agrobusiness*, o Brasil é o maior exportador do mundo em todos os itens citados anteriormente, com exceção do etanol e do algodão, que nós ficamos em segundo lugar. Na safra passada, chegamos a ter 56% do mercado mundial de exportação de soja, 76% do mercado de suco de laranja, 44% do mercado mundial de açúcar e não menos de 20% dos demais itens supracitados. A China é quem absorve a maior parte da nossa produção agrícola, com 36% na safra passada. A União Europeia absorve mais ou menos 13%, os Estados Unidos ficam com algo em torno de 6%,

e o restante é extremamente pulverizado. Todas essas atividades relacionadas ao *agro-business* representam aproximadamente um quarto de todo o Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro em 2023, segundo o Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (CPEA) da Universidade de São Paulo (USP).

Como muitos gostam de dizer, e eu acredito nisso e o banco também, o agro é o Brasil que dá certo já há muito tempo. O jornal Valor Econômico publicou uma reportagem falando que o plano safra do governo no ano passado foi de 435 bilhões de reais, e o ministro da Agricultura, Carlos Fávaro, tem assinado com algo em torno de 500 bilhões de reais por ano. O curioso é que, na contramão dessas várias notícias, segundo o *Serasa*, no ano passado foram 127 pedidos de recuperação judicial de produtores rurais *versus* 24 pedidos em 2022. Os produtores mais afetados foram, primeiro, os de soja, depois os de pecuária com área de pastagem, muito forte, inclusive, em Goiás, e, em terceiro, os produtores de café. Ainda que a Lei nº 14.112, de 2020, tenha deixado mais claro que o produtor rural pessoa física tem os mesmos direitos a pedir recuperação judicial, igual a qualquer outra empresa do agronegócio, eu acho que a pergunta com a qual devemos refletir é: por que, apesar de números impressionantes, ainda temos um número tão crescente de empresas e produtores com insolvência?

A parte relevante da explicação, eu entendo que se reflete diretamente no formato de financiamento que os bancos oferecem aos produtores. Mais de 80% do financiamento liberado para o agronegócio, hoje, é de curto prazo, ou seja, todo ano, o agricultor tem que pagar tudo aquilo que ele tem de endividamento e tomar novamente. O que isso gera na prática? Todo ano, se pegou 100, paga 100. Se tiver uma volatilidade de preço de *commodities* para baixo, se o mercado estiver mais estressado e estiver mais restrito de crédito, se o preço do fertilizante subiu, como é que fica a vida do agricultor? Fica complicada, porque, muitas vezes, vai faltar dinheiro para ele conseguir potencializar e fazer com que atinjamos o que se espera do Brasil um pouco mais para frente. Então, a solução para isso seria colocar os financiamentos a longo prazo para o agricultor.

Ocorre que a ineficiência histórica na monetização de garantia de terras rurais, por exemplo, afasta muito os bancos nacionais e internacionais desse tipo de crédito. Um

exemplo prático é a alienação fiduciária, que, quando foi aprovada pelo legislador, foi muito comemorada no mercado financeiro, mas, hoje em dia, não existe diferença prática, pelo menos no que já tem tempo de execução e de recuperação, entre a hipoteca e a alienação fiduciária. Qualquer uma delas vai acabar te dando, no mínimo, um prazo de cinco ou seis anos. Então, eu acho que essa parte da insegurança jurídica acaba deixando os bancos um pouco mais fora. Em relação, por exemplo, no que tange ao fertilizante, que, com a guerra da Ucrânia, subiu absurdamente e acabou, de fato, espremendo muito o caixa dos agricultores.

No que tange à armazenagem, nós temos feito alguns financiamentos no Banco BTG. Nós acabamos de colocar um dinheiro no armazém ferroviário, no Mato Grosso, e depois vendemos a nossa participação para uma empresa do ramo do agronegócio. Então, é uma preocupação mesmo. Eu percebo que uma das coisas que mais faz a agricultura sofrer é o frete. No momento da safra, o frete vai para um patamar exorbitante, a ponto de o agricultor que conseguir investir em armazenagem, com certeza, vai ter uma saúde financeira maior do que aquele que não investiu, porque, caso contrário, ele vai ter que cair no custo de frete para desovar a safra exorbitante.

O terceiro ponto é a parte da biomassa. Lá no banco, nós acabamos de fazer, em parceria com a empresa Microsoft americana, uma das maiores emissões de carbono futuras. Então, nós temos olhado muito essa parte da biomassa e a parte de carbono também como uma prioridade.

Moacir Ferreira Teixeira



Sócio-Executivo e Diretor de
Relações Institucionais, fundador
do Grupo Ecoagro.

Trinta por cento do emprego no Brasil vem do agronegócio. O agronegócio brasileiro exportou 167 bilhões de dólares no ano de 2023. Quando eu olho as *commodities* minerais, percebo que a indústria brasileira retrocedeu 40 anos. Daí a importância do agronegócio, que é o líder, com 75% de suco de laranja e 54% da soja. Logo, o Brasil é um importante *player*. Por quê? O que leva a isso? Os diferenciais são luz, sol, solo, água, clima, pesquisa e tecnologia. A Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) é a mãe de tudo isso.

A educação é importante para um país. O agronegócio mostra isso. Foi a educação e a pesquisa que permitiram ao Brasil, que em 1979 era importador líquido de alimento, se transformar no principal *player* do mundo. O Brasil, como exportador líquido de alimento, é o primeiro colocado com 182 milhões de toneladas. Os Estados Unidos (EUA) são o maior exportador, mas ele também é o maior importador, então, na equação, estão abaixo de nós. Depois, vêm Argentina e a Índia e, depois, a somatória não chega no Brasil. A China é o grande importador.

Sobre a evolução de área plantada, nos últimos 14 anos, os EUA cresceram

0,4%, a Argentina, 17%, e o Brasil, 82%. O Brasil levou 21 anos, de 1974 a 1995, para dobrar a produção. Depois, de 1995 a 2011, 16 anos. Agora, 12 anos para dobrar a produção, só que sai de 39 milhões para 310 milhões.

Comparando o Brasil com os Estados Unidos, o Brasil é marketing negativo feito por nós. Olha a área de preservação que tem nos EUA *versus* a área brasileira, com o que ocupamos de lavoura e com as condições que se tem. No entanto, o Brasil é criticado o tempo todo, e se inicia dentro do país. Assim, ninguém nos respeita.

O Brasil tem um papel fundamental e eu entendo que o mercado de capitais veio para colaborar, porque o governo não tem mais recurso. A agricultura brasileira é porque é, pois, por incrível que pareça, com as diferentes ideologias de todos esses governos que vêm desde a democratização, é política de Estado, não é política de governo. Por que o mercado de capitais veio para o agronegócio? Em 1994, criaram a Cédula de Produto Rural Física (CPR Física). Em 2001, criaram a Cédula de Produto Rural Financeira (CPR Financeira). Já era um outro governo, em 2004, e criaram a Letra de Crédito do Agronegócio (LCA), o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA) e os Certificados de Recebíveis do Agronegócio (CRA). Depois, vieram os títulos incentivados, permitindo a emissão em dólar, com a ministra Tereza Cristina, ou seja, CRA referenciado em dólar. Todas as *commodities* são referenciadas em dólar. Nasceu o Fundo de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro), a democratização para o pequeno investidor.

O mercado de capitais é um pouquinho diferente do banco. Eu fiz uma operação em Tocantinópolis, de uma empresa chamada Tobasa. Ela processa coco de babaçu para fazer o filtro de carvão ativado, que vai para o saneamento. Foram alocados 32 milhões de reais e que atenderam 2.500 pessoas de comunidade que recolhem o coco de babaçu. Foi uma operação de seis anos. É isso que está faltando.

Por que eu acho que o Direito tem que andar de mão dada com o agronegócio? Porque, nas estruturas, a robustez que o direito traz é o conforto para o investidor. Eu preciso do Direito também na hora de execução. A Serasa Experian falou que o Brasil

cresceu demais e tem 127 pedidos de recuperação judicial (RJ). Se o país tem 5,5 milhões de brasileiros produtores rurais, 127 RJs não são o problema. Nós tivemos um problema sério na cadeia em 2023, pois 75% do fertilizante é importado, o famoso NPK, que vem da Ucrânia, da Rússia, do Marrocos e do Canadá, e estavam em guerra. O produtor ficou receoso de não ter o produto e comprou. O que aconteceu? Não aconteceu a falta, o produto ficou estocado e teve um desequilíbrio. A nossa preocupação, trazendo o mercado de capitais, é atender exatamente isso.

Eu nasci no mercado financeiro. Conheci o Brasil quando fui montar o Banco Cooperativo do Brasil, em Brasília, em 1998, e eu aprendi que era uma cooperativa de crédito e que era um produtor rural. A partir disso, dediquei minha carreira a isso. Eu entendo que o grande fator de enriquecimento do país é a geração de renda e riqueza no interior brasileiro. Isso é um dos principais fatores que vão nos permitir continuar crescendo. Agora, eu preciso do mercado de capitais forte e do Judiciário muito forte nesse alinhamento, porque o Brasil é o grande *player*. No entanto, tem que ter muito cuidado, porque o mundo não vai passar fome se eu errar a mão no negócio. O Brasil é provedor de comida do planeta. Isso é uma informação extremamente interessante. O mundo está se organizando de uma forma em que a maioria das pessoas viverão em países importadores de alimentos. Cerca de 4,5 pessoas do mundo vão viver na Ásia, e quem vai produzir para eles somos nós. O Brasil tem essa capacidade e toda a tecnologia e pesquisa permitida. O Brasil é o país que mais contribui e essa é a minha preocupação. Se o país não fizer, outros farão.

O Brasil faz tudo isso com a maior reserva ambiental do mundo, tendo cerca 10% de lavoura. Também tem área de pastagem degradada para se recuperar. Logo, não precisa gastar uma árvore. Precisa-se trabalhar bem e o capital estar junto da produção e nas armazenagens, pois tudo é muito difícil e de longo prazo. Infelizmente, o Brasil, pela conjuntura, é um país rentista, que possui uma taxa de juros equilibrada de acordo com as regras do meu país. Hoje, os EUA têm uma taxa da ordem de 5 ou 5,5%, que nunca esteve nesse nível. Sobre os juros neutros fala-se em 4,5% ou 5%, para poder segurar os processos inflacionários. A taxa de juros é de 10%, porque a composição da dívida, os problemas fiscais e outros fatores influenciam. Mas nós somos maiores do que isso.

Jorge Bastos



**Diretor-Presidente
da Infra S.A.**

Atualmente, se tem uma produção fantástica. O Brasil tem a Embrapa, que deu condição para, hoje, ter três safras e uma condição maravilhosa de produção. No entanto, infelizmente, nós não tivemos esse investimento todo em infraestrutura que é necessário para o país. O presidente Lula convidou o ministro Renan Filho para assumir o Ministério dos Transportes e o ministro Renan me convidou para ser presidente da Infra e me deu como missão a elaboração do plano nacional de logística de 2055. Eu acho que nós temos que conversar com todos os setores da sociedade, pois o que falta mesmo em infraestrutura é planejamento e projetos. É fundamental que nós tenhamos um planejamento e que ele tenha previsibilidade e seja debatido com toda a sociedade.

Nós estamos começando a discutir o plano nacional de logística de 2055 e vamos precisar que todos contribuam para que façamos um plano de Estado, não um plano de governo. Um plano em que tenhamos capacidade de fazer projetos e tirar licenças ambientais. Há uma prateleira de projetos que, realmente, têm a capacidade de serem realizados, porque não adianta ter dinheiro se não tem projeto. Pode ser que o

governo tenha uma capacidade financeira muito boa, mas se, hoje, for procurar projeto, não se tem projeto de qualidade. Não tem projeto pronto em uma prateleira. Isso é fundamental. Então, a Infra S.A. vem ajudar nesse sentido.

O ministro Renan tem se voltado muito para a área de ferrovia, tanto que criou uma secretaria que nunca teve no Ministério do Transporte, que é a Secretaria Nacional de Transportes Ferroviários, e se tem uma capacidade muito grande, hoje, de investimento em ferrovias, porque foi feita a renovação das ferrovias existentes – por exemplo: da Rumo, da MRS, da Vitória Minas, da Vale do Rio Doce – e, agora, foram revistas algumas coisas. A Rumo já fez um acordo e está botando uma capacidade maior para que o dinheiro dessas renovações volte para o Estado, para que seja investido em ferrovias.

Eu acho que está no momento de nós investirmos em ferrovia. Nós estamos fazendo a ligação Leste-Oeste, que é a ligação do Mato Grosso com o porto de Ilhéus. Está andando em passos largos a ligação de Mara Rosa a Água Boa, que corta Goiás quase que de ponta a ponta, e, talvez, consigamos entregar esse trecho até o Mato Grosso no início de 2026. Assim, já vai conseguir levar a carga do Mato Grosso até a Norte-Sul, que pode subir para Itaqui ou descer para o porto de Santos. Isso já vai ser um grande feito, e nós estamos modelando as outras ferrovias.

A ferrovia Ferrogrão ficou parada há algum tempo, por determinação do Supremo Tribunal Federal (STF), pois tinham feito uma seção de uma área que não poderia ter sido feita e, agora, isso está sendo resolvido e, em breve, nós vamos botar essa ferrovia para andar, porque está no portfólio do governo. O ministro Renan deve anunciar um programa de ferrovia logo na primeira quinzena de julho, com muita coisa em ferrovia que vai ser feita.

Este ano, a qualidade das rodovias subiu demais. Quando nós assumimos, estava com uma qualidade ruim a péssima, na faixa de 65%. Hoje, nós já estamos com 60% na qualidade entre bom e ótimo. Então, nós temos feito um investimento muito grande na qualidade, porque o maior bem que nós temos são as nossas rodovias, porque elas são um bem público e não se pode deixar deteriorar. Agora, estamos tentando

recuperar com um investimento muito grande nas concessões, com um programa de concessão de rodovia bastante otimista, que pretende fazer, até 2026, 30 leilões de rodovia. Este ano nós já vamos fazer sete leilões e já fizemos quatro no passado.

Por que São Paulo é um estado proeminente e pujante? Porque tem infraestrutura. São Paulo tem ferrovia, rodovia, portos e aeroportos. Então, se tiver infraestrutura no país inteiro, tudo vai melhorar. É fundamental que tenhamos infraestrutura. Não adianta termos uma produção agrícola fantástica, com preço reduzido, e a nossa condição de transporte mais cara do mundo. Isso só atrapalha o nosso custo. A Infra S.A está trabalhando nisso e precisamos da ajuda de todos no Plano Nacional de Logística, para que todos possam contribuir e para que possamos, realmente, ter um plano que venha a suportar toda essa nossa demanda do agro e de toda a indústria brasileira, que depende da infraestrutura. Vamos discutir o Plano Nacional de Logística, para que ele tenha uma grande capacidade de previsibilidade para que todos nós possamos saber o que vai acontecer em investimentos em infraestrutura.

Bruno Machado Ferla



Vice-Presidente M&A,
Jurídico, Compliance &
Governança da BRF.

Primeiro, falando de acesso a mercados, eu acho que cada país tem uma vocação. Uma das vocações importantes do Brasil é o agronegócio, a exportação de grãos, de alimentos em geral e de proteína animal – basicamente, de boi, de aves e de suínos.

Galinha não voa, mas nós voamos e muitos vendedores voam para vários países para vender o nosso frango, o nosso suíno e a nossa carne. Isso é feito já há muitos anos. Atualmente, com a questão do *food security* (segurança alimentar), os países querem a segurança de que nós venderemos, mas também querem a independência deles ao produzir, ou seja, não querem ficar na mão de um país só. Eles não querem ficar na mão do Brasil para o seu alimento. Nós exportamos demais para o Oriente Médio, não suínos, também exportamos muito para a Ásia. A população asiática é enorme e temos a capacidade de alimentar essa população, mas isso tem um custo para nós, ou seja, ao buscar acesso a esses mercados, nós também temos que nos adequar às regras, verificações de fábricas etc. Isso é um trabalho que fazemos, obviamente, diariamente.

Agora, o Brasil está preparado para isso. Toda a tecnologia e conhecimento que nós temos elevou bastante esse *standard*. Nós estamos capacitados para atender qualquer mercado. Então, o acesso ao mercado vem trazer riqueza, para cada um dos nossos estados, onde temos as fábricas e os frigoríficos. Isso gera riqueza para todo o campo. Não é só para a empresa, ou só para o frigorífico, mas é também para os integrados. Nós também geramos riqueza, porque, na medida em que temos uma operação robusta, nós demandamos infraestrutura e conhecimento técnico. Isso tudo gera serviços etc.

A integração é o fator fundamental para o agronegócio de aves e de suínos. Nós sabemos que no de boi é diferente, pois temos pecuaristas grandes ou pequenos, mas é diferente. Para que o agricultor possa, de fato, sobreviver e se desenvolver, a lei da integração foi fundamental. A parte da integração seguiu o caminho dos grãos. Goiás foi um estado que recebeu bem a agricultura de grãos, que se desenvolveu muito e trouxe consigo também todo um universo de agricultores, que passaram a ser integrados de vários frigoríficos. Nós investimos e eles nos dão toda a produção, que é de altíssima qualidade. Qual é a dificuldade, hoje, do Norte e do Nordeste? Esse nosso modelo, porque o nosso modelo acompanhou o grão. Quando conseguirmos explorar essas fronteiras também de Norte e Nordeste na parte de grãos, eu acho que conseguiremos. Nós vemos, por exemplo, a Bahia seguindo muito bem na produção de milho e uma produção de *Dried Distillers Grains* (DDG) bastante relevante. Nós precisamos disso, ou seja, tudo aquilo que aconteceu no Sul, no Sudeste, e, principalmente, todo o desenvolvimento nas últimas duas décadas no Centro-Oeste, é o que precisa acontecer também no Nordeste, para que criemos essa agricultura integrada. Isso é fundamental, ou seja, não adianta impormos um modelo. O modelo econômico, o modelo natural da produção de alimentos, tem que seguir primeiro, ou seja, essa viabilidade técnica precisa seguir primeiro. Eu acho que nós temos também evoluído bastante nessa busca das fronteiras agrícolas.

Sobre o DDG, eu acho que isso é tecnologia aplicada ao nosso agro, e ela tem, em várias esferas, melhorado a nossa produção e a utilização do único grão. Vê-se um grão de milho, que sempre houve uma concorrência, que é o milho para alimentação humana, para alimentação animal, para combustível e como fonte de óleo. Com esse

mesmo grão de milho, eu consigo fazer o combustível e, hoje, através da tecnologia, separar o DDG para alimentação animal, pois o elemento que eu preciso na alimentação animal para dar riqueza a ela é o DDG. Nós usamos largamente na avicultura, na suinocultura e também na pecuária. Então, acho que temos esse ponto fundamental que é o desenvolvimento tecnológico. O desenvolvimento tecnológico nos permite abordar cada um desses itens e desenvolver para nós essa indústria.

O acesso ao mercado depende de volume. Volume e qualidade, nós temos. No entanto, também depende de infraestrutura, que nós podemos sempre melhorar, porque, para que possamos chegar a esses mercados, precisamos ter mais velocidade, custo menor etc. Uma ferrovia que está ligando o Mato Grosso ao Pará vai diminuir demais o tempo de escoamento de produção. Isso é fundamental para que possamos agilizar as exportações e ter esse acesso ao mercado, que é um mercado bastante concorrido.

Ronaldo Caiado



Governador do Estado
de Goiás.

Eu gostaria de tocar em um tema mais internacional da visão do Brasil e os óbices para o crescimento da agropecuária brasileira, pois a pauta de hoje é o que realmente nós teremos do agronegócio na economia global, eu acho que está aqui o desafio.

Hoje, se cobra a sustentabilidade na área do agronegócio e, ao mesmo tempo, os europeus pintaram a sustentabilidade de verde. Sustentabilidade é o verde. Uma coisa que realmente eles não têm muita autoridade para falar porque as suas matas já não existem mais. Podem ter matas plantadas, mas não existem mais as originais. Quando a União Europeia (UE) desenhou a sustentabilidade como sendo o verde, realmente foi algo que deixou a desejar, porque eles estão desprovidos desta condição de mostrar para o mundo onde é que estão as matas primitivas, ou as florestas primitivas na Europa. Nós temos, hoje, em uma população de 6,8 bilhões a 7 bilhões de pessoas, 700 milhões de pessoas passando fome ou morrendo por falta de alimento. Então, temos 10% da população mundial, hoje, totalmente desabastecida, que não tem capacidade de se alimentar com uma nutrição mínima adequada de sobrevivência, com menor capacidade proteica para

que aquela criança se desenvolva ou aquele cidadão sobreviva com aquilo que ele se alimenta. Logo, 700 milhões de cidadãos no planeta Terra morrem por falta de alimento ou não se desenvolvem por falta de alimento. É lógico que nós gostaríamos que toda a população do mundo tivesse o mesmo padrão de alimento da UE. Isso é o que nós desejamos. Por isso, o social na sustentabilidade tem que ser discutido porque nós temos que produzir alimento para poder dar vazão à demanda.

Também temos a área econômica. Como o produtor vai ficar no campo se ele não tiver renda? Qual é a garantia da renda para o cidadão continuar na atividade? Na Europa, um terço do orçamento da União Europeia é de subsídios à agricultura. No Brasil, nós não conseguimos fazer o seguro agrícola. Nós nunca tivemos o fundo de garantia para que se tivesse um seguro agrícola no país. Então, é o produtor que corre mais risco no mundo. Na Europa, eles têm a garantia daquilo que é o subsídio. Dando certo ou não o resultado do plantio, eles têm esse nível de subsídio. Isto é algo que tem uma desproporção com os nossos produtores no Brasil, porque eles não têm essa condição garantida que, no final da safra, terão como quitar. É lógico que nós estamos melhorando cada vez mais em tecnologia. Os produtores brasileiros são os que mais absorvem tecnologia no mundo, o que mostra que o brasileiro, por não ter seguro, não pode falhar no plantio. Assim, nós temos as técnicas mais sofisticadas no mundo de plantio.

Também temos, sem dúvida alguma, a parte ambiental, que seria o verde, e que só o Brasil tem 58,5% de florestas nativas, ou seja, 495 milhões de hectares de terra cobertos com floresta nativa. Nós temos uma área plantada da agropecuária de 10,5% do território brasileiro. Isto é uma realidade que só nós temos no mundo. Talvez, a Malásia ainda possa desenvolver um pouco, mas não tem um código florestal tão rígido quanto o nosso. O Congresso Nacional é o mais restritivo e exigente que tem no mundo. Agora, o Parlamento Europeu aprovou nove itens que os produtores rurais europeus têm que cumprir para ter direito ao crédito subsidiado pelo caixa da UE. Eles fizeram um "tratoração", ocuparam a França e a Bélgica e, em dois minutos, as nove exigências feitas pela UE, de áreas de pousio, reflorestamento, preservação de cabeceiras de água, alternância de culturas, tudo caiu com a movimentação que eles fizeram. No entanto, eles nos impõem regras mais duras.

Durante 20 anos, nós trabalhamos no acordo Mercosul-União Europeia. O que aconteceu com ele? Caiu também, junto com o tratoração. Então, não terá mais acordo. Por quê? Porque, agora, eles estipularam um outro fator que é algo que agride a nossa independência e a nossa legislação, ou seja, o prazo terminal de desmatamentos legais, não de desmatamento ilegal, tem que ser punido na forma da lei. Deve-se cumprir o Código Florestal brasileiro, mas, cumprindo-o, se desmatar, já será incluído como desmatamento ilegal pela UE. A União Europeia decidiu que, mesmo sendo dentro da legislação brasileira, se foi desmatado depois de 2020, aquilo está dentro do cadastro como sendo área ilegal e que não pode ser feita exportação daqueles produtos. Além do mais, impõe a nós algo que é extremamente difícil de podermos absorver, que são validações da origem dos nossos produtos. Isso exige um custo altíssimo dos produtores rurais, ou seja, se o cidadão for exportar café, ele tem que mostrar se na sua terra não teve problema indígena, trabalho escravo, problemas com quilombolas etc. Uma empresa muito grande é capaz até de poder absorver e certificar o seu produto, mas para o pequeno e o médio agricultores é impossível. Eles não terão certificadoras para poder dar aquilo como garantia. As *tradings*, hoje, ao exportarem, já estão repassando para as cooperativas que os cooperados assinem que, caso a União Europeia devolva o produto, a *trading* vai ser multada e repassará aos produtores. Então, veja os fatores que são excludentes da exportação da nossa produção agrícola. Isso tudo é uma verdadeira reserva de mercado, porque nós temos uma capacidade de crescimento. As terras degradadas já são suficientes para ampliarmos a nossa produção, e temos um código florestal que diz que 20% é a menor área de reserva florestal no Brasil, evoluindo até 80%, que é intocável, mais a nossa área de cabeceiras de rios, matas ciliares, região com incidência de inclinação a mais de 45 graus são fatores impeditivos pelo nosso código florestal brasileiro. Então, não estando dentro dessas características, nós podemos abrir. Agora, a União Europeia diz que se abrimos, eles não vão comprar do Brasil por não estarem cumprindo as decisões da União Europeia. Isto é muito ruim, porque, afinal de contas, nós temos uma capacidade de produção que eles não têm, porque eles não conseguem entender que trabalham uma agricultura em um clima temperado, enquanto, no Brasil, nós temos um clima tropical. O Brasil consegue fazer três safras ao ano. O europeu faz só uma e se der conta de fazer. A nossa capacidade com o desenvolvimento dos cultivares capazes de crescer em áreas que eram inadmissíveis o crescimento da soja, do milho, do sorgo, da cevada, do trigo é enorme. Era impossível imaginar que, no calor do Cerrado, pudesse ter o crescimento da soja. Hoje, nós temos uma produtividade de 75, 80, 85 sacas por hectare, o que mostra a nossa capacidade de expansão. Essa é a nossa diferença. Dizem que o Brasil usa muito herbicida, mas usa menos que os europeus. É só fazer o cálculo de herbicida por quilo. Nós temos três safras.

Essas teses não podem ser decididas dentro de um campo ideológico. Tem que ser dentro do campo da ciência, da pesquisa, da avaliação de que nós temos esse potencial que ninguém no mundo tem. Se nós vamos evoluir para, em 2050, termos 10 bilhões de habi-

tantes, e, hoje, nós produzimos 2,8 bilhões de cereais, quanto nós vamos ter que aumentar para chegar de 7 bilhões para 10 bilhões de habitantes? Alguns dizem 1,2 bilhão, outros falam 1,5 bilhão. É um cálculo fictício. Por que é difícil de ser determinado? Porque nós não sabemos como será o poder aquisitivo das pessoas. Se nós tivermos o aumento do poder aquisitivo, talvez tenha que elevar os 2,8 bilhões de cereais para 5 bilhões. Como vai ampliar isso se nós não tivermos essa capacidade de continuar aproveitando o potencial que o Brasil tem? Eles não conseguem mais produzir. Quando se exige deles o mínimo, eles não atendem, e de nós, são regras que realmente são impeditivas do setor poder continuar. Isso não quer dizer que o Brasil não seja, talvez, a única alternativa de alimentar as pessoas corretamente. Não tem outro país que tenha as condições de clima, de água e de terras planas como nós temos, com este potencial de ampliar cada vez mais a nossa produção agropecuária. Então, isso é uma discriminação muito forte com o nosso país. Nós precisávamos ter um debate muito mais intenso para que essas regras não viessem a nos penalizar. Os Estados Unidos encaminharam uma solicitação à União Europeia, dizendo que eles não vão cumprir a tese em relação ao desmatamento, que, na verdade, não é desmatamento, é a área que já eram desmatadas e que os europeus, a partir de 2020, não consideram mais. Logo, o Brasil não teve força de negociar, mas com a voz dos Estados Unidos, eu acredito que vão, sem dúvida nenhuma, achar uma alternativa. No entanto, se não fosse essa carona da decisão dos americanos, eu não sei como ficaria a agricultura brasileira, hoje, com tantas imposições e certificações dos nossos produtos para nós termos esse resultado.

Assim, sustentabilidade não pode ser cortesia com chapéu alheio. Sustentabilidade não pode ser apenas com as matas e as florestas brasileiras. Tinha que ter também, pelo menos, um pouco de reflorestamento na Europa, já que eles não têm florestas naturais, e que abrissem mão de, pelo menos, um pequeno potencial. Nós temos que, realmente, sempre trazer com muita competência, como nós produzimos, mostrando que o nosso boi é o único boi herbívoro no mundo que come, realmente, capim e que se alimenta de milho e, como tal, nós não temos uso de rações com resíduos de animais mortos, nem damos anabolizantes e hormônios para os nossos bois. Então, realmente, as pessoas, ao comerem alimento brasileiro, estão comendo um alimento que sabem que a parte de controle é aquilo que se exige dentro do controle no Brasil.

Eu acho que sustentabilidade não é apenas apelidar ou intitular como “verde”. É exatamente ver as pessoas que estão morrendo de fome, é ver se o produtor sobrevive na propriedade rural dele e ver se tem um código florestal tão exigente como o Brasil. Eu acho que esses três eixos são os que definem sustentabilidade para as pessoas poderem viver, se alimentar e ter dignidade como uma ração do europeu, que é o que nós desejamos para todos nós brasileiros e todos que vivem também nos países que têm uma carência alimentar ainda muito grande.

MESA XII

12

MODERADOR - LUÍS OTÁVIO VERÍSSIMO¹

CONCESSÕES DE SERVIÇOS DELEGADOS

¹ Advogado e Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Luís Otávio Veríssimo Teixeira



Advogado e Professor
do Instituto Brasileiro de
Ensino, Desenvolvimento
e Pesquisa.

Aqui no painel de concessão de serviços delegados, com o ministro Afrânio Vilela, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o ministro Benjamin Zymler, do Tribunal de Contas da União (TCU), o atual presidente da Confederação Nacional das Seguradoras, Dyogo Oliveira, o Sr. Leandro Marin, atual vice-presidente da Aegea Saneamento, líder em operação de saneamento privado no país, e o Sr. Rafael Carneiro, advogado com experiência internacional na Espanha, na Alemanha, e professor, coordenador da área de pesquisa de regulação no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), e dedicado academicamente ao tema no mestrado e, agora, no doutorado.

Afrânio Vilela



Ministro do Superior
Tribunal de Justiça
do Brasil

Nós temos que lembrar que estamos sob a égide de uma Constituição Cidadã, baseada em princípios iluministas, humanos e humanitários, e a Constituição nada mais é do que uma carta que o povo, por meio dos seus representantes legitimamente escolhidos – segundo o eterno professor Vilela, da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) –, escreve aos governantes atuais e aos futuros, dizendo aquilo que o povo, que é fonte e direção de todo o poder, quer que retorne para ele em termos de serviços. Dentro desses serviços, que eu os classifico como direitos fundamentais, como é, por exemplo, o de saneamento, de receber água em casa, o de andar no transporte coletivo bom e tempestivo, em termos de horário, enfim, tudo aquilo que vai trazer felicidade para o povo. Não há outro sentido em viver uma democracia, senão um povo que tenha alegria de estar naquele momento. Para isso, ele tem que ter as comodidades necessárias para o seu dia a dia de trabalho laboral e de lazer. O artigo 175 da Constituição diz que é dever do Estado prestar e tarifar esses serviços, mas, principalmente, ter serviços adequados. É isso que eu gostaria de trazer, principalmente lembrando que a Lei nº 8987, de 1995, já previa que os serviços públicos,

objetos de delegação, têm que ser adequados. Ser adequado significa o quê? Ser apropriado para aquilo que o cidadão necessita e precisa ser eficiente.

A Lei nº 14.133 é nova, depois de 35 anos julgando causas no âmbito do Direito Público, onde trabalhamos muito com a Lei nº 8.666, e eu estou sentindo o início de uma mudança na mentalidade do legislador brasileiro, respeitando os entendimentos distintos, até porque já começamos a receber, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), alguns questionamentos sobre a lei. Alguns dizem que ela veio para substituir a Lei nº 866, a antiga Lei de Licitações. Então, essas discussões já começaram. Eu acho que uma lei não veio para substituir a outra. Ela veio para dar um sentido geral em toda a legislação que cuida dessa parte de delegação. Logo, ela manda um recado, como uma lei nova, sem revogar, evidentemente, tácita ou expressamente, mas ela diz que gostaria, conforme a intenção do legislador, que todas as outras esferas, todos os entes, os estados, o Distrito Federal, os municípios e a União, seguissem mais ou menos a linha que ela traça. A princípio, por exemplo, quando se trata de concorrência, eu diria que ela não veio para substituir o modelo tradicional de concorrência. Ela veio dar uma outra visão para isso, por exemplo, no campo do pregão e da concorrência e suas diversidades. A Lei nº 14.133 passa a ser adequada para licitações de objetos regulamentados, inclusive em outras leis específicas, como é o caso da concessão de serviço público e da já citada Lei nº 8.987, da parceria público-privada, e da Lei nº 11.879. A segunda diferença é que na concorrência podem ser usados critérios de julgamento das propostas da Lei nº 14.133, exceto no maior lance, que é próprio do leilão. A terceira seria aquela diferenciação entre o pregoeiro e o agente da contratação.

Um ponto que também pode gerar discussão é se a Lei nº 14.133 modificou ou absorveu essa concorrência da Lei nº 8.666, de 1993. Eu entendo que são distintas, sendo que o procedimento desta nova é próximo do pregão, sendo semelhante à Lei nº 12.462, da qual ela absorveu vários institutos do Regime Diferenciado de Contratação (RDGP), como a fase recursal única, a contratação integrada, dentre outros. Muitas discussões já começaram e algumas estão chegando aos tribunais locais e regionais. Resumidamente, o cabimento desta lei nova está atrelado à natureza do objeto e às circunstâncias no mercado, ou seja, há mais materialidade. É importante também notar

que ela trouxe a modalidade do diálogo competitivo, que eu acho que vai ser muito importante no campo da tecnologia, da informação, da inteligência artificial, porque com esse diálogo, a administração vai conversando com cada um dos proponentes, sem um saber o que o outro está dizendo. Assim, ao final de um prazo, a administração escolhe qual daquelas propostas atende mais os anseios em relação àquele serviço público para que ele seja adequado e eficiente. Poderíamos falar também da contratação sem licitação, autorizada pelo artigo 3º. Na verdade, uma situação de não incidência do microsistema normativo das contratações públicas, que foi trazida com essa expressão da Lei nº 14.133, e não uma hipótese de contratação direta sem licitação, que estão tratadas lá no artigo 72. A lei veio também dar um norte do sentido social. Ela quer que nós apliquemos aquele disposto no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), quando diz que toda interpretação de um determinado texto normativo tem que visar ao princípio melhor para a sociedade, ou seja, o aspecto social daquilo que está sendo apreciado.

Eu sempre notei que o mais importante para um processo é a peça inicial. No Criminal, é a denúncia. Se ela vier inepta, não adianta, pois, adiante, isso vai repercutir erradamente. No Cível, na petição inicial, o fato tem que estar descrito e tem que apontar as provas, senão a contestação vai desmontar. No âmbito do poder público, agora, com o texto da lei, isso vai melhorar, e essa é a minha esperança, porque o servidor mais simples, que faz a análise técnica da necessidade de se abrir um certame, de uma aquisição qualquer ou uma entrega de um serviço público, tem que estar atualizado no tempo, segundo as tecnologias que nós temos hoje. A sociedade quer uma comodidade, mas, para isso, é necessário, primeiro, bom senso daquele agente da administração que vai elaborar os requisitos e as exigências com a necessária previsão de tecnologia e de informação que serão inseridas no objeto. Também é preciso ter a etapa do custo, porque o mundo é capitalista, nós estamos vivendo uma globalização, e ninguém vai querer exercer um serviço público de boa qualidade com tecnologia apropriada e atual sem receber por isso. A partir daí, acredito que nós teremos um Brasil com um cumprimento mais efetivo da Constituição nos direitos fundamentais. Segundo essa premissa de avanços e recuos da globalização e as novas fronteiras com transformações jurídicas, políticas, econômicas e socioambientais e digitais, é muito importante que isso conste e que haja uma interpretação até um pouco extensiva, porque a lei fala que nos procedimentos de engenharia, necessariamente haverá sustentabilidade prevista. Eu acredito que, como nós temos na Constituição uma inserção sobre isso, e, hoje, sabemos que a sustentabilidade é importante para o equilíbrio da preservação e do crescimento do país, também acho ela seja um fator importante.

Benjamin Zymler



Ministro do Tribunal
de Contas da União
do Brasil e
Coordenador
Acadêmico da
FGV Justiça.

Concessão é um contrato administrativo por meio do qual o Estado delega a um particular a prestação de um serviço público, geralmente permitindo a ele a cobrança de tarifa dos usuários do serviço público. Já não é mais uma questão política nem de visão estratégica, mas que não há recursos públicos suficientes. Há a falta de recursos no orçamento para despesas discricionárias, ainda mais para despesas de infraestrutura. Hoje, o orçamento anual da Seguridade Social e Fiscal reserva 2% do orçamento para investimentos, do qual nem 1% é executado. Logo, não há alternativa senão delegar aos capitais privados, à eficiência privada, a prestação de serviços públicos. Isso é feito por força do artigo nº 175 da Constituição, através de uma licitação. Esses contratos de concessão são contratos de longo prazo, de 25, 30, 35 anos, sendo prorrogáveis. Temos contratos de 70 anos e alguns chegam a 100 anos.

A grande questão é que são contratos complexos, imperfeitos, e há um grande mito de que o Direito Administrativo não sabe lidar até hoje e não há como estipular uma solução unívoca para essa questão. Como reequilibrar os contratos de concessão do ponto de vista econômico-financeiro, fazendo re-

tornar à equação financeira ao momento inicial de assinatura do contrato? Ainda mais porque os 20 anos que correm, hoje, correm muito mais rápido que os 20 anos do passado. As transformações da realidade são muito mais aceleradas. Como manter as condições efetivas da proposta? Isso é um mito para o qual não há uma solução unívoca. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem jurisprudência, porque não pode deixar de se debruçar sobre uma questão concreta. Há muitas técnicas e métodos. Por exemplo, quando uma empresa opera no prejuízo, ou seja, quando a variação do seu custo de produção se torna superior ao lucro operacional da empresa, do Benefícios e Despesas Indiretas (BDI), da proposta vencedora, nesse momento, surge um limiar para o reequilíbrio econômico-financeiro por fato imprevisível, usando a teoria da imprevisão. Essa é uma solução precária que serviu para contratos do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), para a variação de custo de produção de materiais betuminoso, mas não serve para outros contratos. Depois de 20 anos de contrato, quando uma empresa perde o reequilíbrio econômico-financeiro dele, como nós vamos reavaliar o seu custo de produção, que variou totalmente em relação aquele que ocorreu 20 anos atrás.

Assim, surgiu uma visão nova do Direito Administrativo, que, na verdade, não é tão nova. A Constituição Brasileira, o Código de Processo Civil, a Lei da Mediação de 2015, a Lei de Introdução às normas de Direito brasileiro (Lindb), todas as leis de Direito Administrativo, de licitações e contratos, também na área de concessões, de Parcerias Público-Privadas (PPPs) aludem aos métodos consensuais de resolução de conflito. Isso deriva do fato de que não há uma solução única que o direito possa conceder àquela questão. É, portanto, absolutamente necessário, em alguns casos, para que os conflitos não sejam intermináveis, como só acontece no Brasil. Há uma enorme dificuldade do Poder Judiciário de decidir no mérito sobre questões complexas e isso é uma crítica ao Poder Judiciário. O TCU também não teria condições de fazê-lo, mesmo sendo uma corte especializada. Portanto, não se pode imaginar que o interesse público aponte no sentido da eternização dos conflitos. É preciso solucioná-los e, se não há uma solução unívoca, o método é a conciliação, a mediação, eventualmente a arbitragem, o *dispute board*, que é um comitê de resolução de disputas que pode ser criado em contratos administrativos.

Essa questão se torna ainda mais complexa com o advento da Lei nº 14.133, que cuida de licitações e contratos para obras públicas convencionais com recursos públicos federais, abre um caminho extraordinário para PPPs e que cria institutos novos, que nunca foram testados no mundo das licitações tradicionais. Nós temos remuneração variável, o contrato de eficiência, o contrato de fornecimento e prestação de serviço associado, o *built to suit*, que são, em verdade, contratos de concessão, por meio do qual o Estado atrai capital privado e a eficiência privada na prestação de um serviço ou na construção de uma obra. O pagamento é feito a *posteriori*, não só pagando o serviço, como incluindo uma parcela que vai amortizar e remunerar o capital que o particular investiu. Isso mostra uma atração extraordinária entre o mundo das licitações tradicionais com o mundo das concessões e permissões de serviços públicos. Hoje, a duração dos contratos com a Lei nº 14.133, é de 10, 15, 20, 35 anos. Conhecem algum contrato público convencional com recursos orçamentários com 35 anos? O contrato de eficiência tem esse prazo quando houver investimentos amortizáveis pelo particular. Isso significa que os contratos tradicionais terão um longo prazo, serão complexos, cada vez mais imperfeitos, e os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro devem se avolumar e se tornar cada vez mais complicados. Se alguém imaginar que é possível estabelecer um método unívoco para a resolução dessas questões está lamentavelmente enganado. Portanto, surge a necessidade de apostarmos nos métodos consensuais de conflitos no âmbito dos contratos de concessão e nos contratos de obras e de serviços de diária, dos contratos tradicionais, agora regidos pela Lei nº 14.133.

O TCU tem trilhado uma experiência inovadora que me parece talvez o que de mais importante eu tenha visto no TCU há 30 anos, e nós estamos conseguindo ter um sucesso extraordinário. Questões que pareciam absolutamente tendentes a se eternizar são resolvidas com uma rapidez extraordinária em menos de seis meses, em um processo em que o Tribunal atua como mediador técnico, sentando-se à mesa com os particulares, com o Ministério, com a agência reguladora, com as empresas, para buscar um termo de compromisso que resolva aquele conflito. É óbvio que nós estamos falando de uma negociação com a roupagem do direito público. É uma negociação diferente. Se eu sou locador e eu tenho um locatário e ele me pede para negociar, eu posso isentá-lo dos aluguéis. No Direito Público isso não pode ser feito. Nas nossas decisões, nós tentamos verificar a tentativa que estamos fazendo de parametrizar as concessões recíprocas na mesa de negociações. Se uma empresa concede uma vantagem, nós temos que medir essa vantagem sobre o prisma econômico-financeiro. Se o Estado concede uma vantagem, ela também tem que ser medida e o caráter recíproco, sinalagmático, tem que ser mantido. Isso não é uma equação, mas é uma tentativa extraordinária, em um esforço radical, que está levando a ideia de consensualidade a um novo patamar. Eu fui relator de quatro processos relativamente complexos, que mexem com o que achamos que são os pilares do Direito Administrativo tradicional, o princípio da supremacia e da

indisponibilidade do interesse público, quanto podemos dispor dele, quanto o Estado pode ceder. Aventamos a ideia do risco jurisdicional, ou seja, o fato de que, se o litígio for judicializado, há uma enorme probabilidade de o Estado perder. Tentamos calcular, do ponto de vista probabilístico, quais são as vantagens e desvantagens daquele termo de compromisso diante dos vários cenários, para que possamos apontar uma solução que seja tida como conveniente em um determinado cenário. O TCU faz esse esforço na ideia de dotar o Estado e o ambiente de negócios brasileiro na área de infraestrutura, que é, na verdade, a área em que podemos captar os capitais privados, inclusive os internacionais. Eles não virão sem segurança jurídica, sem perceberem que há um caminho para a resolução de litígios. Me parece que esse é, obviamente, um caminho que deve ser trilhado por todos nós.

Dyogo Oliveira



Economista e
presidente da
Confederação
Nacional das
Seguradoras.

Eu acho importante notar que o Brasil, hoje, implementa o maior programa de concessões do mundo, em número de obras e em volume de investimento. Também é importante notar que, apesar de alguns problemas, é um programa extremamente bem exitoso, que tem um número muito pequeno de distratos e um volume de execução financeira muito elevado. Também muito exitoso na qualidade do serviço que é prestado. Eu acho que todos reconhecem que os serviços concedidos no Brasil, em geral, representam um ganho de qualidade muito grande. É evidente que há muitas questões que merecem avanço. Há a dificuldade de implementação desses contratos, não só pela natural incompletude dos contratos, mas principalmente pelo tempo e pela velocidade das mudanças que estamos vivendo no mundo atual.

Eu acho muito importante salientar a questão dos mecanismos de solução de controvérsia. Os contratos mais antigos foram realizados em uma época em que nem se discutia essa hipótese. Hoje, é muito bom ver o Tribunal de Contas da União (TCU) caminhando para esse trilho. Muitos projetos ainda têm dificuldades de reequilíbrio por conta da pande-

mia. Isso tudo cria um caldeirão que somente através da mediação, da busca de negociação, de entendimento, é que vamos resolver e continuar esse projeto, que eu acho que é extremamente exitoso e com uma contribuição muito grande para o país.

Naturalmente, nas concessões, o seguro desempenha um papel muito importante. Há um otimismo sobre o desenvolvimento seguro no Brasil. O setor tem crescido a uma taxa de mais de 10% ao ano, há vários anos. Hoje, o setor representa mais de 6% do Produto Interno Bruto (PIB), tem reservas técnicas que representam 26% da dívida pública brasileira, ou seja, são mais de 2 trilhões de reais em reservas técnicas, e tem implementado uma ampla gama de produtos muito modernos. Uma parte grande desses produtos diz respeito à implementação de obras de concessão, de obras públicas com recursos públicos, que é a modalidade do seguro-garantia, do seguro de risco de engenharia, de uma gama de seguros que são necessários para implementar uma obra, principalmente uma obra de concessão, que normalmente conta com financiamento de terceiros e com acesso a recursos do mercado de capitais. Toda essa estrutura só funciona se tiver uma boa estrutura de seguros por trás para que essa engenharia financeira tenha confiança. Há toda uma sequência. O banco precisa ter confiança de que a empresa contratada tem condições de construir a obra, o subcontratado precisa mostrar para a empresa contratante que tem condições de executar a obra, e os riscos e percalços ao longo do caminho dessas obras precisam ter também uma cobertura de seguro. A indústria de seguros no Brasil tem feito um trabalho muito bom na implementação do programa de concessões, e isso acaba ficando despercebido.

Nós temos, nesse momento, algumas oportunidades importantes de ampliação da atuação do seguro para o desenvolvimento da infraestrutura do Brasil. A primeira delas vem dos próprios contratos de concessão que precisam tratar, especificar e identificar melhor quais são os riscos cobertos, os valores das coberturas requeridas e as condições de execução dessas coberturas. O contrato de concessões prevê que o concessionário deposite uma apólice de seguro junto ao governo e, quando começou a pandemia, várias agências reguladoras questionaram os concessionários se aquele seguro cobria a pandemia. Além de ser bastante óbvio que nenhum contrato civil cobre riscos catastróficos, como a pandemia, naturalmente os contratos de segu-

ro não cobriam. No entanto, o que me surpreendeu foi que a agência não tinha conhecimento de qual era o seguro que eles tinham pedido para ser contratado. Então, havia claramente uma falta de compreensão e de conhecimento do produto e do instrumento que estava sendo exigido e que, portanto, havia uma dúvida se cobria ou não a pandemia. Em muitas outras circunstâncias que nós temos enfrentado, os contratos e os certames são desenvolvidos falando de uma maneira muito singela sobre os seguros dentro daquele contrato, ou daquela obra. Nós temos feito um trabalho junto às agências para desenvolver melhor a especificação desses contratos de seguro porque, no Rio Grande do Sul, por exemplo, nós vimos a importância do seguro para as obras também, não só para todos os outros riscos da sociedade. No caso das obras, várias infraestruturas tinham cobertura de seguro e outras não tinham. Então, nessa crise, vemos exatamente a separação entre aquelas empresas que contrataram adequadamente coberturas de seguro, que vão conseguir reconstruir rapidamente as suas infraestruturas e retomar a concessão do serviço, e outras que não tinham seguro, certamente, vão ter mais dificuldade. Por isso, eu chamo a atenção para a necessidade de se aprofundar o uso dos seguros nos contratos de concessão e nos contratos de obra pública.

A nova lei de licitações tem uma inovação importante sobre o seguro, que é a cláusula de *step-in*. Ela amplia o volume garantido pelo seguro, mas traz a cláusula de *step-in*, que significa que, se a empresa não conseguir dar andamento à obra, ou não conseguir manter dentro da qualidade exigida, ou não conseguir fazer isso dentro de um cronograma adequado, a seguradora tem a obrigação de indenizar o Estado pelo eventual prejuízo, ou assumir e concluir aquela obra. Eu chamo a atenção disso por um outro motivo, que também nos preocupa há muito tempo, que é o problema das obras paralisadas. Na época em que eu estava no Ministério do Planejamento, nós fizemos um levantamento dessas obras paralisadas e eram 7.400 obras naquela época. Agora, recentemente, o TCU divulgou um relatório com 8.600 obras paralisadas. Naquela feita, nós fizemos uma análise aprofundada das obras para entender os motivos que levaram à paralisação e 40% das obras tinham sido abandonadas pelas empresas e 30% das obras tinham problemas técnicos graves, como o projeto não ser adequado, ou o desenho que se tinha feito não comportava o tipo de serviço que se desejava. Quinze por cento das obras tinham problemas orçamentários, ou seja, o governo não tinha o dinheiro para dar continuidade, a obra parou, atrasou e teve problema. Outros 15% tinham uma série de outros problemas, como desapropriações que atrasavam, licenças ambientais que não saíam etc. Então, o Seguro Garantia poderia solucionar 70% dos problemas, que são esses problemas da empresa e os problemas técnicos, porque a seguradora não vai oferecer o seguro para uma obra que não tem projeto. Há todo um trabalho que a seguradora faz de avaliação técnica do projeto, da obra, do cronograma, dos recursos financeiros necessários, que vão auxiliar o Es-

tado para que as obras realmente tenham continuidade e sejam concluídas minimamente dentro do cronograma e, em especial, com a qualidade necessária. Muito se fala das obras paralisadas, mas não se fala da qualidade das obras que, às vezes, foram concluídas, mas que deixam muito a desejar ao longo de todo o país. Eu acredito que a nova lei de licitações está trazendo também essa inovação em relação aos seguros, que vai criar uma nova experiência de relacionamento do Estado com a execução de obras públicas. A propósito, não é nada muito inovador, nem diferente do que se pratica em todos os países desenvolvidos no mundo. No mundo inteiro, as obras públicas têm seguro, normalmente, de 100% do valor da obra, e esse processo de qualidade das obras que vemos em outros países tem uma contribuição importante já que a seguradora está também olhando porque ela é responsável. O custo é dela. Se der problema na obra, ela vai ter que pagar. Então, ela passa a ser, nesse sentido, um sócio do Estado, no desejo de que a obra seja bem concluída e que tenha boa qualidade.

Rafael Carneiro



Advogado e Professor do
Instituto Brasileiro de
Ensino, Desenvolvimento
e Pesquisa.

O tema da concessão de serviços delegados é de extrema importância. O instituto da concessão foi uma das mais exitosas soluções administrativas já concebidas para que o poder público possa atingir as suas finalidades com êxito, com eficiência e com redução de custos. Esse instituto da concessão envolve paradigmas relevantes, como a definição de modelo de Estado e o impacto desse modelo no desenvolvimento de cada país. Também envolve a necessária aproximação dos atores públicos e privados para a realização das políticas públicas. Todo o sucesso do instituto da concessão pode ser verificado não apenas na doutrina jurídica, como na própria realidade institucional dos gestores públicos e dos órgãos de controle.

A provocação que eu gostaria de apresentar é uma reconfiguração do poder estatal que eu vejo, hoje, no que se refere às concessões, saindo de um papel de apenas indutor contratual, sob a perspectiva econômico-financeira, e caminhando para um protagonismo na transição modal das concessões, na busca de sustentabilidade e de uma economia verde. Me parece que podemos encontrar essa realidade, ou esse desafio atual, não apenas no Brasil, mas

em Portugal e em vários outros países. Para essa minha provocação se tornar um pouco mais concreta, eu acho válido separar minha reflexão em três eixos.

O primeiro eixo é de um resgate do processo de desestatização vivenciado pelo Brasil desde a década de 1990, que é legitimado pela Constituição, artigo nº 175, e depois exigido pelo artigo nº 37 da Constituição com a Emenda do ano de 1998 referente ao princípio da eficiência, e um processo em que várias leis caminharam nessa direção, de forma unidirecional para reduzir custos e estimular qualidade e eficiência. Assim, temos as leis da desestatização, das licitações, das concessões, das Parceria Público-Privadas (PPPs) e a nova Lei de Licitações. Todo esse arcabouço legal buscou estimular as concessões a partir de uma indução do poder público em relação aos contratos administrativos. Me parece que, hoje, a realidade político-administrativa e as exigências globais não caminham apenas nessa indução de contratos voltados ao financiamento, ao estímulo de crédito das concessões. Para exemplificar isso, o novo Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) pode ser um importante ilustrativo. O PAC surgiu em 2007 como um programa essencialmente de financiamento, de investimento, e buscou superar os gargalos da infraestrutura com concessões nos setores de logística, energia, transporte, e com medidas essencialmente de estímulo de crédito e de financiamento. O PAC I, de 2007 a 2010, e o PAC II, de 2011 a 2014, buscaram maximizar investimentos públicos e minimizar a atuação direta do Estado. Já o novo PAC, de 2023, que envolve cerca de 1,7 trilhão de reais, mais ou menos 300 bilhões de euros, de uma relevância muito significativa, busca não só induzir economicamente as concessões públicas, mas estimular uma transição ecológica, a economia verde e a sustentabilidade.

Quando olhamos para os novos eixos estruturantes do novo PAC, que muito se assemelham aos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), identificamos exatamente essa mudança ou essa requalificação do poder estatal nos contratos de concessão. O foco agora não é apenas estimular investimento, mas também induzir ou estimular um desenvolvimento ecologicamente sustentável. Esse *plus* ecológico que essa caminhada do instituto da concessão vem apresentando no mundo, em especial no Brasil relacionado ao PAC, parece exigir que se separe ou se distancie de uma armadilha interpretativa tradicio-

nal de um Estado mínimo, um nada, ou de um Estado máximo, o tudo. Lembrando Aristóteles, o caminho do meio parece realmente ser a melhor solução, hoje, ou seja, pensar a atuação estatal nas concessões de uma maneira em que estimule investimentos, mas também transforme efetivamente a nossa economia para os desafios atuais de sustentabilidade e economia verde.

Leandro Marin



Vice-presidente da
Aegee Saneamento.

Eu vou apresentar um pouco do ângulo de um operador privado de infraestrutura no Brasil, que tem uma crença de que as instituições brasileiras e o arcabouço regulatório brasileiro é mais do que suficiente para dar a tão evocada segurança jurídica, que, de fato, é muito necessária, e já dou também um depoimento de que o nosso Judiciário, assim como as Cortes de Contas, sempre que instados a se manifestar sobre a segurança jurídica dos contratos, têm comparecido, privilegiado essa segurança jurídica e confirmado que os contratos precisam ser respeitados, são válidos e que tanto as suas obrigações como os seus direitos precisam ser respeitados.

A Aegee é uma empresa privada, de capital nacional, que opera concessões de saneamento Brasil afora. Nós já estamos em mais de 500 cidades no Brasil, atendemos mais ou menos 32 milhões de pessoas nos nossos sistemas de saneamento, em 15 estados da federação. Ela é uma empresa relativamente recente, embora os grupos empresariais que a compõem tenham uma história mais longa, mas é uma empresa que nasceu em 2010 com a crença de que o saneamento brasileiro precisaria ser enfrentado, com o enorme déficit de

atendimento que remete às épocas medievais. É importante discutirmos como nós, enquanto sociedade, nos permitimos conviver com essa tragédia sanitária que é o déficit de saneamento no Brasil. Podemos discutir várias causas, não é uma só, com certeza. Aliás, a quantidade de pessoas internadas por doenças veiculadas hidricamente no Brasil remonta à ordem de dezenas de milhares, todo ano. Milhares de pessoas morrem em decorrência dessas doenças. Então, é uma tragédia e um déficit enormes, mas também, obviamente, uma oportunidade de contribuir para a solução desse problema.

A Aegea nasceu em 2010 com a visão de que o saneamento teria que ser enfrentado e precisaria, então, do capital privado como complementaridade ao poder público nessa jornada, conhecida como o marco do saneamento, que, mais tarde, veio a ser discutida, com uma grande ambição da sociedade brasileira. A partir daí, metas sobre o saneamento foram estabelecidas. Estabelecem que 90% da população deve ter acesso ao serviço de coleta e tratamento de esgoto sanitário até 2033 e 99% da população deve ter acesso ao sistema de abastecimento de água. Essa discussão veio muito forte para a agenda política, dos gestores e da sociedade, em 2020, no meio da pandemia. Foi muito emblemático. Nós, que somos do setor, nos surpreendemos com aquela discussão no Congresso Nacional em um momento como aquele, com uma pandemia que assolava o mundo, mas o saneamento veio para a pauta e impôs uma grande ambição. Precisamos levar o acesso a esse serviço a um número substancialmente maior de pessoas. A Aegea vem, desde então, se apresentando como uma alternativa a esses processos.

A boa notícia é que o capital privado tem muito interesse pelo saneamento, pela infraestrutura do Brasil, de uma maneira geral. Não faltam ofertas de investidores nacionais e estrangeiros querendo entender melhor o que são e como se dão os projetos de infraestrutura no saneamento do Brasil, e nós temos recebido aportes substanciais para aplicar em nossos programas de investimento do capital privado mundo afora. Para isso acontecer, precisa haver uma robustez, um contrato de concessão que nasce de uma modelagem, e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) cumpriu um papel muito importante nos últimos anos sendo uma grande fábrica de projetos de infraestrutura no Brasil, especialmente de saneamento. O sane-

amento deu um salto no Brasil, muito fruto do trabalho de modelagens desses projetos que são complexos, mas que são o nascedouro, por exemplo, de futuras e eventuais disputas, ou seja, se essa modelagem não for clara, não for capaz de alocar claramente os riscos ao poder público e à iniciativa privada, dentro dessa relação que é de longuíssimo prazo e que muda ao longo do tempo, porque a sociedade muda, o contrato e os mecanismos precisam ter, e a lei traz essa condição, a capacidade de se adaptar a esse longo decurso de tempo, mas não sem uma base sólida, uma modelagem clara e uma matriz de riscos consistente. Assim, pode-se, nas discussões de reequilíbrios, de obrigações cumpridas ou não cumpridas e, principalmente, nas metas de atendimento, que são o grande recheio de um contrato de concessão, ou seja, as metas, as obrigações, os objetivos que aquele contrato de concessão se destina, isso precisa estar muito claro, e para que possa ser licitado. Uma licitação pública é um serviço delegado para a iniciativa privada, mas continua sendo um serviço público. Logo, essa licitação precisa ser transparente. Nós defendemos que cláusulas como técnica e preço – no caso de uma concessão, que é uma modalidade de licitação em que se escolhe um combinado entre um melhor preço com a melhor proposta técnica –, que trazem uma subjetividade ao processo, não se aplicam. Defendemos que, uma vez cumpridas as exigências jurídicas e econômico-financeiras do edital da licitação, essa proposta seja, de preferência, menor preço. Existem várias concessões em que a modalidade que escolhe o vencedor é de maior outorga ao poder público, que é uma modalidade usada, mas que não beneficia, por exemplo, o usuário final, porque ele poderia estar recebendo um desconto na tarifa e não uma outorga ao poder público, que indiretamente vai voltar para a sociedade, mas, do ponto de vista daquele sistema, um maior desconto na tarifa seria a forma mais rápida de se prover a modicidade tarifária, que é um dos objetivos de uma boa modelagem de concessão.

A partir dessa licitação é celebrado esse contrato e entra também em cena um outro ator muito relevante para o mercado de infraestrutura, que são as agências de regulação. Boa parte dos conflitos que vemos quando temos que acionar as cláusulas de solução de controvérsias dos contratos é por ausência de dizer como o regulador entra nessa discussão. Se tem contratado, que normalmente é o poder público, o contratante, a concessionária, mas tem um outro ator muito importante, que é a agência de regulação. Normalmente, tanto os *dispute boards* como as cláusulas de arbitragem desconhecem um pouco essa figura e chamam para a mesa só contratado e contratante, deixando de fora um ator que é fundamental. Esse aprimoramento é superimportante para que tragamos para essa discussão, que, normalmente, é gerada no âmbito regulatório também. Com isso, esse contrato passa a ter condição de implementar e receber esses investimentos para que os desafios da universalização dos sistemas, especificamente de água e esgotamento sanitário – mas saneamento também são os resíduos sólidos urbanos, que é um outro problema enorme no Brasil, e drenagem também é

um outro pilar do saneamento –, possam ter as metas de investimento atendidas, e que eles sirvam para que esses objetivos sejam alcançados. Esse talvez seja o maior desafio dos contratos de concessão, ou seja, prover no tempo que a lei exige essa universalização, mas há outros. O exemplo do Rio Grande do Sul, agora com essas tragédias climáticas que temos vivido, as seguradoras estão sendo um ator muito importante nessa discussão, até porque, para efeitos de discussão de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o seguro será o primeiro a ser ouvido, ou seja, o que for segurável, obviamente, não entraria em uma discussão de equilíbrio contratual.

Esse desafio climático foi adicionado com mais intensidade, recentemente, nos horizontes das concessionárias, e precisam ser assim tratados também nas modelagens, porque nas modelagens mais antigas, obviamente, essa preocupação era de menor grau, e não era tão relevante como está sendo agora. Hoje, temos eventos climáticos de estiagem severas, no Amazonas, por exemplo – e é difícil me explicar para um investidor internacional que estou tendo seca na Amazônia. É difícil até para nós entendermos isso, mas aconteceu esse ano agora. Já no Rio Grande do Sul, estamos em 317 municípios, e o saneamento cada vez mais importante, inclusive nesses momentos, para que atravessemos essas crises com mais dignidade e celeridade.

Nós não entendemos que a iniciativa privada seja melhor ou pior do que empresas estatais, mas sim uma complementaridade que traz, principalmente, agilidade nas tomadas de decisão, acho que esse é o grande ativo, além da capacidade financeira, obviamente. O grande ativo de uma empresa privada é ter agilidade para contratar, descontratar e tomar decisões, e isso torna o sistema mais rápido, mais eficiente, e mais prestativo do ponto de vista do serviço público, que é a finalidade de qualquer concessão.

MESA XIII

13

MODERADOR - PAULO SÁVIO MAIA¹

200 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1824

¹ Advogado.

Paulo Sávio Maia



Advogado.

Nesta sessão, contaremos com a participação do deputado Lafayette de Andrada, que foi integrante de várias comissões da Câmara dos Deputados e, especificamente, conduziu a comissão especial encarregada das comemorações do Bicentenário da Assembleia Constituinte de 1823. Assim, ele promoveu diversos produtos interessantes, como exposições, publicações e a mesa O Ideário Jurídico da Constituinte de 1823.

Temos também o professor Arnaldo Godoy, que, além de profundo conhecedor de teoria literária, é livre docente pela Universidade de São Paulo (USP), professor visitante em diversas universidades e tem um extenso currículo de publicações. Já o Bruno Rodrigues de Lima é autor de “Luiz Gama contra o Império, a luta pelo Direito no Brasil da escravidão”, uma tese de doutorado publicada, agraciada com o prêmio Walter-Kolb-Gedächtnispreis de melhor tese de Direito da Universidade de Frankfurt e com a medalha Otto Hahn de mérito científico da mesma universidade.

A Carolina Cyrillo é professora da Faculdade Nacional de Direito, onde tam-

MODERADOR

bém coordena o Núcleo Interamericano de Direitos Humanos. Ela também integra a cátedra do professor Ferreira, elementos de Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Também é uma honra imensa contar com o professor Leandro Vergara, o decano da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Temos também o professor António Pedro Barbas Homem, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde tem ocupado diversos postos relevantes, como pró-reitor e vice-reitor.

Lafayette de Andrada



Deputado Federal
da República Federativa
do Brasil.

Para falar dos 200 anos da Constituição de 1824, eu quero voltar no tempo e fazer um contexto mais, talvez, histórico. Em 1808, a Família Real, devido às invasões napoleônicas, veio de Portugal para o Brasil, e depois, em 1821, houve a Revolução do Porto, que exigiu o regresso de Dom João VI para Portugal. Instauraram-se as Cortes de Lisboa, que era uma assembleia constituinte e começaram a votar um texto que fazia o Brasil retornar à posição de colônia. Isso foi a grande mola motriz da independência do Brasil, pois até então, o Brasil era Reino Unido, como Portugal. Essa decisão das Cortes de reduzir o Brasil à posição de colônia provocou, no Brasil, todo movimento da independência.

Ocorrida a independência, em 1822, foi convocada a Assembleia Constituinte, a primeira do Brasil, em 1823, com o país já independente. A figura central na Assembleia Constituinte foi Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, irmão do José Bonifácio, o patriarca. Ele foi o relator e quem escreveu, de fato, o texto da Constituinte de 1823. Houve uma comissão pequena que fez um projeto, mas que ele disse que não estava bom. Ele pediu, então, 15 dias de licença e

redigiu, de maneira muito rápida, o texto que estava sendo discutido pelos deputados constituintes. No entanto, era um texto moderno para a época e alguns princípios que, até hoje, nós reverenciamos já estavam lá. O texto dele tinha liberdade de expressão, presunção de inocência, tribunal do júri, liberdade de pensamento, liberdade de credo religioso, proibição de prisão arbitrária, prisão só após a condenação, direito de propriedade, propriedade intelectual, abuso de autoridade e inamovibilidade de juízes.

A Constituinte se instalou em maio, mas, em novembro, Dom Pedro I a fechou. Eu não vou me aprofundar no caso da dissolução da Constituinte, mas, na verdade, Dom Pedro começou as tratativas com Dom João VI no sentido de voltar a ser Reino Unido. Essa foi a grande causa do cerramento da Constituinte. Isso era um assunto que estava nos jornais, nas praças e no comentário geral. Por quê? Em Portugal, Dom João VI tinha feito uma contrarrevolução, chamada Vila Franca, em Vila Franca, perto de Lisboa, e retomou os poderes absolutos. Nisso, ele mandou mensagem a Dom Pedro I, dizendo que a causa da independência tinha sido as Cortes e que, como ele as tinha fechado, voltaria a ser o rei e não tinha mais razão para essa independência. No entanto, naquele momento, o Brasil estava em guerra com Portugal e o povo brasileiro não aceitava a hipótese da reunificação.

Dom Pedro fechou a Constituinte, prendeu os deputados mais exaltados e mais entusiasmados com a causa da independência, porque a dissolução da Constituinte era um passo no sentido da reunificação. Depois, Dom Pedro nomeou um conselho de notáveis para fazer um novo projeto de Constituição para a nova Constituinte que ele convocaria. Esse foi o nosso projeto duplicadamente mais liberal para ser discutido na nova Constituinte, mas não teve nova Constituinte. Dom Pedro desistiu da ideia, mandou esse projeto para as câmaras municipais do Brasil inteiro e todas referendaram. Essa foi a nossa Constituição de 1824. O grupo de notáveis que fez a Constituição de 1824, optou por pegar o mesmo texto dos constituintes de 1823. Na verdade, o texto de 1824 está mais bem elaborado.

A Constituição de 1824 traz direitos fundamentais e foi a nossa Constituição mais longeva, que durou durante todo o Império, e que serviu também de base para a Constituição do Reino de Portugal, a Constituição de 1826, que foi outorgada por Dom Pedro I também. A Constituição de Portugal é quase uma reprodução da Constituição brasileira de 1824, que é, por sua vez, o texto de 1823. O que eu quero dizer é que a Constituição de 1824 era moderna para o seu tempo. Muitas vezes ouvimos dizer que era uma Constituição elitista, que o voto era censitário, ou seja, só quem tinha dinheiro aqui pagava. Não existia eleição em lugar nenhum no mundo. É a primeira vez que estavam falando em eleição. Quem vai votar? Mesmo com o voto censitário, era um passo gigantesco. Ao longo do Império, foi se modernizando e se aperfeiçoando.

Por fim, no texto da Constituinte de 1823, já existia a figura do Poder Moderador. Na Constituição de 1824, o grupo de juristas que Dom Pedro convocou criou o capítulo do Poder Moderador, que não tinha no que foi proposto em 1823. A Constituição de 1823 só falava três Poderes, mas, trazia todas as atribuições ao imperador do Poder Moderador. Qual era o conceito do Poder Moderador? Diferente do que, às vezes, se interpreta, o conceito foi idealizado por Benjamin Constant, e se baseava no poder neutro, que arbitrava quando havia conflito entre os Poderes. Essa que era a lógica do Poder Moderador. Isso estava no texto de 1823, nas atribuições para o Imperador. No texto de 1824, eles reuniram, colocaram em um capítulo só, e criaram o capítulo do Poder Moderador. No entanto, é um texto moderno e que consagra princípios que são tão importantes até hoje e que todos nós prestigiamos. A grande curiosidade é que o texto da Constituinte de 1823 acabou sendo o texto da Constituição de 1824, que veio parar em Portugal também, e foram as duas constituições mais estáveis e duradouras que tivemos no Brasil e em Portugal.

Arnaldo Godoy



Advogado e Membro
da Academia
Brasiliense de Letras.

Eu vou abordar, de forma muito sumária, o tema da Constituição de 1824, no que se refere a uma preocupação latente quanto a sua atualidade. Em vez de pensar uma descrição normativa de alguns pontos da Constituição de 1824, o que eu imagino é tentar alavancar algumas questões da Constituição de 1824 que permanecem, de algum modo, abertas para uma reflexão contemporânea. Me parece que existem três temas centrais. O primeiro deles é que ainda contemplamos questões que estão abertas. Ainda pensamos em uma recepção contemporânea e o que ela significa, hoje. Por último, como as instituições foram transpostas do mundo europeu para o nosso mundo.

A primeira questão aberta em relação à Constituição de 1824 é no que se refere ao Poder Moderador, porque há no Brasil, hoje, uma pergunta recorrente e permanente: quem é o Poder Moderador? O Supremo Tribunal Federal (STF), recentemente, julgou a questão por conta de um suposto Poder Moderador exercido pelos militares. O Poder Moderador é fundamental para a compreensão daquele mundo e era, fundamentalmente, a chave de todas as instituições, como

lia-se no artigo nº 138 daquela Constituição, e era obra de um suíço radicado na França, embora ninguém o cite e que não haja nenhuma fonte primária que faça uma relação entre o tema do Poder Moderador e a figura de Benjamin Constant. Não o Benjamin Constant Boteiro de Magalhães, da Proclamação da República, mas o Benjamin Constant que foi uma figura que teve uma relação muito curiosa com o Napoleão Bonaparte, de amor e ódio. Ele era alguém que, sistematicamente, combateu o Napoleão. Quando Napoleão, em 1815, foi derrotado depois da Batalha de Waterloo, no dia 18 de junho, o que se fez com ele quando retornou no Governo de Cem Dias? O Napoleão chamou o Benjamin Constant, que foi quem redigiu algo como uma emenda à Constituição Francesa, então vigente, e criou uma espécie de poder neutro – que não tem o nome do Poder Moderador – e que foi, de algum modo, absorvido por aqueles que redigiram a Constituição de 1824.

O segundo grande tema do Poder Moderador exerce este poder na prática. O Poder Moderador era exercido por um grupo das mais altíssimas reminiscências do Direito brasileiro, ou seja, as figuras que compunham o Conselho de Estado. Todas as vezes nas quais Dom Pedro II tinha uma questão, chamava o Conselho de Estado, que opinava, atuando como o Poder Moderador na prática. Um exemplo é que, quando a Princesa Isabel estava grávida, na Europa, teve um problema crucial para resolver e precisou retornar para o Brasil porque a criança tinha que nascer em solo brasileiro, senão não teria o direito de exercer o trono na qualidade de herdeiro da princesa. Assim, se instaurou a dúvida. A criança não podia nascer na Europa de jeito nenhum e a princesa temia muito cruzar o oceano, pois sofria demais nas viagens de navio. Os conselheiros foram chamados para resolver. Depois de muita discussão e de muitos pareceres, eles concluíram que a criança poderia, sim, nascer na Legação brasileira em Paris, conquanto que o parto fosse presenciado por 60 brasileiros natos. Então, os 60 brasileiros estavam em torno da princesa que dava à luz e, ato contínuo, eles redigiram uma ata, que configurava que, de fato, aquela criança, sim, era herdeira do trono. Esse é um exemplo da atuação do Conselho de Estado assessorando o imperador.

Eu também poderia pensar, do ponto de vista mais dogmático, que uma questão aberta da Constituição de 24 é o problema da constitucionalização da vida. Porque tudo, hoje, é constitucional, o que faz com que isto sofra uma espécie de uma perda muito grande do seu sentido. A Constituição de 24 tinha a coragem de disciplinar dizendo que o que era constitucional seria alterado por emenda, que na época chamava-se “lei constitucional”. E aquilo que não era constitucional poderia ser alterado por “lei ordinária”. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, tem um volume imenso de regras que não têm nada a ver com o sentido estrutural daquilo que é uma Constituição. Nenhuma inteligência artificial consegue ler a emenda constitucional nº 132 e o modo como ela foi enxertada na Constituição. Como tudo isso é constitucional, tudo isso vai para o Supremo Tribunal Federal (STF), potencializando uma técnica de impasse muito grande. É curioso que, ao que me parece, a Constituição de 1824 teve apenas uma emenda, que foi o ato adicional de 1834 e tivemos um milagre normativo. O modelo brasileiro político do segundo reinado era fixado na figura do primeiro-ministro, do conselho de ministros. Vivíamos um parlamentarismo às avessas e é importante dizer que não houve nenhuma alteração constitucional para que tivéssemos o sistema parlamentarista. Isso nos mostra que a Constituição de 1824 era extremamente flexível. Eu estou absolutamente convencido de que a Constituição de 1824 poderia ter sido utilizada, inclusive, após a proclamação da República. Se não fosse a obsessão de Rui Barbosa em copiar os temas americanos, a Constituição de 1824 poderia, sim, com alguma nuance, ser assimilada como a Constituição republicana brasileira.

Eu fecho a minha observação lembrando que nós, no Brasil, temos um problema ou uma constatação. Nós sempre levamos os institutos de outros países para o nosso país, como o Tribunal de Contas, o amigo da corte, a medida provisória, copiada da Itália. Esta, no Brasil, antes da emenda, era, na verdade, um decreto-lei.

É curioso que, no Brasil, a nossa preocupação sempre era qual Constituição que mais nos interessava. Lima Barreto, um fascinante escritor brasileiro, em um livro delicioso chamado “A República dos Bruzundangas”, criou uma cena logo no início que mostra que nós temos um grande problema constitucional brasileiro. É o nosso maior dilema. O problema era: a Constituição de qual país iríamos imitar? É fácil identificar o que houve em 1937, em 1946, em 1988, a emenda de 26, a cópia de 91 da Constituição americana, tanto que nosso nome era a República dos Estados Unidos do Brasil. No entanto, quando nós olhamos para a Constituição de 1824, fica muito difícil captar de onde exatamente ela veio. Dom Pedro I tinha uma obsessão em ser Napoleão Bonaparte que, em algum modo, foi suplementada com uma Constituição que é vinculada ao seu nome. Assim, Dom Pedro I persiste no nosso ideal como um agente da liberdade.

Bruno Rodrigues de Lima



Historiador do Direito
e Pesquisador do
Instituto Max Planck
de História do Direito
e Teoria do Direito.

Eu vou tentar falar um pouco de história constitucional na linha de uma voz constitucional abafada ao longo da História, que é a voz de Luiz Gonzaga Pinto da Gama, quem eu estudo há mais de 20 anos e é o tema da minha tese de doutorado em Direito. Ele nasceu livre na Bahia, foi escravizado pelo próprio pai, aprendeu a ler e a escrever aos 17 anos e construiu uma carreira, primeiro, na Força Pública, e, depois, na Secretaria de Polícia de São Paulo. Luiz Gama conseguiu um precedente normativo para exercer a advocacia, muito embora não tenha estudado no Largo de São Francisco, a única faculdade de Direito do Sul do Império.

Luiz Gama é um intérprete da Constituição e foi alguém que leu muito nas entrelinhas aquilo que o texto não diz eloquentemente, ou seja, ele leu o subterrâneo constitucional, que é de uma tradição que vem, se pensarmos em Pernambuco, do Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, uma tradição republicana radical, tão oportuna para pensar os 200 anos do fenômeno constitucional brasileiro e pensar os dilemas do Brasil para o futuro. O Brasil é uma nação complexa, que se firmou no século XIX como a única sociedade escravista de soberania plena das Américas,

e a palavra escravidão não aparece na Constituição, muito embora fosse ela o ânimo, o visco, o azeite que informava as relações sociais. Um dado demográfico oficial do Censo no Brasil de 1882 – portanto, na metade do Império –, mostra que o Brasil tinha 20 províncias e gente escravizada em todas. O Brasil tinha 635 municípios e gente escravizada em todos. O Brasil tinha 1.449 paróquias, pensando em jurisdições menores, e tinha gente escravizada em todas. É este o fato que coloca o Brasil no mundo, o fato constitucional que precisa ser analisado no futuro, até para entendermos que magia foi essa que os primeiros constitucionalistas e, depois, a segunda geração, pensando em Bernardo Pereira dos Vasconcelos, fizeram, e que arte de interpretação da política constitucional tiveram eles para fazer com que o Brasil se consolidasse no mercado global, exportando cafés como nunca antes visto, e estabilizasse as instituições políticas em um território continental. Isso ainda desafia os intérpretes.

Que fenômeno constitucional é esse que não define quem representa quem? Porque, nos Estados Unidos, as então colônias com pretensão a serem estados-membros, enviaram seus delegados para votar o texto constitucional. Quem foi a Assembleia Constituinte no Brasil? Quem, no texto constitucional, artigo nº 97 pode representar? A palavra-chave do regime representativo é a representação. Nós sabemos que tínhamos uma Assembleia única, ou seja, legislar sobre o tema da escravidão não competia às províncias, competia ao Parlamento, à Câmara dos Deputados e ao Senado. A escravidão estava posicionada na cúpula do Estado e era um fato que todos os primeiros integrantes da Assembleia Constituinte, depois os do Parlamento, reconheceram e defenderam com unhas e dentes.

Há uma frase de um ex-chefe de polícia do Distrito Federal, na Primeira República, no tempo da República dos Bruzundangas, para citar Lima Barreto, que foi ministro do Tribunal de Contas da União, o constitucionalista Aurelino Leal, baiano como Luiz Gama, que disse, após discutir minúcias da técnica constitucional: “senhores, o que tem estabelecido entre nós o conceito da forma republicana federativa é a prática, é a construção, e isto, desgraçadamente, não raro, à custa de surpresas, de violências, de sofismas, percorrendo a politicagem em uma escala de atrocidades que vai dar chacina nas ruas aos bombardeios fraticidas”. É um diagnóstico sociológico poderoso.

síssimo do Aurelino Leal e que é iluminador para pensarmos o fenômeno constitucional para além do texto, porque, segundo ele, a construção da Constituição se dá fora do texto, muito embora podemos ler através da história dos conceitos por dentro do texto. É aqui precisamente que precisamos entender a escravidão como o fato nacional, a conjugação de todos os adjetivos postos da surpresa, da violência, do sofisma, da politicagem, das atrocidades, da chacina.

Luiz Gama denunciou a escravidão como o fato constitutivo da Constituição. Ele disse: "Ministros da Coroa, conselheiros de Estado, senadores, deputados, desembargadores, juizes de todas as categorias, autoridades policiais, militares, agentes, professores de institutos científicos eram associados a auxiliares ou compradores de africanos livres". Luiz Gama está reconhecendo que há algo que unifica todos e todas, que é a escravidão e a compra de africanos livres. A proibição no Parlamento se deu em 1831 e, até 1850, quando os bombardeiros ingleses nas praias das costas brasileiras fizeram cessar o tráfico transatlântico de escravizados da África para o Brasil, entraram 800 mil africanos ilegalmente contrabandeados. Este é o fato que vai dar o ânimo no tecido nacional. Essa é a denúncia do Luiz Gama, e nós precisamos pensar, atores da política, da imprensa, da academia, da advocacia, este fato que fornece as bases materiais para pensar o texto de 1824.

O Brasil é muito jovem. É fundamental pensarmos nos próximos 200 anos, pois nós temos uma dívida histórica, pois estamos em um país com níveis abissais de racismo em suas instituições e em sua vida privada. Não há como pensar os próximos 200 anos sem enfrentar essa questão com a honestidade intelectual de seus pensadores, mas também com a vontade política de seus atores para que consigamos, minimamente, fazer do Brasil uma nação livre, justa, fraterna, efetivando os seus princípios constitucionais. Precisamos pensar o que vem adiante em uma mesa como essa, onde pensamos sobre o passado. Nós precisamos encontrar consensos na História. Isso é difícil, ainda mais quando há o cometimento do maior crime contra a humanidade no século XIX, que é a escravidão da África para o Brasil, em níveis que faria qualquer representante do Alabama corar de ver como o Brasil conseguiu manejar isso. A inteligência dos constituintes é algo que nós precisamos estudar a sério. Como o Brasil não define quem é cidadão exatamente? Como o conceito-chave do regime representativo está indeterminado? Até hoje nós temos dificuldade em entender quem representa quem.

São essas as minhas palavras, um pouco mais acaloradas na linha do Luiz Gama, mas fazendo figa para que encontremos soluções para os impasses do Brasil de hoje, que precisa corrigir desigualdades abissais que envergonham o país e o mundo. Nós precisamos corrigir isso, e é tudo para ontem, ou seja, este ontem é muito presente agora.

Carolina Cyrillo



Professora da
Universidade Federal
do Rio de Janeiro.

Se falamos em representação em Assembleia Constituinte de 1823, precisamos também olhar um pouco sobre as outras questões que parecem que ficaram de fora.

A primeira delas é que a Constituição de 1824 não terminou com alguns conflitos internos e parece ter acirrado alguns. Tanto é que, logo após a Constituição de 1824, tivemos a Guerra da Cisplatina – a província Cisplatina, atual Uruguai, fazia parte do Brasil naquela época. A chamada Cisplatina, que não mandou representantes para a Constituição de 1823, foram constituintes *ad hoc* da Cisplatina, porque ela não queria uma independência do Brasil. A Cisplatina, como povo, queria o Império do Brasil. Essa Constituinte, que foi apelidada por muitos de Constituinte da Mandioca, porque quem podia representar e quem estava lá como constituinte tinha que ser proprietário de alguma quantidade de plantação de mandioca.

Que Constituição é essa, de 1824, que é unitária e não pensou nos federalistas? Eu vou falar um pouco porque venho de uma província altamente federalista, que é o Rio Grande do Sul, província de São Pedro. Essa província foi uma das que se

revoltavam contra o unitarismo e uma das que, talvez, tenham ficado, ainda que por pouco tempo, felizes com o ato adicional de 1834, a única Emenda Constitucional efetiva da Constituição de 1824, que permitiu, de certa forma, uma expressão federalista, já no bojo da Constituição de 1824, porque criou as assembleias provinciais, dando algumas autonomias para as províncias. Em especial, que era muito importante, a autonomia em relação ao ensino. O ensino passou a ser competência das províncias. Alguns apontam que esse era um erro da época que se perpetua até hoje, porque, afinal de contas, a União deveria se ocupar da questão do ensino.

Parece, então, que temos algumas heranças desta época e a herança mais importante, na minha visão, é um “pseudofederalismo” que nós podemos ver em 1834, ainda que seja uma expressão de que é algo que nós não soubemos lidar 200 anos depois da nossa Constituição. Geralmente, a nossa Constituição é festejada por manter a unidade do Brasil, contrário àquela barbárie da Coroa espanhola ou das independências dos países hispânicos. Por que o unitarismo seria melhor do que, efetivamente, um federalismo? Por que não reconhecer que existe uma importância das identidades regionais que nós poderíamos ter aproveitado de melhor maneira no nosso constitucionalismo? Ainda hoje, a União concentra diversas competências, principalmente aquelas que dizem respeito ao orçamento, às questões tributárias e à gestão da coisa pública. Nós temos ainda traços desse unitarismo que herdamos nesses 200 anos de Constituição. É um modelo unitário com algumas concessões feitas aos federalistas, mas que, para muitos, não foi suficiente. Na grande periferia do Brasil, no Sul ou no Norte, acabaram com algumas guerras, chamadas revoltas separatistas ou coisas do gênero, mas que, na verdade, não tinha separatismo. Eram, simplesmente, uma vontade de construir um modelo um pouco diferente de Brasil, que respeitasse um pouco mais as identidades regionais e que não era tão concentrador de poder. Se podemos classificar, de alguma forma, a nossa Constituição de 1824, que avançou em direitos fundamentais, como no artigo nº 179 que é extremamente inovador para o período, ainda que se reconheça que tínhamos um modelo de concessão de direitos para poucos que se mantinham com base na sociedade escravagista, que, muito embora não estivesse formalmente na Constituição, foi um modelo de sustentação do Brasil e que, ousado dizer, segue sendo.

Como é esse constitucionalismo que nós mantemos há 200 anos? Dizem que ela foi outorgada, promulgada, se é autoritária ou democrática, com limitação de Poderes e tem direitos fundamentais. Se pudermos classificar, poderíamos dizer que está dentro de uma ideia de constitucionalismo liberal, tal como fazemos hoje. Não teria problema nenhum em relação a isso. No entanto, ela é típica de uma sociedade que era de construção, que não era homogênea. Por isso, dizer que o unitarismo é um ganho me parece um argumento fraco, tendo em vista as revoltas federalistas, que estavam vinculadas às nossas periferias. Tivemos o Ato Adicional de 1834, que foi um importante modelo de certa concessão para um federalismo, mas que foi feita para, talvez, evitar algumas revoltas, e não foi o suficiente com as assembleias provinciais.

Eu termino com desafios para os próximos 200 anos e me lembrei de uma pequena parte do poema de “O Navio Negreiro”, de Castro Alves:

“Andrada! arranca esse pendão dos ares!
Colombo! fecha as portas dos teus mares!”

António Barbas

Homem



Professor Catedrático
da Faculdade
de Direito
da Universidade
de Lisboa.

Eu escrevi um livro há pouco tempo, sobre a Constituição Portuguesa de 1822. Quando nós fazemos o confronto histórico das várias Constituições do início do século XIX, deparamo-nos com muitas semelhanças e, ao mesmo tempo, com muitas diferenças.

Na verdade, nós estávamos em um momento, entre 1820 e 1824, de aceleração do processo histórico. Tudo se passou com uma rapidez extraordinária, mas há um fato que, por vezes, é menos conhecido. Frequentemente, nós interpretamos estes dados e não temos bem a noção da dificuldade que era a circulação de documentos no espaço. Na época não havia internet nem fotocopiadoras, e os documentos circulavam basicamente em manuscritos e em cópias manuscritas e havia censura e violência. Por exemplo no episódio com D. João VI, ainda prestes a abandonar o Brasil para Portugal, quando recebe notícias falsas vindas de Lisboa e declara em vigor no Brasil a Constituição Espanhola de 1812, mas revoga essa decisão quando percebe que a notícia é falsa. Portanto, há muitos documentos falsificados correndo nesse período histórico. Por isso, um dos problemas para a história constitucional é compreender que documentos correm e entre quem.

A elite que lia, escrevia e que estava presente nestas assembleias era uma elite muito reduzida e que – e esse é um aspecto muito curioso – grande parte frequentou a Faculdade de Leis ou de Cânones, em Coimbra. Portanto, estudou na Europa – basicamente, em Coimbra – e teve conhecimento, apesar do ambiente em que se vivia, de alguns dos grandes escritores do século XVIII, como Rousseau e Montesquieu, e escritores do século XIX, como Benjamin Constant. Era, portanto, uma elite culta, mas pequeníssima. Na verdade, um dos motivos que levou a essas zangas da elite, entre Portugal e o Brasil, em torno da Constituição portuguesa de 1822, já era o problema da escravidão. Era necessário dar uma solução à política do Império e os portugueses queriam que o Brasil regressasse à condição de colônia, mas por trás havia o problema da escravidão e grande parte dos liberais de Portugal eram a favor da abolição definitiva da escravidão e do comércio de escravos. Há, portanto, um pano de fundo de discussões políticas, mas é importante não perder de vista que, realmente, o núcleo relevante que toma decisões é um núcleo muito reduzido e, por outro lado, os textos que circulavam, frequentemente, eram cópias diferentes umas das outras, até por erros dos copistas.

Nessa cultura constitucional que estava em nascimento, todos os conceitos eram novos. O conceito de Constituição era um conceito novo e, na verdade, houve várias visões sobre o que era uma Constituição. A Constituição de 1824, repetindo uma Constituição francesa e depois a Constituição portuguesa de 1826, dizia que era só constitucional o que dizia respeito à separação de Poderes e aos direitos, mas houve várias ideias sobre Constituição. Não era claro ainda, nesse momento, o que significava a palavra liberal nem se usava a palavra liberalismo, que nós hoje utilizamos para designar o que era essa experiência constitucional. Esses autores diziam-se fundamentalmente individualistas, contra a visão que vinha do antigo regime de uma política de classes. Todos os direitos que vimos enumerados na Constituição de 1824 estão na Constituição portuguesa de 1822. Portanto, a Constituição portuguesa de 1822 é uma das fontes de inspiração da Constituição de 1824. Logo, o catálogo de direitos, principalmente em matéria penal, explica porque o Brasil chegou mais depressa do que Portugal à codificação do Direito Cri-

minal. Nesse aspecto, o Brasil estava à frente do Portugal. A codificação civil só chegou ao Brasil 50 anos depois de Portugal, mas o Direito Criminal estava há anos, pois o catálogo dos direitos em matéria criminal já estavam na Constituição portuguesa de 1822. Há, portanto, uma mútua influência e a Constituição de 1824 será a fonte da Carta Constitucional portuguesa de 1826. Nesse aspecto, portanto, a história constitucional funde-se com a história política.

De certa forma, como nós ainda hoje vemos, por vezes, é difícil imaginar uma história constitucional, a Constituição e o constitucionalismo que se faz sem pessoas. Portanto, esse é um dos aspectos dramáticos que nós encontramos, não apenas na discussão sobre o constitucionalismo do século XIX, mas também do século XXI. A Constituição ou o constitucionalismo foi motivado pela ideia de ser um governo pelas leis e não um governo pelos homens. No entanto, nós verificamos, na Constituição de 1824, que se não fossem homens em concreto, nomeadamente o próprio rei Dom Pedro, não teria Constituição e, se não tivesse havido uma geração dos primeiros constitucionalistas brasileiros, também não haveria constitucionalismo brasileiro.

Há uma distinção, de alguma forma, entre o texto constitucional e o nascimento de uma cultura constitucional, que é posterior. A ideia, por exemplo, de supremacia da Constituição, a ideia de fiscalização da constitucionalidade das leis, não ocorria aos primeiros autores deste constitucionalismo. Ela veio muito mais tarde, por virtude dessa cultura constitucional. Isto é, pelo momento em que, por exemplo, nas faculdades de Direito, se começou a ensinar o texto constitucional. Em Portugal, também pioneira em termos europeus, a partir de 1836, começou-se a estudar Direito Constitucional na Universidade e era também referida e estudada a Constituição brasileira de 1824 e, depois, os laços também dinásticos entre a Monarquia portuguesa e a Monarquia brasileira favoreciam todos esses contatos e muitos dos grandes juristas portugueses do século XIX continuaram a ser impressos no Brasil. Muitos dos grandes juristas portugueses que escreveram nos anos 20, 30, 40 e 50, têm edições próprias no Brasil. Também era uma época em que não havia proteção dos direitos de autor e um dos aspectos muito curiosos quando se faz a proteção dessas edições é que no lado do Brasil acrescentam coisas. Por exemplo, nos tratados de Direito Civil dos autores portugueses que são editados no Brasil adicionam-se coisas sobre o tráfico de escravos ou os negócios sobre escravos, que em Portugal há muito tempo estavam completamente abolidos e proibidos, mas do lado brasileiro continuaram a colocar estes dados nos livros dos grandes autores portugueses, que eram publicados do lado do Brasil.

Portanto, esta comunidade que hoje nos une, na verdade, também tem 200 anos. Um dos dados muito significativos dessa cultura está no fato de os grandes juristas portugueses do século XIX terem essas edições no Brasil e muitos dos grandes juristas brasileiros serem muito conhecidos em Portugal, até porque muitos deles não se proibiram de intervir nos grandes debates portugueses, por exemplo, sobre a codificação do Direito Civil, do Direito Criminal, do Direito Comercial. Sempre houve essa comunidade jurídica luso-brasileira e fico muito feliz, também em nome da Faculdade de Direito, por continuarem a vir até Lisboa.

MESA XIV

14

MODERADOR - FILIPE NETO BRANDÃO¹

GOVERNANÇA ORÇAMENTAL

¹ Presidente da Comissão de Orçamento e Finanças da Assembleia da República.

Filipe Neto Brandão



Presidente da Comissão
de Orçamento e
Finanças da Assembleia
da República.

Neste painel de governança orçamental serão abordados modelos de gestão, monitorização e aprimoramento das contas públicas, mas, independentemente do sentido que quisermos dar à polissêmica expressão “governança orçamental”, estaremos sempre falando direta ou indiretamente de questões que têm a ver, como elemento agregador, com o fenómeno da atuação do Estado como agente económico. Nesse sentido, falaremos sempre de política. Em Portugal, muito por força da intervenção da Troika, portanto, do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Central Europeu e da Comissão Europeia, em 2011, por força das consequências desta intervenção, todos os estudos de opinião revelam que a preocupação com a sustentabilidade das contas públicas, com o cumprimento das regras de estabilidade e crescimento, nomeadamente o défice e a dívida, passaram a merecer uma particular e inusitada atenção por parte dos cidadãos portugueses. Estudos de opinião revelam que o povo português é, provavelmente, aquele que refere a preocupação com a saúde das contas públicas entre as preocupações que justificam as suas opções eleitorais, ou seja, a qualidade da despesa ou do

gasto público é, hoje, como nunca foi no passado, escrutinada não apenas pelas instâncias formais de controle, mas também pelo conjunto de cidadãos. Logo, é eleitoralmente relevante que os agentes políticos transmitam aos concidadãos relativamente ao cumprimento dessa preocupação.

Para nos falarem sobre as diversas declinações de um tema como a governança orçamental, crescentemente relevante, em uma área crescentemente influenciada pelo fenômeno da globalização, eu tenho a honra de moderar um painel com um conjunto de reconhecidos especialistas na matéria.

José Roberto Afonso



Vice-Presidente do
Fórum de Integração
Brasil Europa.

Eu acho que essa matéria orçamentária poderia ser objeto de uma integração maior, não tanto na área de controle, mas especialmente na área de orçamento. Seria muito interessante os parlamentares brasileiros conhecerem a tramitação do processo orçamentário português, na qual o que menos se discute é números. O que se discute no orçamento é o plano de governo ou o plano de país, o que se quer para o país no ano seguinte e as dotações e os orçamentos acabam indo por consequência. Eu diria que o processo português está mais no campo macro, enquanto o brasileiro me parece excessivamente voltado para o campo micro. Hoje, nós já estamos fazendo emendas no orçamento, que já não é nem para o ensino superior nem para uma universidade, é para um departamento de uma universidade, quando, antes, precisávamos discutir qual era a nossa prioridade e quais eram as linhas. Não se enganem de achar que o processo português seja irrelevante, porque se o orçamento não passar, cai o governo e, às vezes, o próprio Parlamento pode ser dissolvido.

Vou fazer colocações em três tempos: passado, presente e futuro. Sobre o passado, neste ano 2024 comemora-

mos 60 anos da Lei Geral de Contas Públicas no Brasil, Lei nº 4.320, que foi aprovada 15 dias antes do golpe militar e está em vigor até hoje. Já passou a Constituição de 88, já aprovamos a Lei de Responsabilidade Judicial e ninguém fala em mudar a Lei Geral de Contas Públicas. Foi uma lei inovadora, muito inteligente e, em 1964, o Brasil adotou regime de competência nas despesas públicas. Muitos governos de economias avançadas só foram fazer isso este século. Nesse sentido, acho que ela resiste pela inovação, mas é óbvio que, 60 anos depois, não tem cabimento não ter uma revisão dessa lei, que padroniza o processo orçamentário, o financeiro e o contábil, e baliza os processos interno e externo de controle de contas. Qual é a razão pela qual nem Congresso, nem governo, nem as entidades da sociedade civil se interessam por mudar essa lei? Eu confesso que não sei direito. Às vezes, eu tenho a impressão de que, quando não tem regra, quem está no poder pode inventar a regra, mas só que, como o poder não é permanente, estamos tendo muitos problemas institucionais. Aliás, várias das reclamações em torno da Lei de Responsabilidade Fiscal, como o que é gasto com o pessoal, são questões que têm mais a ver com a Lei Geral das Contas Públicas e menos com a Lei de Responsabilidade Fiscal, que é uma lei de conduta.

Sobre o presente, a gestão orçamentária no Brasil está sendo realizada via Emendas Constitucionais. Nenhum país do mundo publica tanta Emenda Constitucional sobre matéria fiscal e tributária, em particular, quanto o Brasil. Aliás, acho que poucos países do mundo têm um título na Constituição só dedicado a esse assunto. Não bastasse ter o título, nós emendamos. A última Emenda Constitucional que aprovou a reforma da tributação indireta no Brasil acrescentou 50% a mais de palavras e vocábulos ao texto constitucional anterior. Nós acabamos com cinco impostos, criamos três outros novos impostos, mas, para criar três impostos no lugar de cinco ou seis, colocamos mais de 50% no texto constitucional. Isso vale para várias outras matérias. Acho interessante e importante que o Congresso brasileiro tome a iniciativa e aprove emendas. É difícil aprovar emendas, muitas não são regulamentadas e, em muitos casos, há contradição de texto ou textos não muito claros. Assim, os Tribunais de Conta e dos Conselhos de Conta acabam tendo que disciplinar, mas, acima de tudo, sobra para o Supremo Tribunal Federal (STF) decidir. Quem decide política fiscal no Brasil, em última instância, hoje, é o STF e não é por opção dele, e sim por opção, principalmente, do

Parlamento e da sociedade, que quer resolver tudo com Emenda Constitucional, e, como tudo está na Constituição, todas as dúvidas são diminuídas pelo STF. Essa não era para ser a função principal do STF. Basta ver os debates recentes. O STF está tendo que decidir como alguns setores da economia brasileira, alguns contribuintes, devem ou não recolher contribuição para a Previdência Social, com um imbróglio legislativo, jurídico, e que passa muito por esse processo ativo. É um paradoxo, porque temos a Lei Geral de Contas Públicas, que não foi regulamentada, mas, de outro lado, aprovamos, na média, quatro emendas por ano, só que cada emenda, muitas vezes, tem diversas páginas.

Qual o caminho? Eu acho que, no Brasil, estamos precisando consolidar a legislação, principalmente fiscal, e ter um código fiscal semelhante ao Código Tributário. Nós temos um excelente Código Tributário, de 1965, que também não se muda, mas se aprovam leis paralelas a ele. Se tivesse tudo em um só ato, no mínimo, tinha que se preocupar com a redação, com a consistência e com a coerência. Nós estamos precisando transmutar o que, hoje, está no texto constitucional para uma lei complementar. A lei complementar é uma lei que exige um quórum especial, acho que em Portugal não existe. Ela é uma quase Constituição, e se aplica à União, estados e municípios. Então, não é uma lei ordinária e não pode ser objeto de medida provisória. Eu acho que podíamos transpor tudo isso para uma só lei complementar, não juntaríamos o tributário com o resto, mas teríamos um Código Tributário e um Código Fiscal. Isso abriria espaço para, junto à mudança da legislação, nós fazermos uma transformação digital do setor público brasileiro. É radical isso, pois cada governo faz uma coisa e todo mundo precisa andar na mesma direção e muito rápido. Acima de tudo, nós precisamos colocar no celular todo o processo orçamentário e o processo de controle público. O GPS me localizaria e, se eu estou em uma instituição pública, poderia me dizer quanto ele custa para o Estado e quem é o responsável, caso eu queira apresentar alguma denúncia e alguma sugestão. Isso não é sonho. O Exército brasileiro faz isso com as obras públicas, já está pronto o programa. Facilmente, poderia-se transpor, gradualmente, ainda mais com o tamanho do Brasil, para o resto do governo brasileiro. Fala-se muito, atualmente, em reforma administrativa, mas, ao meu ver, ela se faz menos com Constituição e leis e mais com prática, com o dia a dia e com gestão.

José Fernandes Farinha Tavares



Presidente do Tribunal
de Contas da
República Portuguesa.

Nós vivemos em um mundo turbulento, de alto risco, com crises financeiras, guerras, alterações climáticas, incluindo a energia, e muitos desafios, como a transição digital e a digitalização, com todos os impactos que isso tem. Portanto, torna-se necessário construirmos, em conjunto, e no domínio dos Tribunais de Contas, soluções que vão ao encontro destes assuntos emergentes. Em um mundo globalizado, como o que vivemos, problemas globais exigem e requerem, também, soluções globais. Daí a importância de instituições fortes, como é o caso da necessidade de Tribunais de Contas fortes. O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 (ODS 16) vai a este encontro que é necessário haver nas sociedades instituições fortes. Sem instituições fortes, é mais difícil enfrentar os problemas do dia a dia. Por isso, também, a importância da cooperação entre as várias instituições. Eu não tenho dúvidas de que o Tribunal de Contas de Portugal, por exemplo, não seria o mesmo se não tivesse as relações de cooperação que tem tido ao longo dos anos. Portanto, é necessário criar, também, finanças públicas sólidas e resilientes para, justamente, não só enfrentar as crises, mas continuar a prestar os serviços públicos. Por isso, o título do nosso painel é Governança Orçamental.

Nós precisamos de boa governança, boa gestão, com um sistema apropriado de contabilidade que promova a *accountability*, e que haja um Tribunal de Contas verdadeiramente independente. Eu gosto sempre de dizer que, se um Tribunal de Contas não for independente, pode extinguir-se, não serve para nada. Precisamos também de um sistema de responsabilidade que assegure esta questão. Eu, a propósito disto, gostaria de evocar aqui três pensadores. Um deles é um filósofo português, Fernando Belo, que diz: “as crises são as sociedades a tornarem-se laboratórios e a requerer à ciência o que lhes falta para reformulá-las”. Assim como Carl Schmitt se referia quando nós discutimos muito um conceito como residência, governança, boa gestão, então, se nós discutimos muito, é porque há um problema para nós resolvermos e clarificarmos. Também o Marquês de Condorcet, e cada vez sentimos mais isso nos Tribunais de Contas, nós, na gestão pública, temos de recorrer o máximo possível à ciência, porque “uma sociedade que não é esclarecida pela ciência é enganada”, como ele dizia no século XVIII.

O conceito de finanças públicas, hoje, não é igual ao de cem anos atrás. Há cem anos, por exemplo, Gaston Jèze, no final do século XIX, dizia que “as finanças públicas se reduzem às despesas públicas”, portanto, encontram forma de as cobrir. Isto era a visão das finanças públicas. Nós tivemos também um professor de finanças públicas no início do século XX, que dizia que as finanças públicas, no fundo, traduzem-se no déficit orçamental e na dívida pública. Tudo mais é desinteressante. Mas, por exemplo, há 30 anos houve uma dissertação de mestrado na Universidade de Lisboa, que tinha como título “Bem-Estar Social e Decisão Financeira”. Vejam a maneira diferente de ver as coisas. Mais recentemente, a dissertação de doutoramento da professora Maria d’Oliveira Martins, teve como título “A Despesa Pública Justa”. Portanto, vejam a evolução das finanças públicas sob um ponto de vista qualitativo. Eu gostaria de chamar a atenção para este ponto, porque depois também se traduz na qualidade. Hoje, esta questão é qualitativa. Nesse sentido, eu gostaria também de chamar a atenção para o fato de haver, hoje, um instrumento de gestão que me parece fundamental e que o Tribunal de Contas tem lutado para que ele seja uma realidade, que é a existência de planos de gestão e de prevenção de riscos. Eu não consigo compreender qualquer gestor público que não tenha à sua disposição um plano com identificação dos riscos em todos os domínios da gestão pública e com previsão de medidas que os

eliminem ou reduzam. Eu o acho o melhor instrumento de gestão, além dos instrumentos clássicos de gestão, como o orçamento, os planos de ação e de atividade e as contas, que, evidentemente, são planos básicos.

Não esqueçamos que as sociedades, à medida que se vão se desenvolvendo, maior o número de cidadãos pagando impostos e, portanto, a fraude e a evasão fiscais vão diminuindo à medida que o desenvolvimento procede. Se todos os cidadãos pagassem impostos, o que aconteceria? Todos teriam interesse em saber como eles são aplicados. Evidentemente que em sociedades onde a maior parte dos cidadãos não paga impostos, não há interesse em saber se são bem aplicados os fundos públicos ou não. Em Portugal, eu noto uma evolução positiva enorme nos últimos 30 anos. Os cidadãos, cada vez mais, querem saber como são aplicados os dinheiros e os seus impostos. Nós podemos medir até o esforço fiscal e compará-lo com a qualidade dos serviços públicos. Essa é uma questão que nós sentimos muito no Tribunal de Contas e na sociedade portuguesa atual. Também há um aspecto positivo que eu gostaria de orientar em Portugal, que é a existência de um sistema contabilístico, aplicável às administrações públicas, que é um sistema contabilístico inspirado nas *International Public Sector Standards* (Ipsas), o mais avançado que existe. Este sistema de contabilidade é também muito importante, sendo que há um ponto cada vez também mais relevante: a consolidação de contas dos grupos públicos, em que há mais do que uma entidade ligadas umas às outras e, portanto, tem de haver depois uma conta consolidada para conhecermos a situação da família.

Termino homenageando a Assembleia da República, o nosso Parlamento, dizendo que, até 20 anos atrás, as relações do Tribunal de Contas com a Assembleia da República eram muito formais. Limitavam-se praticamente a nós enviarmos o nosso relatório anual sobre as contas do Estado. Nestes 20 anos, as relações do Tribunal de Contas com o Parlamento cresceram de uma forma que eu acho exemplar. Em primeiro lugar, vamos apresentar na Comissão de Orçamento e Finanças o nosso relatório e parecer sobre as contas do Estado. Portanto, os deputados fazem perguntas, nós conhecemos etc. Depois, grande parte dos nossos relatórios da auditoria, a maior parte, é enviada também ao Parlamento e, muitas vezes, o Parlamento solicita que nos apresentemos também nas comissões respectivas. Depois, o nosso relatório sobre as contas do Estado deve ser apresentado ao Parlamento até 30 de setembro, ou seja, 10 dias antes de o governo apresentar no Parlamento a proposta do orçamento para o ano seguinte. Assim, a Assembleia da República, quando discute o orçamento para o ano seguinte, já tem em sua mão o nosso relatório com as contas do ano anterior. Isto parece-me uma evolução extremamente positiva, sendo que também, há dois anos, o Tribunal de Contas se tornou a primeira instituição a ser chamada pelo Parlamento para se pronunciar sobre a

proposta do orçamento do Estado para o ano seguinte e ver se acolheu as recomendações do Tribunal. Isto parece-me uma evolução extremamente positiva. Portanto, eu gostaria esses sinais de evolução positiva das relações no domínio da gestão financeira e da governança orçamental.

Aroldo Cedraz



Ministro do Tribunal
de Contas da União
do Brasil.

Vou trazer para o debate um foco dentro desse horizonte extraordinário que é a questão orçamentária, e lembro que, pela Constituição brasileira, nós sabemos que orçamento é uma iniciativa do Executivo e uma competência do Poder Legislativo, como não poderia deixar de ser. Por um período em que estudei esse tema, me deslocando para alguns países, sei que essa é a maior razão de ser de qualquer Parlamento.

Se hoje estamos vivendo problemas preocupantes em relação à democracia no mundo, eu acho que nós do controle externo temos uma responsabilidade e uma preocupação maiores, pois cada movimento técnico da nossa casa corresponde, de alguma forma, ao fortalecimento da nossa jovem democracia. O que seria, hoje, de uma democracia jovem, como a do Brasil, se não tivéssemos um controle externo razoavelmente competente? As novas ciências, como a análise de dados e a inteligência artificial, estão chegando agora para o nosso domínio, que até cinco anos atrás não tinham essa perspectiva. Como fazer um controle eficiente de um orçamento de um país diverso e grande, como o Brasil, com todas as dificuldades de logística, de infraestrutura

ra, de escolas, de educação, de tudo que temos, sem um controle externo competente? O controle externo tem essa função extraordinária, dentro das suas atribuições constitucionais, de poder assessorar competentemente o Poder Legislativo, mas não é ser assessor do Poder Legislativo. Logo, temos que nos preparar para isso. Tivemos, recentemente, grandes desafios no Brasil, quando o controle externo se viu motivado a começar a entender melhor esse mundo novo do conhecimento que está chegando, que começou mais ou menos em 2013, depois do *Big Data*. Como seria possível controlar, de fato, um orçamento de uma comunidade, de uma municipalidade, ou mesmo de um Estado, ou de um país como o Brasil, sem as ferramentas que passamos a dispor, mais ou menos, depois de 2011 ou 2012, com a chegada do *Big Data*? Seria humanamente impossível. Ninguém poderia estar falando com propriedade sobre esse tema. Hoje, o mundo avançou.

Quando eu estava prestes a assumir a presidência do Tribunal de Contas da União (TCU), eu que andei pesquisando e buscando algo que pudesse montar um plano de trabalho coerente com as nossas responsabilidades constitucionais, eu vim aqui para perguntar o que eu deveria fazer, como deveria fazer, e fui recebido pelo então presidente Guilherme Martins, e trocamos ideias sobre isso. Esse foi um momento decisivo na minha vida, como homem do controle externo no Brasil, porque eu pude expor as minhas ideias e nós começamos a ousar e utilizar o conhecimento que estávamos começando a desenvolver no Brasil, por conta da responsabilidade de ser o país das Olimpíadas, e a incorporar ao nosso trabalho as primeiras ferramentas de *Big Data*. Eu acho que vem daí essa perspectiva de um controle orçamentário efetivo. Se não fosse essa iniciativa, talvez, não estivéssemos falando dessa forma, porque eu sei que é extremamente difícil essa mudança de hábitos e de costumes, principalmente em uma área tão bem enraizada, que vem da Casa dos Contos. Nós estamos avançando no Brasil, mas nós sabemos que, hoje, o mundo precisava conhecer o que eu aprendi naquele dia. Aprendi que a humanidade passou a ser diferente depois que entendeu que a aritmética veio antes da geometria e que o número era o mais importante. No Brasil, nós estamos desenvolvendo novas ferramentas na era, não mais do *Big Data*, mas da inteligência artificial, já em processos avançados com o GPT-3 e GPT-4, com tudo que está chegando a cada dia, e queremos que a nossa administração pública

passa a contar com um orçamento não apenas efetivo, mas um orçamento de verdade. Eu tive a honra de conviver com Franco Montoro e com o senador João Campos, que eram parlamentares brasileiros que tinham essa preocupação e, com muita sorte, para poder dar continuidade a essa caminhada que vem lá dos meus primeiros dias do Parlamento no Brasil. No TCU estamos produzindo e o mundo da inteligência artificial, da tecnologia, da informação precisa saber que teve um português, que era um gênio, e que contribuiu com o desenvolvimento do sistema de contas através de um trabalho artístico, de uma tapeçaria.

Eu vou trazer um recado específico sobre a questão orçamentária. Eu sou testemunha das enormes dificuldades e percalços que o Brasil enfrentou para direcionar os recursos orçamentários de forma racional, não ainda inteligente. Por quê? Porque ainda temos as enormes desigualdades regionais. Vivi na Alemanha, em um período em que o Parlamento decidiu eliminar, depois da reunificação, as desigualdades regionais, principalmente na área de infraestrutura, de educação e de saúde. Nós não fizemos esse dever de casa ainda. Estamos devendo isso à sociedade brasileira, que nos paga. Eu acho que precisamos resolver essas questões internas com o nosso Parlamento, que tem uma extraordinária competência também criativa. Nós estamos avançando no Parlamento brasileiro com modificações no processo orçamentário, que de alguma forma ainda me surpreendem. A sessão 2 do capítulo 2º, do título 6º da nossa Constituição brasileira, denominada “área dos orçamentos” é alvo de intensos debates e foi objeto de um generoso número a alterar o texto originário.

Para onde estamos indo na questão orçamentária? É penoso observar que as iniciativas se concentram, e a minha questão latino-americana é mais do conteúdo, das minúcias, ou seja, da qualidade do orçamento. Nós precisamos avançar para um orçamento de qualidade, que atenda às demandas da sociedade. Nós precisamos da sua eficiência e da sua disponibilidade ainda muito mais assertiva e necessária para o interesse e desenvolvimento da nação. Nós do controle externo estamos pagando o preço de erros do passado porque somos o país com o maior número de transferências voluntárias do mundo. Isso sobrecarrega enormemente o trabalho do controle externo. Isso nos fez o pior dos mundos no dia de hoje, que são as nossas atividades repetitivas. No mundo inteligente não tem mais atividade repetitiva. Nós estamos criando novas formas de trabalho. Nós estamos criando um novo mundo do emprego. Nós estamos criando uma nova sociedade que tem que vir por meio do orçamento público.

Em Portugal, nós temos o nosso aprendizado contínuo, permanente e sei também que o povo brasileiro é um povo criativo, diligente e tem debatido essa forma de controle e até mesmo a questão da impositividade orçamentária. Eu aprendi, no passado, com Alemanha, Canadá, Estados Unidos e Portugal, e, agora, essa mesma intelligen-

cia, no Brasil, deve ir para o que eu chamo de desenvolvimento de conteúdo. O Brasil está atrasado na área da transformação digital. O TCU foi o órgão que começou esse caminho no Brasil com o apoio do governo da época e do ministro Aloizio Mercadante, que era chefe da Casa Civil da República Brasileira, e entendeu a proposta do TCU de buscar levar ao Brasil à condição de país 100% digital. Esse é um trabalho contínuo, que não parou e não vai parar.

Essa temática transversal perpassa o cotidiano de toda a sociedade e, certamente, cria, também, abismos que nos separam das grandes transformações, que estão na Europa, nos Estados Unidos e, principalmente, na Ásia. Há duas semanas, eu tive a oportunidade e essa preocupação em um voto que proferi na apreciação das contas do presidente da República. Esse tema da transformação digital é um compromisso que abracei para o resto da minha vida. Essa transformação deve possuir centralidade em qualquer debate que envolva esse processo orçamentário, respeitadas as características e a evolução de cada país. Naquele voto, enfatizei como o cenário atual de revolução digital acelerada, eu não posso dormir sem exatamente ver o que está acontecendo. Então, defendi no voto que as escolas e as universidades precisam incorporar tecnologias digitais em seus currículos, de forma mais robusta e integrada. Não temos outro caminho que não seja a educação, como elementos centrais desse processo de ensino-aprendizagem, pois, hoje, as máquinas estão aprendendo mais rapidamente do que nós. O aprendizado de máquina nos leva a ter que sair da situação de comodismo que tínhamos em relação a isso. A velocidade é extraordinária e inacreditável. Assim também defendi no meu voto no TCU sobre as telecomunicações. Sem conexão, tudo isso que eu estou falando passa a ser simplesmente um sonho. Eu acho que deve ser eleita com prioridade a alfabetização digital, capacitando nossos estudantes para que possam utilizar, criar e inovar com tecnologia. Nós temos que passar a entender que, de fato, não dá para achar que quem tem um computador sobre a mesa está no mundo digital. Nós temos que ver os caminhos que ligam a sociedade, os orçamentos e a população. No mundo analógico, nós não tínhamos sequer uma estrada entre governo e sociedade. No mundo eletrônico, criamos uma estrada simples, de mão única, que só tinha um caminho. A chance é essa, com essa nova vida digital, com uma via de mão dupla entre sociedade e governo.

Eu afirmei naquele julgamento que a formação continuada de professores deve ser fortalecida. Educadores preparados são fundamentais, as conexões são indispensáveis, e não apenas as conexões que ampliam o que nós sabemos, os contatos entre pessoas de uma mesma sociedade, de um mesmo propósito familiar ou profissional. Devemos promover, na verdade, no Brasil, programas de capacitação que não apenas familiarizem os professores com as novas tecnologias, mas que também os habilitem a entregar essas ferramentas de maneira crítica e reflexiva, com práticas peda-

gógicas que possam promover a disrupção nas escolas. Essa disrupção nas escolas não virá em países como o Brasil, com as conexões da forma como dispomos hoje.

Precisamos discutir um pouco mais sobre essas questões orçamentárias que me preocupam, para que elas sejam pedagógicas e que cheguemos ao ponto da irreversibilidade nesse respeito que os Parlamentos e que os governos têm que ter para com as suas respectivas sociedades. Não dá para fazer um orçamento, hoje, sem ouvir a sociedade. É esse caminho de mão dupla que só vai chegar na vida digital.

Margarete Coelho



Diretora de Administração e Finanças do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas.

Hoje, sou diretora nacional do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae) e os brasileiros conhecem pouco da intimidade do Sebrae, a despeito dele ser a sexta marca mais valiosa do Brasil, com um desafio enorme, que é de acompanhar e apoiar as pequenas e microempresas.

No Brasil, os pequenos negócios representam mais de 95% de toda a nossa economia. Logo, é um universo vastíssimo do qual nós estamos falando. Como o Sebrae desempenha esse papel tão desafiador? O Sebrae recolhe 0,3% de grandes empresas, a partir do que está nas suas folhas de pagamento, então, são as empresas privadas que pagam esse apoio que o Sebrae empresta às pequenas empresas. Nós falamos de um universo de 1,6 bilhão de dólares americanos. O Sebrae está, hoje, nos 27 estados brasileiros, em mais de 3 mil municípios, tem cerca de 15 mil colaboradores, sendo que 7 mil deles são colaboradores diretos. Os outros 8 mil são consultores que o Sebrae contrata e prestam serviço basicamente gratuito aos pequenos negócios brasileiros. O Sebrae, quando não arca totalmente com os recursos destinados a este apoio, a consultoria, treinamento, quali-

ficação, acompanhamento, desde o início, banca 70% desses valores. Portanto, o Sebrae tem um grande desafio.

Outro desafio também enorme para quem cuida do orçamento do Sebrae é que, embora se apresente como uma instituição privada, ele gere recursos públicos que são recursos de subvenção. Nós temos que prestar contas a diversos órgãos e à sociedade. Nós prestávamos contas, até recentemente, ao Ministério da Economia, mas, a partir de 2024, o Ministério da Economia se desmembrou e foi criada a Secretaria Nacional de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte que, hoje, aprova o orçamento do Sebrae. O orçamento do Sebrae se prende a todos aqueles princípios da boa gestão. Para falar da sustentabilidade fiscal e financeira, da importância de uma governança orçamental robusta, essencial para manter a saúde financeira, envolvendo a gestão eficiente dos recursos, o controle de custos, a qualidade das despesas, o Sebrae, hoje, tem como uma das maiores preocupações gastar bem, afinal de contas, são recursos públicos que nós gerenciamos. Logo, é uma instituição *sui generis*, pois é privada, mas gere recursos públicos.

A questão da transparência na prestação de contas, porque assim como no setor público, o setor privado também tem essa obrigação e este é o maior desafio do Sebrae. O nosso desafio é que estamos com pequenos negócios e a grande parte dos pequenos investidores brasileiros são investidores por necessidade, ou seja, não são negócios por oportunidade, planejados, organizados, são mulheres e homens, notadamente de periferia, que por necessidade, ou por escassez de mercado de trabalho, ou por inadequação dos horários de trabalho, principalmente com mulheres que têm a questão da economia do cuidado, incidindo sobre as atividades delas, muitas vezes começam os negócios sem qualquer planejamento. Como se diz para uma dona de casa, por exemplo, cujo negócio é vender, e o mercado de alimentos é muito forte nesse setor, como ela vende bolos e que deve dividir o orçamento doméstico do orçamento da empresa? Ela usa a geladeira dela, o freezer, o fogão e o gás da casa dela. Como ajudar essa mulher a ter uma transparência orçamental, uma governança orçamental com esta confusão tão íntima entre a sua economia doméstica e a economia do seu negócio? Esse é um grande desafio.

Como fazer chegar os pequenos e microempresários brasileiros, aos microempreendedores individuais, toda essa tecnologia? Tecnologia, inovação e letramento custam caro. O Sebrae tem contribuído com o letramento, oferecendo treinamento e qualificação, disponibilizando certos recursos e instrumentos que eles podem utilizar, mas ainda é um grande desafio a questão da transparência e da governança orçamental para os pequenos negócios brasileiros. Não é só no setor privado que nós vamos ver essa dificuldade. Como dar acesso à tecnologia e a todos esses meios e instrumentos de controle para que os pequenos municípios, aqueles que têm de 10 a 12 mil habitantes, que é a grande maioria dos municípios brasileiros possam fazer jus a essa governança orçamental? São grandes desafios que nós passamos e que temos certeza que precisamos, principalmente, no Sebrae, que no ano passado atendeu 13 milhões de pequenos e microempresários, mas foram 34 milhões de atendimentos, porque quem busca o Sebrae uma vez, retorna pelo menos mais duas. Nós temos um quantitativo de atendimento enorme e são atendimentos presenciais e on-line. O desafio do nosso planejamento orçamental de 2024 e 2027, é que nós cheguemos a 50 milhões de micro e pequenos empresários atendidos, com foco em mulheres, negros, periféricos, e no que nós chamamos, hoje, de economia prateada, que é a economia 60+. Como qualificar para transparência orçamental, para governança orçamental, alguém que adentra o mercado empresarial com mais de 60 anos? Ele sequer sabe operacionalizar um computador. Imagina lidar com *Big Data* ou inteligência artificial.

Com relação aos pequenos municípios, eu acho que tem um instrumento que é extremamente benéfico e que pode ser utilizado, por exemplo, com algo que eu considero revolucionário, que são os orçamentos populares. Os orçamentos populares, além de democratizar o orçamento público, hoje, a internet facilita muito essa comunicação. Quando fui vice-governadora do meu estado, eu participei de vários orçamentos. Nós íamos para as reuniões com as associações e passávamos horas, às vezes o dia inteiro, ouvindo cada uma daquelas mães de família, cada um daqueles jovens que gostariam de participar do orçamento. Então, temos o desafio de transformar isso em orçamento passível de acompanhamento. O Sebrae faz isso com muita competência. Nós submetemos o nosso planejamento à Secretaria Nacional de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, oriunda do Ministério da Economia, e somos controlados pela Controladoria-Geral da União e pelo Tribunal de Contas da União (TCU), e recebemos com muito orgulho e com muita satisfação o resultado da auditoria operacional que foi feita no Sebrae. Nos deu uma clareza, que nós sabíamos, mas ouvir do TCU sobre a importância do Sebrae e alguns indicativos, como, por exemplo, não se justifica que no orçamento alguns estados tenham depósito de recursos. Não se justifica que recursos vultosos permaneçam nas contas, porque nós temos cidadãos para atender. Nós temos no nosso orçamento 50 milhões de empreendedores brasileiros que estão na base dos nossos negócios para atendê-los. Além do TCU, nós temos um Conselho

Fiscal atuante, que é dativo, ou seja, todo ele é voluntário, mas são representantes das diversas áreas. Nós somos obrigados a termos auditorias externas. Nós submetemos a nossa prestação de contas, depois, ao nosso Conselho Diretivo e à sociedade, que é o nosso principal objetivo, através do Parlamento e de todos os canais. Então, temos a nossa responsabilidade como setor privado que gera, acompanha e apoia pequenos negócios e da dificuldade no letramento e do uso das tecnologias, mas, basicamente, em conhecer um orçamento. O nosso desafio é fazer com que esses pequenos negócios lidem com orçamento como algo essencial da atividade deles. É um desafio que nós enfrentamos com muita honra e orgulho e que faz do Sebrae a sexta marca mais respeitada do Brasil.

Maria d'Oliveira Martins



Professora na Faculdade
de Direito da Universidade
Católica Portuguesa.

Vou falar um pouco sobre Direito Financeiro material e não Direito Financeiro adjetivo, no sentido do Direito Orçamentário puro e duro. Nós tendemos a pensar as finanças públicas como um fenómeno contabilístico, como receitas, despesas e mapas orçamentais. Eu sou jurista e, sempre que olho para o orçamento do Estado, fico um pouco assustada porque não percebo bem aqueles números, que são difíceis de compreender. Talvez, por isso, eu fui desenvolvendo o gosto pelas finanças públicas e quando fiz a minha tese de doutoramento pensei que se eu me aprofundasse nos números, eu não sairia mais de lá, ou viraria uma contabilista ou uma economista ou deixaria de ser jurista. Esta visão contabilística das finanças públicas e do orçamento do Estado, eu contraponho também a uma visão de justiça, ou seja, as finanças públicas são também uma disciplina que declina o conceito de justiça distributiva. É através do orçamento do Estado que se distribuem os recursos públicos. O orçamento do Estado, aliás, devia responder à pergunta de como é feita a justa repartição dos recursos públicos. Quando eu faço esta abordagem não estranharão, então, que um dos temas que eu, agora, trabalho seja o tema da pobreza.

O tema da pobreza não parece, mas é um dos temas fundamentais de finanças públicas. Durante muitos anos andei com este tema para fazer a tese de doutoramento, e, no início, pensei que talvez fosse só um sonho tentar descobrir a justiça da despesa pública, mas, na verdade, cheguei a conclusões muito concretas sobre ela. Em termos constitucionais, este tema está apenas tratado na Constituição espanhola, que invoca o conceito de equidade para falar da justa repartição dos bens públicos. Não é uma abordagem que me satisfaça particularmente. Então, mergulhei não só na teoria da justiça, mas também na compreensão daquilo que é o Estado social e as suas funções. Cheguei a três ideias principais que partilho.

A primeira ideia é a de que o Estado social surgiu e se desenvolveu para dar, antes de mais nada, resposta ao tema da pobreza. Era o tema no final do século XIX, ou seja, sobre como resolver a situação de milhares de pessoas que faziam o êxodo do campo para a cidade. Estávamos na Revolução Industrial e as pessoas, que não tinham condições para viver, se concentravam nas cidades. Portanto, o Estado social partiu com políticas sociais dirigidas à pobreza. Aliás, os esquemas de segurança social, primeiro o alemão e depois o inglês, visavam resolver a pobreza. Resolveram o tema da pobreza no fundo, prevenindo a pobreza através da prevenção da pobreza. Deixaram de resolver a pobreza através de esmolas e resolveram prevenindo a pobreza.

A segunda ideia entra em um plano mais jurídico. Temos conceitos jurídicos para trabalhar, para encontrar a despesa pública justa? Temos, que é a reserva do financeiramente possível. A reserva do financeiramente possível é um conceito e é, no fundo, a defesa que o Estado e os governos usam para dizer que gerem como entendem. Nós gastamos como entendemos. Por quê? Porque a decisão de despesa é uma decisão política e, portanto, sendo uma decisão política, não pode ser sindicada por ninguém, nem pelos tribunais. É uma decisão política e temos a separação de Poderes. No entanto, trabalhando a reserva do financeiramente possível, nós vemos que a reserva do financeiramente possível tem limites. Nem sempre ela pode ser invocada. Em que circunstâncias ela não pode ser invocada? Em circunstâncias, por exemplo, em que esteja em causa a dignidade da pessoa humana. Imaginem, por exemplo, a entrada de umas urgências, na qual o imigrante ilegal está em uma situação de vida ou morte,

não tem documentos, não tem nada. Não pode ser recusado o tratamento pelo fato de ele ser imigrante ilegal. É uma questão de dignidade humana. Vai ter que ser feito o tratamento e, depois, logo se resolverá a questão da despesa que implica aquele tratamento. Perante este caso, de vida ou de morte, não é possível invocar a reserva do financeiramente possível. Um segundo exemplo, na Europa também não é possível invocar a reserva do financeiramente possível, quando estamos perante situações de indigência máxima. Uma pessoa que não tenha qualquer rendimento, o Estado vai ter que lhe assegurar um rendimento, porque ela não pode morrer de fome e não pode ficar entregue aos elementos. Portanto, são dois exemplos em que a reserva do financeiramente possível tem limites e, portanto, nos indica quais deveriam ser as primeiras pedras do orçamento do Estado. As primeiras pedras do orçamento do Estado deveriam ser aquilo a que o Estado não se pode furtar. As despesas que são obrigatórias, que o Estado não pode invocar o seu poder político, a sua discricionariedade, porque elas são imperativos de justiça. Portanto, estas despesas deveriam ser a primeira pedra do orçamento.

Por isso, ao chegar a este ponto, pensei que já tinha a base da justiça na despesa pública. Qual é a base da justiça na despesa pública? A primeira pedra é voltada para aqueles que nada têm, para aqueles que não conseguem sobreviver sem o Estado. Podemos extrapolar a partir disso? Claro que sim. Na leitura dos direitos sociais, esta perspectiva dos limites da reserva do financeiramente possível também são muito importantes porque na concretização dos direitos sociais, então o Estado e o Governo, não têm a discricionariedade máxima. Eles têm também prioridades a que terão de acolher. Então, eu fui buscar um conceito simétrico àquele que nós utilizamos na Justiça Fiscal. Quando falamos de Justiça Tributária, nós falamos da capacidade contributiva. Para a despesa pública, a Justiça Tributária e a Justiça da Despesa Pública devem ser dois conceitos simétricos. Deve ter um conceito simétrico. Não o da capacidade contributiva, mas o da necessidade receptiva. Quais devem ser as prioridades do Estado? Aqueles que não têm, e que não teriam de outra maneira, acesso à saúde, à educação, à habitação, estão na linha da frente para a concretização dos direitos sociais. Portanto, isto levou-me a concluir que a despesa pública justa tem densidade. É um conceito que pode ser utilizado e deve ser trabalhado. As finanças públicas não são só, e concludo, uma questão de números. São pessoas. As finanças públicas contemporâneas têm que ter esse aspecto em consideração. O direito das finanças públicas é uma disciplina de justiça. Essa é uma mensagem que não pode ser esquecida.

Luiz Antonio Guaraná



Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro e Presidente do Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas do Brasil.

Eu sou da área da lógica, porque eu fiz Engenharia, não fiz Direito. Então, sempre é um desafio ouvir sobre Direitos, sobre essa ótica, mas tem uma grande vantagem, que, como todo mundo da área de lógica, eu fico pensando qual é o meu quadradinho, o que eu tenho que fazer, o que cada lugar tem que fazer para tentar resolver o problema geral. Eu começo falando sobre as diferenças entre o Tribunal de Contas da União (TCU) no Brasil e o Tribunal de Contas de Portugal. Há uma diferença básica porque o Tribunal de Contas de Portugal faz parte do Poder Judiciário, enquanto nós, no Brasil, fazemos parte do Poder Legislativo. Então, tem uma ligação um pouco mais próxima e intrínseca na formação do orçamento.

Quando eu falo do orçamento, nós pensamos naquela peça complicada e cheia de números, mas é importante lembrar da origem. Aliás, a origem do Parlamento vem disso. Quando o rei absolutista gastava dinheiro do jeito que ele queria, os nobres se juntaram e falaram: "não dá para ele ficar gastando desse jeito, vamos fazer o orçamento para dizer aonde o rei vai gastar esse dinheiro". Então, o orçamento não é para ser esse acampado de números, mas uma forma de se

tentar organizar aquilo que vai arrecadar da sociedade, e é muito fácil falar em recursos públicos. Margaret Thatcher tinha uma frase que dizia que não existe dinheiro público, existe o dinheiro que o governo arrecada da população que produz. Cada vez mais a sociedade quer saber aonde o dinheiro dela está sendo aplicado, que é essa questão do recurso público. A legitimidade da aplicação, de onde vai aplicar ou quanto vai arrecadar, sai do representante da população. O Parlamento decide onde vai aplicar, o que é justo, o que não é, quanto vai arrecadar. O Tribunal tem a função de fiscalizar, definir e, talvez, tornar transparente essa aplicação do recurso.

Quando falamos de governança, talvez seja o que se pensou quando o Parlamento foi criado. Precisava-se definir uma regra para o rei não poder gastar o dinheiro onde ele quisesse, mas o passo seguinte foi fazer ele gastar o dinheiro nesse lugar, mas dando algum rendimento. Cabe ao sistema de controle auxiliar o Parlamento nesse processo, tornando cada vez mais transparente esse gasto para mostrar para a sociedade onde os recursos estão sendo aplicados, de quais formas, e se está tendo resultado efetivo ou não. Temos que transformar aquela planilha com um monte de números em alguma coisa que pode definir a atuação de governos. Porque um órgão, como os tribunais, será criticado seja qual for a avaliação que se faça. Por que? Quando se diz que determinado governo foi bem naquela matéria, o governo vai gostar. Se falar que foi mal, a oposição vai gostar. Então, a dificuldade de definir qual é a régua que vai ser usada para medir a atuação daquele governo naquela determinada política pública.

Eu vou tratar um programa que colocamos no nosso Tribunal. Nós vamos avaliar o orçamento público e começar a dar nota para a efetividade daquelas políticas públicas.

Esse governo está indo bem ou está indo mal? Que forma podemos tornar isso transparente? Que forma podemos dar nota? A maior dificuldade era essa régua. Qual é a régua que temos para poder medir e dizer se aquele governo foi bem ou foi mal? É mais ou menos como um professor que aplica uma prova. Se ele aplicar uma prova fácil, todo mundo vai ter nota alta. Se a prova for difícil, todo mundo vai ter nota baixa. Então, temos que saber qual é o grau de dificuldade dessa nota e o que nós fizemos foi buscar as metas elaboradas pelo próprio Poder Executivo quando ele elabora seus planos or-

çamentares. No Brasil, tem o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), as leis orçamentárias (LOA) e, nessa legislação, no projeto que o Executivo manda para o Parlamento, são definidas metas. São essas as réguas que aplicamos para dizer se cumpriu as metas ou não. Em geral, no Brasil, a Lei Orçamentária é uma peça um pouco de ficção, mas as metas, eu tenho certeza que sempre foram de ficção. O governo bota uma meta lá em cima e, no final, não cumpre nada, ou bota a meta lá embaixo e diz que bateu todas as metas. Na hora que o controle começa a usar essas metas para poder mostrar para a sociedade, as que foram cumpridas ou não, ou 50%, ou 90%, elas passam a ser uma peça mais de realidade e pararam de ser aquela peça de ficção. Nós estamos, há dois anos, elaborando esse programa. Estamos aprendendo e eu sei que as críticas vão surgir e através do Conselho Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas, nós temos procurado espalhar esse processo.

As Cortes de Contas, há algum tempo, eram vistas como aquele órgão que impunha multa e restrições e o gestor acabava ficando com medo de trabalhar em função de uma eventual sanção que poderia vir do sistema de controle. Nós sabemos que não é assim e, cada vez mais, o sistema de controle tem se tornado um sistema que busca ajudar o gestor que quer fazer e realizar a buscar soluções alternativas. No Brasil, nós temos a vantagem de ter um sistema no qual os conselheiros dos tribunais e os ministros vêm de origem mista, então tem indicados do Parlamento e do Executivo, mas que vêm de origem técnica do concurso. Isso dá uma riqueza muito grande ao debate. Um dos nossos veio de origem técnica e começamos a debater sobre a área de educação.

Quando eu fui parlamentar, tive a oportunidade de aprovar um plano de cargos e salários para os professores do município do Rio, que cuida do ensino básico – os primeiros nove anos de ensino das crianças. Para se ter uma ideia, nós temos 700 mil alunos e gastamos em torno de 7 bilhões de reais, o que daria mais ou menos um bilhão e pouco de euros por ano, em função também desse grande aumento que demos para os professores. Depois de entrar no sistema, medi o resultado disso no aprendizado das crianças e fiquei decepcionado, porque o aprendizado andou para trás. O salário médio de um professor real no Rio aumentou 70% e tem um salário que é entre 50% e 60% superior à rede privada. Só que na rede privada o aluno sai com rendimento muito melhor do que na rede pública. O conselheiro Puccioni teve a oportunidade de passar para um doutorado em Cambridge, no Trinity College, e eu pedi para ele dedicar o seu estudo à área de educação, para que o Tribunal pudesse auxiliar o gestor a descobrir formas de fazer esse gasto todo se transformar em efetividade, naquela que eu acho que é a política pública, que é a educação. Se quer dar equidade, acabar com a pobreza e atender as pessoas, aplique em educação. Educação é investimento e uma educação efetiva vai tornar a pessoa independente ao longo de toda a sua vida. Puccioni fez

esse estudo e nós pegamos 80 escolas no município do Rio e em 40 delas aplicamos técnicas de gestão escolar, treinamos o diretor e o coordenador pedagógico, comparamos com as outras 40 escolas e, ao longo de dois anos, o resultado desse programa gerou, para as crianças que estavam no grupo de controle, dois anos de estudo, e nas crianças do grupo de tratamento, na média, foram três anos e quatro meses de estudo em dois anos. Isso significa efetividade na aplicação de cerca de um bilhão de euros que aplicamos por ano na área de educação. Nós não mudamos o treinamento dos professores, o currículo escolar, o tempo de aula, só treinamos o diretor da escola com as melhores práticas de gestão que tem no mundo. Então, acho que a área de controle, cada vez mais, com a sua capacidade técnica - e nós temos um grupo profissional muito qualificado - deve procurar ajudar o gestor a ter uma governança maior sobre o seu orçamento, ou seja, basicamente é ter resultados melhores com aquele recurso aplicado. Eu acho que é um programa que eu podia fazer um pouquinho de comunicação, mas é um grande sucesso e vamos procurar espalhar esse tipo de programa em todas as áreas e pelo Brasil afora. Eu acho que a área de controle tem que ser uma área que se dedique à efetividade do gasto público, afinal esse gasto vem de um dinheiro que é muito suado de cada um da população.

MESA XV

15

MODERADOR - ANDRÉ CALLEGARI¹

JUIZ DAS GARANTIAS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO

¹ Advogado, Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Professor do Instituto Iberoamericano de Direito Penal e Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidade Autónoma de Madrid.

André Callegari



Este tema é muito caro, eu e a desembargadora Simone Schreiber já compartilhamos uma mesa sobre o juiz de garantias e discutimos muito sobre a implementação e a votação do Supremo Tribunal Federal e não chegamos a um denominador comum.

Advogado, Professor
do Instituto Brasileiro
de Ensino,
Desenvolvimento
e Pesquisa, Professor do
Instituto Iberoamericano
de Direito Penal e Pós-
Doutor em Direito Penal
pela Universidade
Autónoma de Madrid.

Simone Schreiber



Desembargadora do
Tribunal Regional
Federal da 2ª Região.

O microssistema do juiz das garantias foi introduzido pela Lei nº 13.964 de 2019 no Código de Processo Penal, com a promessa de aperfeiçoar nosso sistema de justiça criminal no sentido de fortalecer a imparcialidade judicial e a paridade de armas no processo penal. Apesar disso, provocou forte e imediata reação no seio do Poder Judiciário e teve sua constitucionalidade questionada pelas duas maiores associações de magistrados do país, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6298. O relator ministro Luiz Fux exarou nessas ADIs uma decisão monocrática, em janeiro de 2020, suspendendo a entrada em vigor do juiz das garantias por mais de três anos e em julgamento concluído em 24 de agosto de 2023 foi, por fim, afirmada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) a constitucionalidade do juiz das garantias, prevendo-se o prazo de 12 meses para implementação pelos tribunais, sob supervisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A posição externada pelo ministro Fux, no sentido de inconstitucionalidade formal do juiz das garantias, ao argumento de que não se tratava de matéria afeta ao Poder Legislativo da União, mas sim que se tratava de matéria de organização judiciária.

ria, cabendo a cada estado da Federação decidir sobre a implementação ou não do modelo, não prevaleceu. A maioria seguiu o posicionamento do ministro Dias Toffoli, no sentido de se tratar de matéria processual penal, submetendo-se ao domínio legislativo da União. O STF deliberou que a adoção do juiz das garantias constituía uma opção legítima do Congresso Nacional, tratando-se de uma divisão de competência funcional entre os juízes da seara criminal, como ocorre em vários países do mundo, modelo em que um juiz atua na fase de investigação e outro na de instrução e julgamento. Também argumentos veiculados pelos tribunais de justiça de todo o país, no sentido da inviabilidade de implementação do sistema, dada a ausência de previsão orçamentária. Argumentos que foram acompanhados de estudos que previam a necessidade de criação de novos órgãos jurisdicionais com custos elevadíssimos, foram refutados pelo STF. Entendeu-se que o modelo seria implementado com a mera reorganização do Poder Judiciário, realocação de juízes e atribuição de nova competência a várias jurisdicionais já existentes. Afirmou-se que a instituição do Acordo de Não Persecução Penal, pela mesma Lei nº 13.964, permitiria a implementação do juiz das garantias sem a criação de novos cargos.

É importante ressaltar que a lei que prevê o modelo do juiz das garantias não atribui ao Poder Judiciário mais tarefas que poderiam trazer-lhe sobrecarga de trabalho que desempenha, hoje. Por outro lado, também não se está diminuindo o espaço de atuação do juiz na fase investigatória e nem se alterando o papel que ele já exerce nessa fase. Hoje, na Justiça Federal que eu integro, uma vara criminal se divide permanentemente entre duas atribuições relacionadas com as investigações criminais, nas quais é chamada a decidir inúmeras questões sensíveis, cautelares probatórios, pessoais, patrimoniais etc., e suas atribuições relacionadas com a presidência, instrução e julgamento de ações penais. As secretarias das varas também têm que se dividir entre tais funções bastante díspares e igualmente complexas. Isso se agrava nos chamados maxiprocessos, que decorrem das operações conduzidas pela Polícia Federal. O mesmo juiz que se incumba de atos extremamente complexos e sensíveis na investigação criminal tem que se desdobrar e dar conta do célere e regular processamento da ação penal resultante daquela investigação.

Falando, portanto, exclusivamente do ponto de vista da eficiência, sem tocar na questão longamente explorada pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto nas ADIs, relacio-

nada com o comprometimento da parcialidade dos juízes que conduziram a Operação Lava Jato, já se recomendaria a adoção do juiz das garantias para aprimoramento do sistema. Contudo, apesar de a maioria dos ministros haver refutado as teses veiculadas nas ADIs sobre a inviabilidade de adoção do modelo, o argumento de que o juiz das garantias implicaria em ineficiência, proteção deficiente de bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal e aumento de impunidade foi parcialmente acolhido pelo STF. Os ministros Dias Toffoli, Edson Fachin e Gilmar Mendes discorreram longamente em seus votos sobre a relevância da instituição do juiz das garantias para o aprimoramento do sistema acusatório, considerando necessária a preservação da originalidade cognitiva e a prevenção da formação de vieses que possam comprometer a imparcialidade objetiva do juiz no julgamento da ação penal. Contudo, essa premissa está retratada no voto do ministro Luiz Fux, que no ponto foi acompanhado pelos demais ministros, tendo sido afirmada a inconstitucionalidade do artigo 3º-D do Código de Processo Penal (CPP), que estabelecia que o juiz que atuasse na fase de investigação ficaria impedido de funcionar no processo. Então, isso foi afastado pelos ministros por unanimidade. Igualmente, a regra que estabeleceu o acautelamento dos autos de investigação, de modo a impedir que o juiz do processo tivesse acesso aos elementos informativos produzidos, foi considerada inconstitucional por unanimidade. Assim, mesmo os ministros que afirmaram que a atuação do juiz na fase de investigação compromete sua imparcialidade para atuar no processo, entenderam que o mero acesso aos elementos informativos produzidos na fase de investigatória não compromete sua imparcialidade e não é possível presumir *juris et de jure* a parcialidade do juiz que atuou na investigação.

As críticas que vêm sendo feitas à decisão do STF são no sentido de que apenas a divisão funcional de competência, sem estar acompanhada da regra de impedimento e permitindo-se que o juiz da causa conheça e, por conseguinte, valore os elementos informativos produzidos na investigação, cria o risco de esvaziamento do juiz das garantias. É importante refletir sobre os limites da técnica de interpretação conforme com a adoção de sentenças manipulativas, de efeitos aditivos ou substitutivos, técnica que vem sendo adotada pelo STF em precedentes muito importantes e que foi largamente utilizada no julgamento em questão. Apesar de os ministros terem ressaltado que não cabia ao STF questionar escolhas legítimas do legislador, ao final do julgamento deve-se reconhecer que o regime legal do juiz das garantias foi reescrito pelo STF ao argumento de interpretação conforme ou de violação da razoabilidade. A mensagem da nova lei seria reforçar a imparcialidade do juiz, o contraditório e a oralidade na medida em que o juiz da causa julga de acordo com a prova produzida na Audiência de Instrução e Julgamento (AIJ), com exceção das provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas. Quando o STF entende que o juiz da causa recebe a denúncia e, por isso, terá pleno acesso aos elementos informativos produzidos no inquérito, esse sistema fica de certa forma, senão esvazi-

ado, pelo menos bastante modificado. O argumento de que o artigo 3º-D seria inconstitucional ao prever uma nova regra de impedimento – porque tal regra não foi inserida no rol do artigo nº 252, que já contém todas as regras de impedimento aplicáveis ao magistrado – não me parece que diga respeito à constitucionalidade do dispositivo. Como sustentar que a criação pelo legislador ordinário de uma nova regra de impedimento de magistrados viola a Constituição? A divisão de competência funcional entre os juízes que atuam na investigação e no processo criminal, que é a essência do novo modelo, foi mantida. Há risco, contudo, de que, excluída a regra de impedimento, a participação do juiz da causa na investigação acabe sendo considerada uma hipótese de incompetência relativa e, portanto, sanável, sujeita à demonstração de prejuízo, na linha do que ocorreu, por exemplo, com a regra da identidade física do juiz no processo penal, artigo 399, parágrafo 2º do nosso Código, que é uma regra que simplesmente não é aplicada e não se vê prejuízo nisso.

Sobre a implementação, o CNJ editou a Resolução nº 562, de 3 de junho de 2024, instituindo diretrizes de política judiciária para a estruturação, implantação e funcionamento do juiz das garantias em todos os tribunais brasileiros. Nesse ponto, é importante rememorar o que pontuei sobre o fato de as maiores associações de magistrados do país terem ajuizado, praticamente no dia seguinte ao da promulgação da Lei nº 13.964, uma ADI para questionar a constitucionalidade do juiz das garantias, o que aponta para uma possível resistência em implementar o instituto. A resolução estabelece no seu artigo 2º que os tribunais, no exercício de sua autonomia administrativa e financeira, garantida na Constituição Federal, definirão a estrutura e o funcionamento do Instituto do Juiz das Garantias, considerada suas particularidades demográficas, geográficas, administrativas e financeiras. Embora seja ressalvada a autonomia dos tribunais, há diretrizes que devem ser observadas. Assim, tal autonomia é limitada, até porque não prevaleceu o entendimento inicialmente defendido no voto do ministro Fux, de que se tratava de matéria de organização judiciária, conferindo aos tribunais a plena autonomia para implementar ou não o modelo. A resolução do CNJ prevê que a implantação do Juízo das Garantias se faça por via de especialização das varas, contemplando ainda a possibilidade de varas regionais ou núcleos ou centrais de garantias, abrangendo duas ou mais comarcas e subseções. Tanto as varas, quanto os núcleos e as centrais das garantias devem contar obrigatoriamente com secretaria própria, juízes com investidura por promoção e remoção por critério alternado de merecimento e antiguidade, adotados sempre critérios objetivos previamente publicizados. Já a substituição entre juízes da mesma comarca ou subseção é um critério subsidiário, segundo o CNJ, somente podendo ser adotado na impossibilidade de implementação dos sistemas de especialização e de regionalização. Também nesse caso devem ser observadas regras objetivas previstas na lei de organização judiciária respectiva, com juízes devidamente investidos em unidade judicial e em lista

previamente publicizada. O estabelecimento de critérios objetivos de provimento de cargos é essencial para a concretização do princípio do juiz natural. Apenas o provimento no cargo por critérios objetivos assegura que o juiz possa desempenhar o seu múnus com independência. Muitos tribunais adotam um sistema de livre designação de juízes para atuarem nas centrais de custódia hoje, e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é um deles. Penso que a Resolução nº 562 imputará a mudança desse cenário, já que os juízes das garantias serão os responsáveis pelas audiências de custódia nos casos de flagrante e de prisões cautelares decretadas na fase de investigação.

Outro ponto relevante é a excepcionalidade da realização das audiências de custódia por videoconferência. O STF alterou a disciplina legal que vendava a realização das audiências de custódia por videoconferência prevendo tal possibilidade excepcionalmente desde que adotados os meios aptos, a verificação da integridade do preso e a garantia de todos os seus direitos. A Resolução nº 562 dá algumas diretrizes para que os tribunais instituem suas varas regionais, núcleos ou centrais de garantias, e veda expressamente “a adoção de um modelo de organização judiciária que impeça a realização presencial de audiência de custódia no interior do Estado-membro pelo juiz das garantias”, sem prejuízo evidentemente da previsão de situações excepcionais que já existem na resolução do CNJ-213 para a realização da audiência de custódia por videoconferência. Ademais, ainda que em regime de videoconferência, o CNJ estabelece que a participação da pessoa custodiada na videoconferência ocorrerá preferencialmente em unidade judiciária, em sala equipada para tanto, ou seja, dentro da excepcionalidade da videoconferência deve-se garantir que o preso esteja em um Fórum e não no estabelecimento prisional. É importante que a realização da audiência de custódia por videoconferência não seja normalizada e que o sistema segure a preservação da integridade pessoal do custodiado e que o ato cumpra as suas finalidades.

Eu tenho críticas à decisão do STF, que, me parece, adotou no julgamento das ADIs do juiz das garantias o que o professor José Carlos Barbosa Moreira chamava de “interpretação retrospectiva do novo texto”, tornando tanto quanto possível parecido com o antigo. Na verdade, a resistência veio forte do Judiciário e o STF, no exame da constitucionalidade no instituto, procurou antever e resolver problemas que não chegaram a se colocar, em razão da *vacatio legis*, e corrigiu o legislador dando ao juiz das garantias características muito semelhantes aos dos juízes descentrais de inquéritos, modelo que já existe em alguns Estados brasileiros, como o Departamento de Inquéritos Policiais (Dipo) de São Paulo. Perdeu-se a chance de mitigar os problemas decorrentes do modelo que adotamos, em que o processo é praticamente uma continuação da fase investigatória, permitindo-se a valoração dos elementos informativos produzidos no inquérito. Agora, é trabalhar para que os tribunais apliquem as orientações do CNJ, especialmente quanto aos critérios objetivos de provimento, especi-

alização e regionalização, estabelecimento de audiências de custódia presenciais como regra, respeito à regra de distribuição funcional de competência, retirando-se o juiz da causa da fase investigatória e reforçando-se a regra de que o julgamento do caso deve ocorrer na audiência de instrução e julgamento, concentrando-se nas provas produzidas em contraditório judicial.

Rogério Favreto



Desembargador do
Tribunal Regional
Federal da 4ª Região.

Esse tema é recente e eu não sou especialista nele, então, eu vou fazer alguns apontamentos. Eu também vou, dentro desse questionamento de desafios e perspectivas de implantação, falar algo da lei desse instituto novo, tão desejado e que já nasce com questionamentos, o que é do sistema e que, agora, precisamos implementá-lo minimamente dessa forma.

Eu começo dizendo que nós temos um processo penal no Brasil muito ultrapassado. Ele tem a estrutura inquisitória, o juiz normalmente já entra contaminado, desde a prevenção que fixa a competência e é o estilo do juiz que faz tudo. Agora, com o juiz das garantias há um redesenho, mas ainda foi amenizado, e há uma ausência de originalidade cognitiva. Isso leva a um risco de perda da imparcialidade.

Qual é a função e o lugar do juiz? A decisão penal deve corresponder às expectativas sociais criadas no dia a dia? O juiz deve combater o crime? O juiz deve atender, nessas decisões, às expectativas econômicas, políticas, morais? Isso tem muito a ver – e eu acho equivocado – com um perfil projetado na recente proposta ou pelo menos

conceito de juiz combatedor de crime e de corrupção, que gerou uma distorção funcional e que pagamos muito caro por isso. Eu acho que essa é uma reflexão que tem muito a ver com o tema do juiz das garantias.

A que expectativas o juiz deve corresponder nesse contexto? O juiz, mesmo diante de eventuais desejos sociais de um juiz herói, contra o crime, não tem e nem pode ter essa função. Às vezes, somos tomados para julgar de acordo com as vozes da rua, e até houve manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) nesse sentido, o que é muito perigoso. Se fôssemos ouvir as vozes da rua, teríamos paredão, forca etc. O juiz não enfrenta. Ele não é um combatedor de crime. Ele não é um agente de segurança. Para combater o crime, existem as instituições, e o Ministério Público, sim, tem um papel nisso. Ele também não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação. Neste ponto, vem um outro elemento que tem uma contaminação com o tema, que é a criminalização da política. Logo, também, o juiz não pode prender como resposta de desejos sociais. Então, nós vivemos uma crise identitária da jurisdição que, associando ao tema do juiz das garantias, além de o juiz ter que ser colocado em um lugar que, às vezes, não é o seu, por essas cobranças. Assim, veio a proposta, que eu acho que está enfraquecida, mas é o que vamos trabalhar. Ele entra contaminado no processo e isso pode afetar a imparcialidade, como também a paridade de armas, ou seja, nós ficamos com uma ausência de originalidade cognitiva do juiz. Essa imparcialidade, com um princípio supremo do processo penal, exige uma estética de afastamento e uma originalidade cognitiva que são importantes também para serem complementadas com a paridade de armas.

O nosso sistema é acusatório, mas se o juiz quiser, ele pode ser inquisitório. Não se pode alterar o sistema, mas, por exemplo, aqui no artigo 3-A, que permitia o processo penal, terá estrutura acusatória vedada à iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. No entanto, o STF disse, nessa interpretação, que o juiz pontualmente, nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito, ou seja, a decisão do STF gerou esse enfraquecimento do juiz das garantias.

Nós tivemos vários problemas e atraso nesse julgamento, por três anos, além do prazo para regulamentação, ou seja, o cidadão acabou sendo punido pelo atraso do Estado, quando o Estado tinha a manifestação do poder competente legislativo e dependeu disso. Obviamente, os questionamentos são do jogo e são importantes, mas a demora não pode. O STF também legislou ao fazer uma interpretação conforme a condição, porque ele reescreveu a lei. Obviamente que essas limitações, também de competência do juiz das garantias, enfraquecem o Instituto, por exemplo, o recebimento da denúncia deveria ficar com o juiz das garantias para assegurar a máxima originalidade cognitiva do juiz da instrução e julgamento e para justificar a exclusão física dos autos do inquérito. O juiz da instrução deveria ingressar depois de recebida a denúncia, formando sua convicção, ou seja, na sentença, apenas com base na prova, os elementos trazidos na instrução, mas a decisão do STF reescreveu isso e colocou de uma forma que gera esse enfraquecimento.

Por que nós precisamos de um sistema de *doble juez* para criar uma teoria de dissonância cognitiva? Quando falamos na vontade, não é uma questão de boas ou más intenções de quem vai julgar, mas porque o inconsciente também não é controlável. Toda pessoa procura um equilíbrio no sistema cognitivo para a tomada da decisão. Ela tem um sofrimento psíquico, uma dissonância, tem o efeito perseverança que gera uma autoconfirmação daquelas hipóteses que já são pré-aceitas, e existe também o efeito confirmador, que faz uma busca seletiva de informações que são consoantes com aquilo que se prepara. Menosprezar informações dissonantes, contrária às hipóteses tomadas como verdadeiras, prejudica essa conformação de ter uma imparcialidade maior, ou seja, os juízes dotados de conhecimento dos autos não aprenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo presente na audiência de instrução e julgamento, porque eles só aprendiam e armazenavam as informações incriminadoras que já lhes eram conhecidas em razão da leitura prévia dos autos. Houve uma pesquisa que pegou dois grupos, um grupo de oito juízes e seis do Ministério Público que conheciam a investigação preliminar e fizeram a audiência de instrução e julgamento. Como esses juízes julgaram? Dez condenaram e apenas quatro absolveram. Já no outro grupo, que onze juízes e seis membros do Ministério Público não conheciam a investigação preliminar e só fizeram a audiência de justificação de instrução e julgamento, apenas quatro condenaram dos mesmos fatos e treze absolveram. Logo, os juízes que são contaminados perguntam, inclusive na instrução, mas com viés confirmatório e acabam, obviamente, condenando mais. O juiz que não tem esse conhecimento prévio tem uma abertura cognitiva maior. Ele não pergunta, mas escuta e tem uma tendência, obviamente, a condenar menos. Não estou dizendo que tem que condenar menos, mas ouvir mais. O juiz que atua no inquérito, recebe a denúncia e faz a instrução também absolve, mas é muito mais difícil porque é contrainstituído, tudo serve para redução de danos.

Vou encerrar dizendo que o problema não é só a lei, não é só o extrato que ficou dessa lei com as inconstitucionalidades ou as interpretações conforme o STF fez. O desafio é cultural e de mentalidade e não adianta reformarmos a lei se não reformarmos as cabeças também, para termos uma evolução positiva e incorporarmos essas inovações, mesmo com o enfraquecimento que o Instituto tenha recebido.

Flávio Jardim



Desembargador do
Tribunal Regional
Federal da 1ª Região.

Eu era advogado até março deste ano e, como esse projeto foi aprovado enquanto eu era advogado, tenho o meu viés confirmativo a respeito da importância dessa garantia que, infelizmente, foi relativizada. Eu fiz doutorado nos Estados Unidos e tive a oportunidade de ficar 45 dias visitando uma Corte em Maryland e eu achava muito interessante a visão sobre qual o papel do juiz em um júri e, basicamente, é não deixar o jurado ver o que é ilícito, o que não é para o jurado considerar no momento da tomada de decisão, justamente para não provocar um viés equivocado quanto a culpabilidade do réu. Eu sempre achei isso muito interessante, de como a *Evidence Law* nos Estados Unidos, acima de tudo, é uma tentativa de só entregar para o julgador aquilo que ele deve considerar por ser a prova lícita. No Brasil, nós temos culturalmente enraizado uma ideia de que o juiz, por ser um técnico, não se contamina por provas nulas, ou seja, que ele teria a capacidade, ao sentenciar, de conseguir diferenciar e desconsiderar o que é prova ilícita e, portanto, aquilo não seria considerado.

Essa pré-compreensão ou compreensão desse papel do juiz, com todas as *venias*, já se revelou uma inverdade,

não só pela prática corriqueira que os advogados criminais já testemunharam, mas também por conta de trabalhos acadêmicos. O livro “Rápido e Devagar”, de Daniel Kahneman, demonstra como esse viés, como a forma como os nossos sistemas absorvem informações, são relevantes e como não conseguimos, depois, desconsiderar aquela informação no nosso juízo. A Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) tem uma pesquisa muito interessante sobre as reformas de decisões criminais nas Câmaras de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. De acordo com acórdãos publicados em 2014, a 4ª Câmara Criminal tem um índice de negativa de apelação de 81%, sendo que a 12ª Câmara foi de 16%. A 12ª Câmara proveu 52% dos recursos. A 4ª Câmara proveu 13% dos recursos. Isso tudo em um mesmo Tribunal. Por que tem essa distinção? Um juiz uma vez me respondeu dizendo para imaginar que a composição da 12ª são os desembargadores oriundos do 5º da Advocacia, da 4ª Câmara são os desembargadores oriundos do 5º do MP, e nesse temos os juízes. O que acontece? Mesmo se um advogado passar a integrar a 4ª Câmara, ele acaba se cansando de divergir tanto e tende a migrar para a Câmara onde estão os pares que ele mais tem uma afinidade intelectual. Esse dado é impressionante e mostra que, embora sejamos técnicos, não somos tão técnicos assim, pois tem um viés que corrobora a nossa tomada de decisão. Nesse ponto, a figura do juiz das garantias, de fato, era muito importante porque, às vezes, ela não permitia que quem fosse julgar o feito tivesse acesso àquilo que não deveria. Ele não concorreu na fase de instrução e era uma forma como o sistema havia sido pensado para trazer um pouco dessa preocupação da *evidence law* americana para o Brasil e de outros lugares. Eu não tenho tanta experiência aqui no histórico.

Infelizmente, eu acho que vão haver avanços, mas talvez eles possam ser tímidos. Também não quero desmerecer totalmente o que vai ocorrer, pois sabemos que os juízes têm feito um trabalho muito intensivo para implementar essas garantias. O Tribunal de Justiça de Goiás foi o primeiro tribunal que implementou. Foi editada a Resolução nº 248, de 29 de janeiro de 2024, em Goiás, e eles implementaram duas Varas sediadas na comarca de Goiânia que têm competência de jurisdição nas comarcas de Goiânia, Hidrolândia, Leopoldo Bulhões e Itaberaí. Essas duas Varas vão fazer os juízes de garantias e, depois, o processo, uma vez oferecido a denúncia, vai ser distribu-

ido para uma dessas varas para a instrução, para outro juiz. Já é um avanço bem significativo. No Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), por exemplo, no Distrito Federal, são três Varas Criminais, a 10ª, a 12ª e a 15ª. Então, o juiz da 10ª Vara federal pode funcionar como juiz de garantia, depois o processo vai ser distribuído para a 12ª. O da 12ª vai para a 15ª e o da 15ª para a 10ª federal. De fato, então, cada Tribunal vai adotar um critério específico de como vai organizar os trabalhos.

Às vezes, essas alegações que surgem nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) protocoladas são, talvez, prematuras. Foi dito que essa garantia custaria na ordem de 250 milhões de reais por ano. O custo seria altíssimo e o que estamos vendo é uma normalidade na implementação sem agregar grandes custos para o Tribunal, mas, simplesmente um novo tipo de processo vai ser distribuído para essas Varas. Nós precisamos de mais juízes, pois estamos em uma fase em que existem várias sessões judiciais sem juízes substitutos e isso pode contribuir para dificultar um pouco a implementação da garantia, mas eu acho que daqui a dois ou três anos vamos ver funcionando de certa maneira, de forma já permanente, pelo menos no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O ministro Luís Roberto Barroso, ano passado, ao discursar aqui em Lisboa, disse que antigamente tínhamos a discussão sobre se o STF tinha a última ou a penúltima palavra, mas estou impressionado que o STF, no Brasil, está começando a ter a primeira palavra. Então, por exemplo, esse é um típico caso que sequer se deixou a lei incidir para que constatássemos quais problemas, de fato, iriam ocorrer. A ADI foi imediatamente ajuizada uma semana depois que entrou em vigor. Nunca se verificou, de fato, quais eram os problemas, suscitou-se várias questões como problemáticas, prognoses que não parecem estar se revelando adequadas e isso gera até uma necessidade refletirmos sobre essas questões. Nós precisamos mudar e ter humildade para saber que, embora sejamos técnicos, temos vieses, e que, quanto mais o julgamento puder ser o mais parcial possível, ou seja, a pessoa não tendo acesso ao que ocorreu para não produzir uma convicção que não está legislada nos autos, sobretudo porque o nosso *standard* probatório não é um *standard beyond a reasonable doubt*. Nós temos, hoje, uma margem de discricionariedade na apreciação da prova. Isso pode gerar para o juiz uma condenação que não está tão bem fundamentada, mas decorre talvez de um viés dele, e o juiz das garantias possibilitaria que isso fosse mais difícil de ocorrer.

Carolina Costa Ferreira



Professora do Instituto
Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e
Pesquisa.

A figura do juiz de garantias não é nova, mas talvez esse desenho institucional pós-publicação do Acórdão de 19 de dezembro de 2023, por 12 meses, prorrogáveis por mais 12 meses, nos traga alguns desafios, alguns já enfrentados pela resolução nº 881 do Conselho da Justiça Federal (CJF), de 29 de abril de 2024, e a resolução nº 562 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 3 de junho de 2024. Eu vou apresentar alguns resultados preliminares de uma pesquisa empírica que eu estou desenvolvendo no Observatório de Direitos Humanos, que é o grupo de pesquisa que eu colidero com a professora Luciana Silva Garcia, no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), a respeito de um registro histórico e institucional do processo de implementação do juízo de garantias no Brasil. Nesse sentido, eu estou fazendo um levantamento, desde dezembro de 2023, das iniciativas públicas dos 27 Tribunais de Justiça e dos seis Tribunais Regionais Federais, a respeito da implementação do juízo de garantias.

A pesquisa aborda desigualdades regionais, orçamentárias, as diferenças de implementação em razão da natureza dos crimes processados, por exemplo,

em Tribunais Regionais Federais (TRFs), tendo em vista também as limitações impostas pela decisão do Supremo Tribunal Federal (STF). Também não é nova essa necessidade de conformação institucional, de acomodação de novos institutos, a partir da ideia de racionalidade penal moderna, do professor Álvaro Pires. Nós já o fizemos com a lei dos Juizados Especiais Criminais, com os Juizados de Violência Doméstica e Familiar, com as audiências de custódia e, talvez, precisemos enfrentar essa discussão sobre organização judiciária e conformação institucional em relação à Lei Henry Borel, porque há uma grande quantidade de processos ocupando os juizados de violência doméstica e familiar, hoje, em todo o Brasil. Nesse sentido, tendo em vista a necessidade de narrar mais uma adaptação institucional com o objetivo de promover um sistema processual de natureza acusatória, em consonância com a Constituição Federal, eu vou apresentar alguns dados, a partir da estruturação do Juízo de Garantias, começando por 20 de dezembro de 2019, com a publicação da Lei nº 13.964, quando todos os tribunais se apressaram em organizar alguns grupos de trabalho, especialmente nos primeiros 15 dias de 2020.

Com a suspensão da vigência do artigo 3º-A *sine die* pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.299 e seguintes, os tribunais ganhariam, em tese, mais tempo para as discussões. No entanto, o que se percebeu é que houve uma interrupção desse debate institucional na maioria dos tribunais. Eu fiz a pesquisa com base em informações públicas dos sites dos tribunais. Fiz também uma solicitação via Lei de Acesso à Informação, perguntando sobre o processo de implementação do Juízo de Garantias, e não tenho ainda todas as respostas. Mas eu destaco uma entrevista que eu encontrei no site do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em que o desembargador-presidente dizia: “Graças a Deus, suspenderam a Lei. E aí a gente não vai precisar pensar nisso tão cedo”. O único Tribunal de Justiça que tem uma portaria específica de suspensão do grupo de trabalho é o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, em fevereiro de 2020. Desde 2020, sete Tribunais de Justiça possuem grupos de trabalho (GTs) institucionalizados. São eles: Acre, Amazonas, Bahia, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Sergipe. Todos criaram GTs, que são compostos apenas por magistrados, a grande maioria homens. Além disso, apenas o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará fez reuniões com outras partes, o que chamamos na literatura de

políticas públicas de *stakeholders*, que são delegados, representantes do sistema prisional, membros do Ministério Público, de Defensorias e da advocacia. Então, todo o processo de implementação do juízo de garantias tem sido muito interno, algo que na nossa pesquisa nós estamos chamando de *ensimesmado*.

Nós percebemos, em 2023 e 2024, que os Tribunais de Justiça dos estados de Goiás, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte instituíram novos GTs com a retomada do julgamento pelo STF e com a sua finalização em 2024. Muitas áreas internas do Judiciário foram incluídas nessas novas conformações de grupos de trabalho, como os Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMFs), os núcleos de audiências de custódia. Então, houve uma maturidade institucional, notada desde os primeiros desenhos, em 2020, nos 15 primeiros dias de *vacatio* para as novas formações. Ainda não foram criados GTs, ou, se foram criados, nós não temos informações públicas sobre isso, nos Tribunais de Justiça de Alagoas, Amapá, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso, Pernambuco, Paraná, Rondônia, Roraima, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Tocantins.

Eu quero destacar o parágrafo segundo do artigo 1º da resolução, que diz que os modelos adotados pelos tribunais, modelos de especialização, de regionalização ou de substituição, devem contemplar a tramitação de procedimentos por meio de sistema eletrônico. Na pesquisa que nós fizemos, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem todos os processos físicos. Isso assusta muito, porque é o estado que tem mais municípios. Como nós poderíamos organizar isso? O CNJ, muito atento, também já determinou que o primeiro passo é que todos os processos tramitem por sistema eletrônico.

Eu vou trazer algumas questões para debate e para reflexão. A primeira questão para debate é a ausência de participação mais ativa dos *stakeholders*. Isso parece um problema geral quando nós examinamos a conformação dos GTs e o artigo nº 12 da resolução nº 562 do CNJ convida o Poder Judiciário a discutir os modelos com todos os órgãos e instituições envolvidas, considerando os efeitos advindos para as partes, a Defensoria Pública, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os órgãos de Segurança Pública, de Perícia Técnica e de Administração Prisional. Esse é um excelente sinal que merece mais atenção quanto ao cumprimento desse ponto da resolução. Qual é o risco? A solução de problemas que sejam voltados apenas para a capital. Nós já vimos isso com as audiências de custódia. Antes da regulamentação pelo Tribunal de Justiça de Goiás havia quase uma disputa anedótica sobre qual tribunal implementou o juízo de garantias primeiro e tem uma debate entre Piauí e Santa Catarina, mas são dois modelos diferentes. Enquanto Piauí criou uma vara regional, Santa Catarina criou varas mais locais.

Eu trago a utilidade do juízo de garantias. Acho que a primeira reflexão que precisamos fazer é sobre a sua real utilidade. Nós precisamos pensar na defesa do sistema acusatório e de todas as suas garantias constitucionalmente previstas. A resolução do CNJ faz um paralelo muito interessante com a resolução nº 213 de 2015, que regula as audiências de custódia, estabelecendo uma mensagem em relação ao modelo de ampliação de núcleos de audiência de custódia como núcleos de garantias. Esse ponto é interessante e merece mais aprofundamento, especialmente no que se refere à prevenção e ao enfrentamento à tortura, que já é um objetivo do núcleo de audiências de custódia.

Um outro ponto, o sistema socioeducativo não está incluído na discussão. Ele não foi incluído pela resolução do CNJ nem está nas exclusões feitas tanto pela resolução do CNJ como pelo Acórdão do STF. Isso me parece um problema em razão da ausência de equiparação das audiências de apresentação, em que adolescentes em conflito com a lei passam quando são apreendidas, em paralelo às audiências de custódia. Nós não temos um *locus* adequado para a investigação, para o combate à tortura nas audiências de apresentação, e me parece que isso escapa, se consolida como um não problema no âmbito do Poder Judiciário.

Nós também precisamos enfrentar as exceções ao Tribunal do Júri, as varas de violência doméstica e familiar, as ações penais originárias, porque o STF resolveu não enfrentar essas decisões. Houve uma decisão institucional de não discutir esses pontos e em que medida e por quanto tempo nós vamos monitorar essa não decisão.

Nós temos desafios até dezembro de 2025, no sentido de pensar nos diferentes arranjos, nas substituições, nas criações de varas regionais, nas criações de varas específicas e vamos precisar de muita gente avaliando essas possibilidades.

Pablo Domingues



Advogado.

Eu me pus a pensar qual era a ideia ao falar sobre este tema, considerando um tema maior de globalização, de fronteiras, daquilo que se busca de inovação no Direito e traçando um paralelo com os desafios e as perspectivas do juiz das garantias.

A primeira constatação que me veio e que eu verifiquei é que Portugal foi um dos primeiros países a implementar um juiz das garantias. Sob o ponto de vista da globalização, o Brasil, na América Latina, foi um dos últimos, acho que só tinha ele e Cuba sem implementar o juiz das garantias. A Alemanha, os Estados Unidos e diversos outros países já tinham implementado, cada um a seu modo, e o Brasil demorou muito para implementar isso. Não que não se tenha discutido, pois acho que o ambiente acadêmico sempre foi um ambiente fértil para discussão do juízo das garantias. O que demorou foi para que, efetivamente, se implementasse e estamos agora no curso disso.

A lei promulgada, com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) ajuizadas, decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), nos colocou na posição realmente de sermos críticos do que

aconteceu. Me parece que o legislador pretendeu algo e a decisão do STF reduziu bastante o que o legislador quis. Temos diversas passagens disso na decisão do STF, nas quais podemos constatar esse reducionismo daquilo que quis o legislador em confronto que terminou sendo decidido pelo STF.

Me incomoda muito essa posição do juiz que busca fazer questionamentos supletivos dentro do processo penal, ou seja, uma atuação de ofício. É justamente aquilo que o juiz das garantias quer evitar. Me parece que esta decisão que o STF deu, conforme a Constituição, está nesse ponto absolutamente equivocada. Já temos juiz das garantias, e isso é um avanço. Não está querendo se dizer que não tenhamos nenhum avanço. Mas, neste ponto, a decisão traz um retrocesso. Porque, se o artigo 3º diz que está sendo implementado e é estruturado o Código de Processo Penal (CPP) no sistema acusatório – ou seja, aquele sistema que visa dividir e separar a atuação dos Poderes, do Ministério Público, do juiz e da Defesa – e diz que nosso sistema é esse, e, emprestando uma interpretação conforme a Constituição, o juiz pode, havendo dúvidas, fazer questionamentos nos limites legais ou algo nesse sentido, isso contraria o próprio sistema acusatório. Que dúvidas são essas e quais são os limites? Se colocar na decisão do STF que o juiz pode fazer perguntas complementares, supletivas, nos limites das leis, precisamos conhecer quais limites são esses. O que seriam essas perguntas? Quando o juiz que está em dúvida, o próprio CPP já dá solução para dúvida, porque, quando ela ocorre, se absolve. Se o juiz não está convencido de que há efetiva autoria ou materialidade delitiva, o nosso CPP já dá uma resposta para isso. A hipótese é de absolvição. Então, essas dúvidas suplementares, essas perguntas que poderão ser feitas, serão somente para se confirmar uma hipótese condenatória. O juiz só vai fazer perguntas complementares porque ele quer intuitivamente condenar e é preciso que falemos isso com clareza. Porque se há dúvidas, o CPP autoriza a absolvição. Me parece que esse já seria um primeiro ponto de absoluto equívoco da decisão do STF. Nisso parece que há, talvez, um pouco de apego por parte do julgador de se desfazer dessa sua vestimenta de poder, de poder instrutório. Talvez, precisemos mesmo ter mais juízes especializados, formados para que compreendam que a dogmática do processo penal é diferente do processo civil.

Nesse ponto, o legislador previu que o juiz das garantias deveria atuar até o recebimento da denúncia. O STF, neste ponto, na mesma decisão, decidindo novamente conforme a Constituição, disse, que ele atuaria até o oferecimento da denúncia. Parece um detalhe, mas não é. Isso compromete novamente o sistema acusatório, porque a decisão que recebe a denúncia não é qualquer decisão. Eu advogo há 17 anos e eu já ouvi, infelizmente, algumas vezes, alguns julgadores falarem que recebem a denúncia porque é uma hipótese de rejeição. Isso é uma não decisão, de conteúdo vazio, mas existe. Querendo comparar, essa decisão de recebimento é quase um cite-se do processo civil, mas não é. Quando implementamos que é preciso haver justa causa para se autorizar a deflagração da ação penal, o juiz quando se debruça sobre esses autos, faz um juízo de valor sobre a materialidade delitiva e a autoria delitiva naquele momento e se contamina. Então, essa mudança que a decisão do STF terminou fazendo, compromete aquilo que o legislador quis, que foi separar o papel do juiz, o do Ministério Público e o da Defesa Técnica, porque essa decisão que recebe a denúncia é uma decisão que é muito mais do que um cite-se. O juiz se debruça, não está julgando mérito, mas ele está vendo indícios de autoria, de comprovação de materialidade. A partir dali, ele vai participar de uma instrução no processo já com hipóteses prefixadas.

O professor Schünemann fez uma pesquisa e falou da hipótese do pré-julgamento, ou seja, toda vez que um julgador tem um contato prévio com a prova, não é por maldade ou má intenção, mas o processo cognitivo, automaticamente, já está enviesado. Ele teve contato com essa prova. Intuitivamente, no decorrer do processo, ele vai querer comprovar aquela hipótese pré-fixada. O juiz das garantias, na verdade, é um reconhecimento de que o juiz é um ser humano e está sujeito às coisas mundanas. Essa questão do pré-julgamento, de se fazer pré-concepções, é próprio do ser humano. Quem explica isso não é nem o Direito, é a Psicologia. Então, precisamos separar essas funções porque, antes de reconhecer que o juiz é um ser técnico, ele é um ser humano. A partir daí, construímos uma técnica sobre as falhas que nós, seres humanos, temos. Esse é mais um dos equívocos.

Eu identifiquei outros equívocos, como não se aplicar o juiz das garantias nas ações penais originárias. Eu não vejo nenhum sentido disso. Eu não consigo argumentar dogmaticamente sobre isso, porque nas ações penais originárias, os tribunais determinam medidas invasivas, de forças e cautelares. Então, naquele momento, para deferir essas medidas, ele precisa fazer algum juízo de valor sobre a prova produzida. Neste momento, novamente, ele está contaminado. Há meios de se aplicar isso também nas ações penais originárias. Também não entendi por que não se aplicar o juiz das garantias nos crimes, que estejam sujeitos à Lei Maria da Penha ou ao Tribunal do Júri. Também há medidas cautelares anteriores que podem ser deferidas e há também o mesmo problema do viés confirmativo.

Por fim, uma última crítica, me parece que teve um retorno nessa decisão do STF, daquela hipótese do artigo nº 28, que o Ministério Público determina o arquivamento do inquérito, se ele não compreender, como titular da ação penal, que não é hipótese de ajuizamento da ação penal e me parece que agora voltou, após a decisão do STF, a se compreender que o Ministério Público requer e quem determina o juiz, ou seja, de novo, misturando as funções do que deve ser Ministério Público, juiz e defesa.

Alaor Leite



Professor da
Faculdade de Direito
da Universidade de
Lisboa.

Este é um tema tão fraturante e é um regozijo ver que a universidade seja o palco dessa discussão. A universidade é o local, por excelência, da controvérsia, do desencontro, que gera um encontro de ideias e é, portanto, muito salutar que esses temas que fraturam, que dividem, que disputam opiniões, de um lado, em face das impossibilidades pragmáticas de implementação de um modelo ideal, de outro lado, o reconhecimento de que o modelo que resultou da soma da lei e da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) apresenta eventuais incongruências ao nível sistémico, ou seja, esse equilíbrio de forças talvez possa ser equacionado no *locus*, por excelência, de resolução dessas disputas que é a universidade – é e deve continuar sendo a universidade.

A contribuição que posso dar, talvez seja, sem perder de vista a natureza teórica e pragmática deste tema, alguma nota de Direito comparado, sobretudo relacionada às figuras do juiz de instrução e do juiz de investigação em Portugal, na Alemanha e na Itália, para verificar quais são os problemas que são, atualmente, discutidos nesses lugares, e não surpreenderá que os problemas sejam os mesmos. Em comum entre es-

ses sistemas está o fato de que nenhum deles está atualmente satisfeito. Mesmo o modelo italiano, que inspirou o legislador brasileiro em sua formulação inicial, é um modelo em xequê. A audiência preliminar no modelo italiano está sendo discutida, inclusive em sua própria existência. A figura desse juiz intermédio, não contaminado, italiano, está sendo amplamente discutida. Portanto, não haveria modelo a ser simplesmente transposto, pois todos estão insatisfeitos, como na Alemanha, na Itália e em Portugal. Por isso, é importante que haja esse esclarecimento. Não se trata propriamente de um atraso, mas de um tema que de fato fratura o sistema processual de qualquer país, de qualquer Estado de Direito.

Dito isso, é importante destacar essas duas dimensões. Há uma dimensão estruturante da figura do juiz de garantias. O juiz de garantias não é uma parte irrelevante de uma engrenagem do sistema processual penal. Ele é o próprio rosto do sistema processual em sua conformação sistemática, seja acusatória ou inquisitória. Não há incompatibilidade com o processo inquisitório na existência de um juiz de garantias, mas, como a investigação preliminar se tornou o ponto alérgico, o palco central do processo contemporâneo, é o momento em que os métodos ocultos de investigação são amplamente utilizados, em que as provas documentais e digitais são amplamente recolhidas. Portanto, essa transferência do centro gravitacional do processo para a investigação preliminar potencializou a discussão sobre os poderes dessa figura do juiz de garantias, que é este juiz que decreta essas medidas, que, eventualmente, admite ou não a acusação e que pode até ser o juiz de julgamento. Nós veremos, em breve, que as regras de impedimento do juiz de instrução e de investigação em Portugal e na Alemanha não são assim tão restritas. Portanto, não há uma preservação total do juiz de julgamento. Essa preservação total, cognitiva, só existe no modelo italiano e, assim mesmo, é passível de alguma crítica pela própria doutrina italiana. Essa é a dimensão estruturante. Cuida-se, portanto, de uma peça central da arquitetura do processo penal.

O assunto é também telúrico. Há uma dimensão pragmática, que não pode ser desprezada. Não se cuida de dizer que temos que nos prostrar genuflexos às impossibilidades institucionais e pragmáticas de implementação, sobretudo em um país continental, mas é verdade o que o velho jurista Georg Jellinek chamava de força normati-

va do fático. O fático, por vezes, se impõe e quando isso ocorre, o normativo precisa, de certa maneira, acolhê-lo em sua complexidade e não o afastar, não simplesmente ripristinar o modelo ideal, irrealizável. Essa não parece ser uma atitude inteligente nesses pontos ou nesses temas tão fraturantes. O mais inteligente parece admitir a contingência e quando ela assume essa força tal, que desnatura eventualmente o modelo, é preciso rever a própria concepção que foi lançada inicialmente. Eu acho que o debate, atualmente, peca um pouco por uma insistência em um modelo ideal que não existe em nenhuma parte. Portanto, é bom que este não seja um assunto apenas dos cientistas em seus gabinetes, em suas sinistras bibliotecas.

Esse binário que é difícil de equilibrar é um binário entre onipotência do juiz, das garantias, e onisciência do juiz de julgamento. Esse é um binário que funda toda a discussão. Os pontos centrais que fraturam todos os sistemas processuais são alguns. O fato de que o juiz de garantias deve ser a figura responsável pela decretação de medidas interventivas em direitos fundamentais. Isso ninguém discute. Já o fato de o juiz de garantias poder ou não realizar um juízo de admissibilidade da acusação, esse é um ponto que fratura. Fratura tanto que foi um dos pontos de reversão da decisão do STF. No caso português, o juiz de instrução decreta essas medidas e realiza, na fase facultativa de instrução, uma fase intermédia entre o inquérito e a fase de julgamento. Existe também na Alemanha o *Zwischenverfahren*, que é um processo intermédio destinado apenas à admissibilidade da acusação. Nesses dois modelos é o juiz de instrução que realiza o recebimento da acusação. Não ficando, só por isso, impedido para ser dele também juiz de julgamento. Esse é um dado que é preciso destacar. Os modelos que conhecem o juiz de instrução não necessariamente o consideram impedido para ser juiz de julgamento. O único que preserva totalmente o juiz de julgamento é o modelo italiano.

O controle do arquivamento é outro ponto que fratura. Qual é o nível de controle judicial da decisão de arquivamento? Vimos também que o STF reverteu essa opção inicial por uma ausência de controle judicial do arquivamento. Não é possível deixar de dizer que o papel do juiz de garantias está intimamente conectado com o estatuto do Ministério Público e com os seus poderes na fase de inquérito e do papel do Ministério Público no processo penal. Não é possível desconectar esses dois temas porque o juiz de garantias interage com o senhor do inquérito, que é o Ministério Público, portanto não é uma discussão que possa ser isolada de uma redefinição do estatuto do Ministério Público, que é urgente e se discute amplamente em Portugal. Há poucos dias, vários juristas escreveram e publicaram uma carta aberta pela reforma da justiça em Portugal, que passa pela revisão do estatuto do Ministério Público e pela discussão do papel do juiz de instrução, portanto mais atual o tema não poderia ser.

No caso brasileiro eu apenas anotaria um tema interessante, pois o STF não se pronunciou sobre o papel do juiz de instrução quanto à colaboração premiada, com o que temos de dizer que ele continua sendo o juiz responsável pela homologação dos acordos de colaboração premiada. Esse é outro tema que merece alguma atenção. Essa é a onipotência do juiz de garantias e ela se contrapõe à onisciência do juiz de julgamento, porque o que fratura é saber se aquilo que foi feito sob o controle do juiz de garantias deve ser de conhecimento do juiz de julgamento, ou se podemos considerar que tendo tudo sido já controlado no sentido de garantir que ocorra dentro dos limites legais, de que não haja intervenções ilegítimas ou desproporcionais na esfera individual, se esse controle existente nos exonera de um duplo controle e, portanto, faz com que nós possamos prescindir da exigência de que o juiz de julgamento também conheça o que fora feito na investigação, como é o modelo italiano que tem a duplicação do fascículo. Um fascículo dos autos para o Ministério Público e para a defesa e um fascículo para o juiz de julgamento, que não é integrado pelo que ocorreu no inquérito, com a exceção evidente das provas irrepetíveis. Esse é um ponto fraturante e é preciso dizer que os modelos alemães e portugueses permitem que o juiz de julgamento conheça tudo o que aconteceu no inquérito, portanto o juiz de julgamento é onisciente. O juiz de instrução é onipotente no sentido de que até o recebimento da acusação exerce todos os poderes de juiz, mas o juiz de julgamento segue sendo onisciente. O modelo brasileiro, portanto, iniciou uma aproximação ao modelo italiano e parece ter resultado em um misto, um híbrido pouco eficaz do modelo alemão, português e com notas ainda do modelo italiano.

Nesse tema, a observação do Direito comparado revela que o tema fratura todos os sistemas processuais. Não considero, portanto, que haja uma natureza accidental ou específica da discussão brasileira. Ela espelha uma dificuldade com que todos os sistemas lidam. Adiciona-se a essa dificuldade uma dimensão empírico-pragmática ligada à extensão territorial e à própria estrutura do Poder Judiciário brasileiro, que implicou, evidentemente, nesse reclame institucional, no sentido de uma conformação desse juiz de garantias, que fosse implementável em tempo hábil. O que me parece imperdoável nisso tudo é que dessa discussão tenha resultado um hibridismo que revela hesitação e não uma decisão resoluta quanto ao modelo que seja o mais próximo quanto possível do modelo ideal e que seja também ao mesmo tempo realizável. O que resultou desse pugilato de forças entre a dimensão estruturante e pragmática foi um híbrido que acende uma vela a Deus e outra ao diabo. Esse é o problema. O problema não é de atraso e não é de concepção teórica. O problema é de uma incapacidade de reunir essas duas dimensões em uma decisão que fosse dialogal, no sentido de compor esses interesses, essa dimensão sistemática da cara do processo penal brasileiro com as instituições que tendem a implementar essa figura.

MESA XVI

16

MODERADOR - FABIANO DALLAZEN¹

CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL E VIRTUAL

¹ Diretor de Relações Institucionais da Aegea Saneamento.

Fabiano Dallazen



Diretor de Relações
Institucionais da Aegea
Saneamento.

É uma satisfação nós tratarmos de um tema de tamanha relevância, que desperta ainda um grande aprimoramento, porque se voltássemos, talvez, àquelas primeiras lições de Direito Penal, quando tratamos da própria aplicabilidade da lei penal no tempo e no espaço – diante de um ambiente virtual que praticamente elimina, desde os conceitos de jurisdição na prática do crime como uma delimitação para perseguir quanto à aplicabilidade do crime que, hoje, em um toque da tela do computador ou do celular, pode ser cometido contra o patrimônio, contra a honra, contra a liberdade sexual, em qualquer parte do mundo e de qualquer parte do mundo –, isso desperta uma complexidade na aplicação da lei penal, na perseguição desses crimes, para além dos mecanismos que temos, atualmente, da cooperação, que precisa ser bastante aprimorada, mas nós temos grandes desafios para enfrentá-los, sobre todos os prismas.

Esse debate vem nesse contexto de globalização que permeia a pauta do Fórum de Lisboa, como um dos mais essenciais sobre o ponto de vista criminal. Nós, evidentemente, temos delitos que há um bom tempo já se perseguem e vão sendo aprimorados com os

mecanismos tecnológicos, como o tráfico internacional de drogas, de armas, de pessoas, até a criminalidade econômica mais sofisticada, com mecanismos e com instrumentos cada vez mais à disposição no ambiente da criminalidade para a perpetração desses delitos e para dificultar a perseguição, a punição e, especialmente, a prevenção dessa espécie de delito. Então, hoje, temos a palavra de grandes juristas, integrantes do Poder Judiciário e da advocacia, que podem, evidentemente, trazer algumas luzes ou, talvez, instigar questionamentos que vão ser melhor trabalhados daqui para frente pela doutrina, pela jurisprudência e pelo aperfeiçoamento do sistema jurídico como um todo.

Sebastião Reis Junior



Ministro do Superior
Tribunal de Justiça
do Brasil.

Antes de entrar no tema da criminalidade, eu gostaria de dar uma palavra de apoio à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ontem na questão da diferenciação entre o usuário e o traficante. Eu acho que foi um grande passo e uma tentativa de mudar a política que, hoje, é punitivista e que impera no Brasil. Quem está no Tribunal percebe a quantidade de processos que isso envolve, ou seja, todo dia nos deparamos com processos que discutem a apreensão de 10, 15, 20 gramas de maconha, sem nenhum contexto de traficância. É muito fácil para a autoridade policial, depois, para o próprio Ministério Público denunciar e para as instâncias ordinárias deixarem aquele processo seguir. Nós temos, como consequência direta disso, um sistema prisional com superlotação. Eu acho que, hoje, de 56% a 60% dos presídios brasileiros têm superlotação. Isso é uma consequência dessa política que mostra, mais uma vez, que prender e punir não é a solução para combater a criminalidade.

No que se refere à criminalidade transnacional, vou abordar a questão da legislação, do que regula a atuação do Estado no combate a esse tipo de criminalidade. A primeira coisa que eu

posso citar é o Decreto nº 11.491, que promulga a Convenção sobre o Crime Cibernético. É um documento que lista os principais crimes cometidos por meio da rede mundial de computadores, como crimes contra a confidencialidade, integralidade, disponibilidade de dados do sistema do computador, crimes informáticos, conteúdo de informação, pornografia infantil, violação de direitos autorais, direitos correlatos, responsabilidade, e vai discutir a responsabilidade da pessoa jurídica e os critérios de investigação. No âmbito nacional, nós temos o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a lei que cuida da interceptação telefônica e captação ambiental, a lei sobre lavagem de dinheiro, a lei que dispõe sobre proteção para os acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal e a quebra de sigilo financeiro, bancário, fiscal.

A grande dificuldade no combate a esse tipo de criminalidade é que, primeiro, ela progride de uma forma muito rápida. Enquanto nós estamos conversando, mais um meio de se cometer um crime foi criado e o legislador não tem a mesma criatividade que da realidade. A realidade é muito mais rápida. Então, é muito difícil acompanhar isso, ainda mais com o nosso sistema, que é lento, pesado e ao qual, muitas vezes, o Congresso reage a fatos certos e determinados. Não há uma preocupação de montar um sistema que venha a combater. Nós temos várias leis, muitas delas se sobrepondo e cuidando da mesma questão, e, se tem que fazer uma interpretação do que está prevalecendo, isso só mostra a dificuldade desse tipo de processo. Há a infiltração de agentes de polícia e de inteligência, a Lei Anticorrupção, a Lei das Organizações Criminosas, a Política Nacional de Cibersegurança e o Comitê Nacional de Cibersegurança. Existe o Projeto de Lei nº 4939, que dispõe sobre os diretrizes do Direito de Tecnologia e da Informação e as normas de obtenção de admissibilidade de provas digitais na investigação e no processo, além de outras providências. Cada dia que nós vamos demorar na criação de leis que permitam o Estado agir no combate a esse tipo de criminalidade, essa lei vai se mostrar mais defasada ainda. Nós temos que pensar em um meio de sermos mais rápidos nisso.

Como é uma criminalidade que, em regra, ultrapassa os limites nacionais, é essencial a atuação em conjunto dos países. Nós temos sistemas que envolvem não só o Judiciário.

Hoje, por exemplo, eu integro a Cúpula Judicial Ibero-Americana (Cumbre), uma organização com juizes de toda a América Latina, que trocam ideias na criação de sistemas uniformes de combate à criminalidade e sobre como se pode acelerar a troca de informações, porque é tudo muito ágil. Existe isso também no âmbito do Ministério Público, que tenta criar meios de uma investigação mais sérios, rápidos e compartilhados. Hoje, a criminalidade internacional, e destaco o tráfico de armas, de drogas e, infelizmente, de pessoas, e o *cybercrime* acontece e a repercussão é em qualquer lugar do mundo. São vários tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos. Tem uma resolução do Ministério Público Federal que cria um roteiro interno de atuação na questão dos criptoativos, da persecução patrimonial, e nós temos outras convenções que regulam esse tipo de procedimento. Internamente, nós temos várias ferramentas de resoluções e orientações dos vários órgãos que participam dessa atuação, como dentro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Ministério Público, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). Há o Portfólio de Soluções de Tecnologia, Informação e Comunicação do CNJ, o Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (SisbaJud), Sistema de Informações do Banco Central (Sisbacen), o Sistema de Informações ao Judiciário (Infojud), o Sistema Nacional de Integração de Informações de Justiça e Segurança Pública (Infoseg), ou seja, tem uma grande quantidade de pessoas e de estruturas envolvidas no combate a esse tipo de criminalidade.

Nós temos em andamento o julgamento, pelo STF, da constitucionalidade do artigo nº 19 do Marco Civil da Internet, que é uma discussão sobre o dispositivo que determina a necessidade prévia específica à ordem judicial de exclusão de conteúdo para responsabilização civil de um provedor da Internet, como *websites*, gestores de aplicativos e redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. Hoje em dia, isso está no auge, ou seja, saber o limite da atuação de cada indivíduo dentro do sistema. Em abril, nós tínhamos a discussão, no Congresso brasileiro, da Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência de Internet. Foi criado um grupo de trabalho, depois destituído, e tudo que eles fizeram foi desconsiderado, até que foi criado um novo grupo de trabalho para discutir a Projeto de Lei nº 2630. Os crimes mais comuns são plágio, invasão do dispositivo informático, furto de dados, calúnia, difamação, injúria, incitação à apologia ao crime, pornografia infantil, racismo, LGBTfobia, misoginia, pirataria digital, divulgação de fotos íntimas, criação de perfis *fake* etc. Justamente pelo tipo de criminalidade, nós temos novos métodos investigativos, como a hipnose investigativa, a identificação de provedor de identidade (IdP), infiltração virtual, provas advindas dos dispositivos informáticos e detecção e reconhecimento facial. Logo, há uma série de procedimentos que estão sendo criados e aperfeiçoados no dia a dia.

Faço, então, uma compilação de dados de decisões do Superior Tribunal de Justiça

(STJ) e do STF que discutem de alguma forma a criminalidade internacional. Nós temos discussões que envolvem competência e obtenção de dados pela Receita Federal ou por outros órgãos de controle fiscal. Nesse ponto, existe uma questão ainda meio imprecisa porque o STJ tinha entendido que o Ministério Público e as autoridades policiais não tinham como pedir informações fiscais privadas diretamente ao Coaf ou à Receita Federal, mas o STF entendeu que sim. Nós adaptamos o nosso entendimento ao que o STF entendeu e, recentemente, houve uma decisão da quinta turma, da relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que foi muito precisa e mostrou, naquele caso concreto, a ausência de investigação formal que autorizaria esse pedido de informações. Então, é uma questão ainda que vai ser debatida e aperfeiçoada.

Temos a questão da cooperação internacional e várias competências de crime de ameaça praticadas pelo Whatsapp, criação de site da internet para comercializar mercadorias, furto mediante fraude e pirâmide financeira. Neste último, muitas vezes, há uma discussão se é crime de natureza econômica ou não. Também temos quebra e sigilo telefônico, informações das redes sociais e cadeia de custódia. Eu acho que, talvez, uma das questões mais interessantes é a solicitação de informações ao Google, WhatsApp, Facebook etc. O STJ já entendeu que existe a obrigação de essas informações serem prestadas, há a possibilidade de aplicação de sanção financeira pelo não atendimento, mas eu entendo que ainda há discussão quanto ao limite dessas informações em cada momento.

Esse foi um levantamento do que, hoje, orienta a atuação do Estado, tanto do Judiciário quanto dos entes investigativos no combate a esse tipo de criminalidade.

Rogério Schietti Cruz



Ministro do Superior
Tribunal de Justiça
do Brasil.

Acho que todos concordamos que o Direito Penal e o Direito Processual Penal foram construídos ao longo da sua recente história, porque quando nós falamos de ciências criminais falamos de 200, 250 anos, e tanto o âmbito material quanto o procedimental se construíram dogmática e academicamente a partir de uma noção de crime de rua, e crimes tradicionais, aqueles que nos afetam o patrimônio, a liberdade, a vida, a imagem etc. De uns 30, 40, 50 anos para cá, começamos a vivenciar uma nova realidade, que nos impõe adaptações tanto na própria formação dos conceitos como na maneira de investigar esses crimes. Não mais lidamos com furtos, estelionatos, homicídios apenas, mas também, e cada vez mais, com crimes praticados por meio digital. Assim, nós precisamos já reavaliar esses conceitos, como os conceitos de jurisdição, de território e de soberania, além de rever a maneira de investigar esses crimes.

Nós concluímos, na semana passada, um julgamento que eu considero histórico, na terceira sessão, na relatoria do ministro Ribeiro Dantas, que foi o julgamento sobre o tema da confissão. Nós destronamos a confissão como um meio de prova para a obtenção de condena-

ções no Brasil. Eu posso dizer, com a experiência que tenho também de Ministério Público, que uma boa parte dos crimes que nós investigamos e apuramos, e muitas das condenações criminais, se assenta ou se assentou na confissão do investigado, tanto na fase extrajudicial quanto em juízo. O pior, muitas são as confissões extraídas em ambientes absolutamente impróprios, em condições adversas, e sem o mínimo respeito às garantias ou direitos que cada um tem, neste momento, em que o Estado intervém para, por exemplo, cessar uma atividade criminosa. No Brasil, ao contrário de qualquer nação civilizada, a confissão é prestada nas ruas, geralmente sob a arma de fogo apontada pelo policial, que está legitimamente detendo aquela pessoa que está, em tese, praticando um crime, mas aproveita a ocasião para extrair dessa pessoa uma confissão que será utilizada em juízo, mesmo quando este infrator, no momento da autuação em um quadro policial do alto de prisão flagrante, nega ou se cala, exercendo seu direito ao silêncio. Então, nós precisamos romper esta obsessão pela confissão. Nós temos que romper essa tradição de exigir que o investigado colabore com a sua própria condenação, com o Estado para ser condenado. É preciso que o Estado assuma a tarefa de investigar adequadamente os crimes, valendo-se de meios próprios, legítimos e éticos para obtenção de condenações. Isso implica, evidentemente, uma série de dificuldades e desafios que devem ser superados, sob pena de nos atermos a uma lógica que já é ultrapassada em qualquer nação civilizada.

Nós poderíamos falar sobre várias leis que foram sendo editadas, ao longo dos últimos anos, para a proteção de dados pessoais e de determinados bens jurídicos – a última, recentemente, criando a figura do *cyberbullying*, ou seja, o *bullying* por meio digital. Eu vou focar nessas dificuldades de apuração dos *cybercrimes*, como a própria complexidade do universo digital. Nós ainda temos dificuldade, por exemplo, em explorar a potencialidade dos nossos celulares, de um aplicativo como WhatsApp. Tem pessoas que não conseguem sequer realizar uma videoconferência, tamanho é o nosso apego a uma cultura analógica. Nós, que somos ainda apegados a essa visão analógica, temos muita dificuldade com questões básicas. Imaginem lidarmos com criminalidades, crimes ou criminosos que usam a sua inteligência para burlar as formas de obtenção da prova. Esse baixo conhecimento do universo digital, tanto pelas vítimas dos crimes, quanto pelos próprios atores do sistema de justiça criminal, como policiais, promotores e juízes, são quase anal-

fabetos no domínio dessas tecnologias e até dos conceitos e neologismos que a cada dia surgem e nos impedem de ter uma plena compreensão do fenômeno criminoso digital. Há, também, uma nítida vulnerabilidade dos usuários, especialmente aqueles não acostumados a essas tecnologias, como os idosos, que geralmente têm essa dificuldade. Logo, há um potencial muito amplo, portanto, de vítima. Também há dificuldade quanto ao rastreamento de agentes criminosos, por conta do anonimato e da criatividade que, talvez, na criminalidade de rua nunca houve. Nós sempre tivemos aquela ideia de que o criminoso brasileiro é um criminoso com pouco conhecimento, mas o criminoso digital é muito inteligente e nós temos dificuldade de acompanhar isso.

As limitações e debilidades do Direito Penal são atuais e temos a necessidade de adaptação dos tipos penais, que são tipos penais clássicos, construídos, geralmente, no século XIX, com a Escola Clássica, e que foram se perpetuando nos códigos penais subsequentes. Também temos as limitações e debilidades do processo penal, que nós temos que não eliminar, mas colocar a prova oral no seu devido lugar. Na verdade, o que se faz no inquérito policial deveria ser tão somente a obtenção de elementos informativos que permitam ao Ministério Público iniciar a ação penal e ao juiz recebê-la. Porém, a verdadeira prova se faz em juízo, ou mesmo antes, mas de forma técnica. Todas as vezes que nós dependemos da memória humana, seja em um reconhecimento pessoal, que é ainda determinante para a apuração de certos crimes, como o crime de roubo, ou um depoimento de testemunhas, nós estamos confiando na memória humana, que é falha. A psicologia do testemunho reiteradamente tem demonstrado isso, e é preciso que nós, se não abandonemos, pelo menos mitiguemos a força probatória do testemunho. Nós não podemos confiar nesses relatos. Nós precisamos ter provas técnicas, robustas e tecnológicas. O Supremo Tribunal Federal (STF), hoje, está debatendo a possibilidade do uso de GPS para rastreamento digital das pessoas em determinado território. Isso foi muito utilizado no caso da Marielle Franco. A discussão é sobre a necessária compatibilização entre o direito à prova por parte do Estado, o desejado esclarecimento de crimes e, não menos importante – talvez até mais importante –, direito das pessoas, em geral, de não ter a sua privacidade devassada por iniciativas investigatórias do Estado. Esse é um tema central, mas que vai determinar o rumo que deve tomar a investigação no Brasil.

Também podemos dizer que a sociedade pós-moderna, a sociedade líquida, não tem sido acompanhada na mesma velocidade dos avanços do próprio Estado na questão da investigação, sobretudo. Nós temos um Judiciário e um Ministério Público fortes, mas a força da investigação ainda se concentra no exercício da força policial. Não é nenhuma crítica às polícias, é uma crítica à estrutura da nossa investigação. É preciso dar inteligência à polícia, e não força ou violência. O que nós vemos no Brasil é a obtenção de confissões mediante extorsão, ou pelo menos coação, e o abandono do

investimento na inteligência policial. É preciso que nossos policiais, realmente, prosigam com as investigações e, nesse ponto, o Ministério Público tem um papel fundamental no exercício do controle externo da atividade policial.

O nosso desafio, portanto, deve ser a de ajustar essas ideias concebidas no passado, para uma realidade que não mais existe, e devem, portanto, ter todos esses institutos e conceitos repensados e atualizados com a mesma velocidade como são colocados em xeque por esse novo mundo que se apresenta.

Ney Bello Filho



Desembargador do
Tribunal Regional
Federal da 1ª Região.

Eu vou fazer, primeiro, uma diferenciação acerca do trabalho específico sobre crime transnacional e crime virtual. Tanto Portugal quanto o Brasil têm um pouco de dúvida e dificuldade no tratamento legislativo da criminalidade transnacional, o que, na verdade, não é muito de se espantar, considerando que, no seu mito fundador, Lisboa teria sido fundada por Ulisses, que saiu de Troia em direção à Grécia e veio parar em Portugal, e o Brasil foi fundado por Pedro Álvares Cabral, portanto os dois países foram por duas pessoas que não sabiam ao certo onde estavam indo. Isso já justifica, de certa maneira, essa confusão inteira.

No que diz respeito à criminalidade virtual e criminalidade transnacional, eu queria fazer uma diferenciação. São conceitos distintos e que, de certa maneira, a legislação confunde, porque a criminalidade virtual seria aquela que é praticada através de sistemas e que, portanto, poderá tratar de outro território, mas também do mesmo território. A transnacionalidade criminal implica, com toda certeza, a realização de fases do crime em países diferentes, e este é o problema, pois ocorre sob o páreo de legislações e métodos de investigação completamente diferentes. Portanto, nos

causa um problema na própria construção da teoria, tanto do Direito positivo quanto do exercício da fiscalização, acerca de como fazê-lo.

Os quatro elementos que os italianos tratam na criminalidade transnacional me parece que precisam ser lembrados. O primeiro deles é o planejamento. O segundo é o financiamento. O terceiro é a execução e o quarto é a receptação, ou o aproveitamento, ou acumulação dos valores. Quando trato de criminalidade transnacional, esses quatro elementos estão diferenciados. Quem financia não é necessariamente aquele que executa nem é o país onde é executado. A receptação é feita em outro país, sob outra legislação e, conseqüentemente, tanto a acumulação quanto o financiamento se estabelecem em outra fonte de poder. Como organizo isso?

O primeiro problema que surge é a questão do monismo e do dualismo. Evidentemente, nós não podemos pegar todas as nossas convenções internacionais e aplicá-las diretamente. Não podemos fazer isso com todas, mas com algumas sim. Quando não fazemos isso, surgem paraísos fiscais que vão trabalhar exatamente com os valores, tanto frutos da criminalidade quanto utilizados no planejamento da criminalidade. Isso já traz um problema específico porque o dinheiro utilizado para financiar o tráfico de drogas, de armas ou de pessoas não surge no mesmo país onde esse tráfico é executado. Portanto, eu localizaria o primeiro problema no monismo e no dualismo, porque, afinal, como eu vou utilizar e que legislação vou usar para tratar de crimes que são praticados em dois países diferentes ou em vários países? Em primeiro lugar, eu diria que os italianos criaram uma solução específica para tratar da máfia, que é utilizar um processo de bloqueio de capitais quando esse crime estabelece ou se coloca em um quadrante diferente da criminalidade comum. Isso me parece o ponto mais importante. Em vez de nos preocuparmos com um garoto de 19 anos que tem dois cigarros de maconha na periferia de São Paulo, é muito mais interessante ou melhor para qualquer processo civilizatório que nos preocupemos com o tráfico de armas ou com a criminalidade organizada de grande porte, com grandes grupos criminosos ou com projetos milicianos de controle de Estado. Isso, evidentemente, é muito mais razoável para um processo civilizatório do que o discurso moral que diz que utilizar um cigarro de maconha é ruim ou o discurso moral de aniquilação de qualquer inserção das classes de Código Internaci-

onal de Doenças (CID) em qualquer tipo de vida mais confortável. O que implica dizer que há um desvio de foco que precisa ser corrigido. O que nós precisamos é ter um processo de legislação e de aplicação que se preocupe com a criminalidade de grande porte. Nós temos vários exemplos, até porque descobrir a roda a essa altura do campeonato não me parece útil. Nós temos o modelo italiano ao menos como exemplo e como maneira de perceber o que foi feito na guerra contra a máfia e contra as estruturas das grandes sociedades criminosas.

O primeiro exemplo é uma mudança de legislação quanto à participação nas grandes criminalidades. Por que isto se resolveu em um dado momento? Porque todas as legislações ocidentais, em exceção da italiana, estabelecem uma lógica para a participação das organizações criminosas. Precisa-se desejar praticar o crime. Quando se deseja praticar o crime, coloca-se um elemento construtivo-subjetivo do tipo penal que dificulta qualquer fiscalização ou qualquer punição. Por quê? Precisa-se comprovar que está se unindo a duas, três ou quatro pessoas, dependendo da legislação, com a intenção de cometer um delito. Os italianos resolveram isto com a necessidade de provar apenas e não somente a intenção de fazer parte da máfia. A intenção de fazer parte da 'Ndrangheta, da Cosa Nostra, da Sagrada Corona Unita etc. Não precisa provar o desejo de cometer crimes. Precisa-se comprovar apenas que tem o desejo e a vontade dirigida no sentido de se associar àquela organização. Isto é um grande avanço.

Em segundo lugar, o estabelecimento de uma legislação paralela. Isto criou um grande problema na Corte Constitucional italiana e se resolveu. Como se resolveu na espanhola também, em relação aos movimentos terroristas. O discurso de ter um direito de exceção, um direito criminal que é mais radical e, portanto, se estabelece uma ditadura do Legislativo ou do Judiciário, que é a narrativa comumente oposta, esquece um detalhe. Alguém que determina a morte de 425 pessoas, como o Tottorina fez na Itália nos anos 80, não é um criminoso comum. Não é uma criminalidade comum e precisa ser tratada de uma maneira diferente. Não é o garoto que fuma um cigarro de maconha na periferia de São Paulo ou do Rio de Janeiro. Portanto, precisa-se de uma legislação que trate problemas diferentes de maneira diversas. O que foi feito? Além da associação do tipo mafioso, que é diferente da associação do tipo comum para qualquer elemento de crime, tem um bloqueio de patrimônio, uma extinção de domínio, que é feita dentro do próprio processo criminal para coibir todo o processo de financiamento de grandes criminalidades organizadas, ou seja, *follow the money*. Descubra para onde o dinheiro está indo e estabeleça um processo administrativo de bloqueio do resultado da atividade criminosa e do dinheiro utilizado no financiamento da atividade criminosa.

Em terceiro lugar, deve-se estabelecer um método de não comunicação para os líde-

res das organizações que resolvem administrá-las mesmo quando estão sob o crivo do Judiciário. Criou-se o sistema do cárcere duro, que é o sistema da impossibilidade de comunicação externa para qualquer daqueles que entrem na malha de combate à criminalidade organizada. Evidentemente, é um sistema extremamente rígido para qualquer tipo de contato. Os advogados costumam não gostar muito dessa lógica, mas nós estamos tratando não de uma criminalidade comum, mas de alguém que, de dentro da penitenciária, determina a morte de 10, 20, 30, 50, 100 pessoas. Portanto, o modelo do cárcere duro, o modelo do concurso externo, o modelo da associação do tipo mafioso e o modelo da extinção de domínio de patrimônio utilizado para financiar como resultado da organização criminosa, foi o que, no dado momento, resolveu, de certa maneira.

Como funciona o quarto dos sistemas de combate legal à criminalidade transnacional? A impossibilidade de utilização, pelo menos fiscalização, desses recursos em países do Terceiro Mundo ou em países em que se pode, mais facilmente, mascarar ou maquiar a utilização do próprio capital. Dito de outra maneira, se tem lugares onde pode se remeter o dinheiro com mais facilidade ou com um bloqueio de fiscalização menor, precisa-se ter regras que coíbam e proíbam de fazê-la, ainda que se faça sob a justificativa de um financiamento lícito de qualquer maneira. Como se resolve isto no plano legal? É preciso estabelecer, esse é o maior dos problemas, qual é a criminalidade organizada transnacional que se quer atingir. Qual é o volume que se quer dar àquela legislação e qual é o interesse que se tem sobre ela? Me parece um discurso muito mais razoável sobre qualquer processo civilizatório do que a preocupação que nós mergulhamos no país, nos últimos anos, que é estabelecer o Direito Criminal como instrumento de resolução de problemas de natureza moral. Utilizar o Direito Penal ou o discurso ou a narrativa criminal para coibir condutas que, moralmente, não se concorde, ou tentar convencer as pessoas que o Direito Penal precisa ter um foco vinculado à religião ou à moralidade, que talvez seja o grande equívoco do nosso discurso punitivista recente.

De certa maneira, a criminalidade transnacional avança na medida em que qualquer processo de globalização avança. Ela avança na medida em que o mundo fica menor, que as comunicações são mais rápidas e que tudo aquilo que traduz as nossas relações são mais ágeis. Só que nós temos que ter algum tipo de resposta legal e judicial forte o bastante para entender que esse tipo de criminalidade organizada de grande porte não é a mesma coisa do que as nossas divergências morais internas no mesmo país e crimes de pequena ordem que tem mais relação com a nossa estrutura social do que propriamente com a agressão de toda a civilização. O desvio de foco é o que nos causa gravíssimo problema com o tratamento da nossa criminalidade organizada e dos nossos crimes transnacionais.

Sidney Eloy Dalabrida



Desembargador do
Tribunal de Justiça de
Santa Catarina.

O que eu trago à reflexão é um tema mais específico que é a infiltração virtual e o uso de *malwares* em investigação criminal. Este tema é objeto de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) movida pela Procuradoria-geral da República, sob a relatoria do ministro Cristiano Zanin, que trata do uso de mecanismos de intrusão no âmbito das investigações criminais.

Todos reconhecemos que o processo de globalização trouxe muitos avanços. Esse novo ambiente, porém, também acabou favorecendo a criminalidade organizada que se transnacionalizou porque soube se aproveitar da abertura dos mercados, das conexões em nível global, da relativização das fronteiras nacionais e, em razão disso, passou a atuar em um esquema de cooperação por meio de uma extensa rede de administração e gestão de mercados ilícitos como de criptomoedas. Nesse contexto, os avanços tecnológicos em sistema de comunicação pela internet proporcionaram a diversificação, a sofisticação e, mais do que isso, a proteção das práticas ilícitas. A encriptação de ponta a ponta e os programas de anonimização, por exemplo, embora tenham sido criados para um fim ilícito, que é a proteção da privacidade

de do usuário, hoje, acabam blindando a atividade estatal na medida em que inviabilizam qualquer tentativa de interceptação das comunicações. Atualmente, o sucesso de uma investigação nesse âmbito depende da apreensão do celular ou de um incauto do grupo que tenha feito um *backup* e se busca através da nuvem.

As organizações criminosas contam, hoje, com frações operacionais especializadas em atividade de campo, mas, mais do que isso, com verdadeiras células de *ciberinteligência*, com agentes preparados em técnicas de intrusão, raspagem, mineração de dados e no uso de altas tecnologias para o planejamento das ações criminosas. Também é inegável que, para enfrentar essa *cibercriminalidade*, os métodos apuratórios tradicionais previstos pelo sistema punitivo – assentados que foram em uma compreensão liberal-individualista, já que foram vocacionados para o enfrentamento da criminalidade convencional – não têm conseguido trazer resultados mais significativos. Assim, com a evolução da legislação, passou-se a utilizar de meios extraordinários e ocultos de investigação para obter algum sucesso nessas investigações, inclusive a infiltração virtual. Tratando especificamente da infiltração virtual é certo que a sua atualização ainda é tímida, mas porque a sua implementação diante do quadrante legal atual deve se limitar à criação de um perfil falso para que o infiltrado possa interagir com os membros do grupo e, então, colher informações para as investigações.

É diante desse cenário que tem sido reivindicada a utilização de *softwares* espiões de *malwares*, já que, por meio da implantação de programas clandestinos nos dispositivos digitais do alvo, seria possível driblar a tecnologia de criptografia e de simulação de IP. De fato, o emprego de *malwares* em investigações criminais tem sido difundido ao redor do mundo, tendo experiências na Espanha, Alemanha e Itália, sem contar em Israel e nos Estados Unidos, que as usam há muito tempo no âmbito das *undercover operations*.

Vou listar os principais argumentos daqueles que sustentam a legitimidade do uso do *malware*. Primeiro, dizem que não há direito fundamental absoluto e, muito menos, que podem ser utilizados como escudo protetor de atividades ilícitas, como já deixou assentado a Corte Suprema em várias oportunidades. Também dizem que a falta de um dispositivo legal específico, prevendo a utilização de *malwares* em investigação, não torna impossível a

sua utilização, pois recorre-se à interpretação extensiva prevista no artigo 3º do Código de Processo Penal, na medida em que há uma certa correspondência com mecanismos já consolidados de investigação, como interceptação telemática, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, a ação controlada e a busca e apreensão. Dizem também que, quando se trata de infiltração policial física, tem-se compreendido que a autorização judicial da infiltração compreende a possibilidade de o infiltrado realizar filmagens, captação ambiental e apreensão de documentos. Assim, diante disso, sustenta-se também a possibilidade de se utilizar os *malwares* como uma técnica de suporte da implementação da infiltração virtual. Este é um ponto de interseção entre atividade de inteligência e de investigação criminal, mas faz-se um paralelo com a captação ambiental dizendo que, para a sua realização, são necessárias algumas técnicas de suporte, por exemplo, a entrada subreptícia em um ambiente restrito, o uso de disfarce e uma história cobertura, ou seja, medidas que também não estão previstas em um determinado dispositivo legal.

Não obstante esses argumentos, no Brasil não há cobertura legal para o uso de códigos maliciosos em investigações criminais e, além disso, a sua utilização afronta de maneira direta o princípio da proporcionalidade, tendo em vista a intensidade e a quantidade de direitos e garantias fundamentais afetados, e a eficiência na investigação não pode ser alcançada a esse preço. De fato, os direitos fundamentais não são ilimitados, mas qualquer restrição deve se basear na lei, ser adequada necessária e proporcional e, certamente, não é o caso dos *malwares*. A grande questão é que nenhuma outra técnica investigativa apresenta tantos riscos como o uso do *malwares* dada a intensidade do grau de invasividade que representa, como a possibilidade de acesso a todas as informações contidas no aparelho infectado, por exemplo, vídeos, fotos, senhas, informações bancárias e imagens no ambiente íntimo, podendo atingir, inclusive, terceiros que não são objetos da investigação. Isso revela a impossibilidade de se valer de uma interpretação extensiva, buscando ajustar essas medidas àquelas medidas supracitadas, dada a diferença abissal entre elas e às limitações próprias de cada uma. Um outro problema se dá pelo impacto da medida sob as garantias processuais do acusado, já que a efemeridade dos dados, a possibilidade de alteração e supressão do conteúdo diante do controle das funcionalidades pelo operador que está fazendo a infiltração, comprometem a confidencialidade e a integralidade dos dados, não sendo possível garantir de forma alguma a preservação da cadeia de custódia digital.

É verdade que a realidade tecnológica exige o aprimoramento dos mecanismos de investigação, mas o uso de *malwares* não é o caminho, sobretudo sem lei específica, uma vez que eles legitimam a procura especulativa e aleatória de dados do investigado e de terceiros, convolvando a investigação criminal em uma verdadeira pesquisa exploratória indiscriminada com subversão dos direitos fundamentais próprios de um Estado Democrático de Direito.

Fernanda Tórtima



Advogada.

Eu vou abordar três pontos: a necessidade de formalização de procedimentos para cooperação internacional em matéria penal, trazer um pouco da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 51, que tratou da requisição direta de dados sem necessidade de cooperação internacional, e finalizar com a questão da infiltração on-line, sob essa perspectiva da cooperação internacional.

No Brasil, recentemente, muitos são os casos de transferências de dados, de informações e de provas entre países e, na maioria das vezes, provas fornecidas pelo Brasil e pelo Ministério Público brasileiro, principalmente para autoridades estrangeiras sem nenhuma formalização. Isso é notório, foi objeto de matérias jornalísticas e muitas ações penais e procedimentos foram anulados por conta dessa ausência de formalização que é prevista em lei e convenções. Nós sabemos até de casos em que dados dessa investigação – ainda muito prematura – foram fornecidos a autoridades americanas, ao Departamento de Justiça americano, e, como a empresa era *US person* e tinha títulos negociados na bolsa americana, gerou uma pressão muito grande, inclusive das autoridades americanas, para que fosse celebrado o acordo.

E não se sabe como esses dados foram para lá. A justificativa que essas autoridades brasileiras têm dado para esse compartilhamento de informações informal, rápido e desburocratizado seria essa quase obsessão que se tem no Brasil de ingressar na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Márcio Chaer fez um artigo no Conjur criticando essa obsessão de forma muito dura e diz que a OCDE é um órgão arrecadador de metrópoles, apontando exemplos em que empresas brasileiras, no âmbito da Operação Lava Jato, foram condenadas a pagar somas astronômicas de dinheiro a potências estrangeiras, e diz que o papel da OCDE é cristalizar o que o constitucionalista português Blanco de Moraes chama de neocolonialismo, ou seja, impedir que as economias menores concorram com os países ricos em igualdade de condições. Eu não me sinto habilitada para dizer se o Brasil deve ou não continuar querendo entrar na OCDE, ou seja, se as vantagens decorrentes de uma maior atratividade para o investidor estrangeiro se sobreporiam à necessidade de que o Brasil teria de atender determinadas decisões e recomendações da OCDE, para as quais, eventualmente, o país não estaria ainda preparado. Eu me sinto habilitada a dizer que a perseguição penal brasileira não pode ser subserviente aos países que já integram a OCDE e não pode ser realizada com esse verdadeiro desvio de finalidade – que seria essa obsessão de entrar na OCDE –, muitas vezes passando por cima da legislação interna, de princípios constitucionais, de convenções que o Brasil assinou, sejam tratados multilaterais, sejam tratados bilaterais.

Uma forma pela qual se pode impedir essa violação a direitos, princípios e normas é a formalização de procedimentos, o que não vinha sendo feito. São inúmeras as formas pelas quais essa transferência de dados e provas pode acontecer de forma legal. Na ausência de tratado bilateral, temos as rogatórias, que são enviadas de um país para o outro. No Brasil, elas chegam se for o caso de cumprimento de atos de outros países sem necessidade de juízo de mérito e são cumpridos através do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No caso de necessidade de decisão de juiz no Brasil, essas normas externas e essa necessidade vai ser avaliada. Existem mil formas de cumprimento formal de cooperação internacional vinda de outros países. Há também os MLATs, que são os acordos bilaterais de cooperação. Todas essas normas, sejam as convenções multilaterais ou os tratados bilaterais, preveem a possibilidade de recusa de cumprimento da

cooperação porque os países precisam proteger os seus sistemas internos. Curiosamente, Portugal acabou não ouvindo os seus doutrinadores e acabou aceitando cooperação com o Brasil no âmbito da Operação Lava Jato. No entanto, em um artigo publicado em 2017, os professores Canotilho e Nuno Brandão exortaram as autoridades portuguesas a não cooperarem com a Lava Jato, dizendo que a forma como as colaborações foram feitas violavam princípios do ordenamento jurídico português, a ordem pública portuguesa, e que, portanto, essa cooperação deveria ser recusada. Eles não foram ouvidos, mas, pelo menos, a formalização do procedimento passou a ser conhecida e permitiu um debate público sobre a questão. Então, a questão foi debatida publicamente e não foi feita de maneira informal, sem que ninguém soubesse.

O segundo ponto é a questão da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 51. O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que, no Brasil, a requisição de dados de empresas americanas de tecnologia pode ser feita diretamente, sem necessidade de cooperação internacional e de tramitação por autoridade central. A decisão é absolutamente correta, porque as empresas têm sede no Brasil e coletam dados dos seus usuários e porque há norma específica sobre a matéria a tratar do tema, como a Convenção de Budapeste e o Marco Civil da Internet no Brasil. A questão importante nesse acordo, para esse tema aqui, é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) brasileiro prestou informações nessa ação constitucional e disse que as autoridades americanas recusam o cumprimento dessa cooperação porque entendem que não tem nexo causal, que não atende aos requisitos da legislação norte-americana, a ausência de previsão de crime no ordenamento jurídico americano, o que vai, inclusive, contra o próprio MLAT Brasil e Estados Unidos. Este não exige dupla incriminação. Os americanos vêm recusando os nossos pedidos de cooperação do Brasil sob esse fundamento. Os americanos protegem as suas empresas e é por isso que essas empresas, inclusive o Facebook, que foi ouvido como *amicus curiae* nessa ADC, estava realmente desesperado para evitar que se pudesse fazer requisição de dados direto, porque ele sabe que o seu país, a sua autoridade central, que no caso dos Estados Unidos é o Departamento de Justiça, protege as suas empresas e o Brasil, ao contrário, entrega de bandeja as suas empresas de maneira informal para todas as autoridades responsáveis pela persecução penal no mundo inteiro.

O último ponto é sobre a inexistência de marco legal para permitir a instalação de *malware* no Brasil. Isso já foi admitido pela quinta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Não existe lei prevendo isso e é muito grave, pois a quantidade de dados é enorme e não temos lei prevendo proteção, tratamento e descarte desses dados. Eu fico imaginando o que vai acontecer quando chegar um pedido de cooperação, por exemplo, via STJ, para cumprimento no Brasil disso, se o próprio STJ, pelo menos parcialmente, já tiver aceitado a prova como válida.

Uma questão curiosa é que os americanos permitem que os seus agentes físicos investiguem *in loco*, o que é uma violação clara à soberania nacional de todos os países. Se os seus agentes podem fisicamente fazer isso, eles também não estão fazendo infiltração on-line pelos computadores, pelo mundo? Eu não estou falando de infiltração física, estou falando do *malware*. Isso é muito grave. O mundo está ficando realmente assustador, então que, pelo menos, se formalizem esses procedimentos. A formalização permite, ao menos, impugnação. A formalização não garante atendimento a direitos, mas potencializa a possibilidade que se consiga isso.

MESA XVII

17

MODERADOR - CELSO DE BARROS CORREIA NETO¹

A JUSTIÇA SOCIAL E O FEDERALISMO FISCAL NA REFORMA TRIBUTÁRIA

¹ Diretor-geral da Câmara dos Deputados da República Federativa do Brasil e Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Celso de Barros Correia Neto



Diretor-geral da Câmara
dos Deputados
da República Federativa
do Brasil e Professor
do Instituto Brasileiro
de Ensino, Desenvolvimento
e Pesquisa.

Vivemos um tempo de mudanças econômicas profundas e cada vez mais rápidas, e mudanças legislativas, algumas em coordenação, em debate no mundo, e outras já em curso no Brasil.

Olhando para o tema deste painel, Justiça Social e Federalismo Fiscal na Reforma Tributária, eu me lembrei de pelo menos três grandes desafios que aqueles que acompanharam o momento em que o debate da reforma começou a acelerar novamente, em 2019 e 2020, viram que estavam presentes. O desafio da rigidez constitucional, de construir consensos com mudanças tão profundas, se considerarmos que, se tratando de reforma tributária no Brasil, nós discutimos unificação de tributos e simplificação. Há também o desafio da autonomia federativa, como extinguir e fundir tributos, e, ainda assim, assegurar receitas próprias e suficientes para os entes subnacionais. Também, certamente, o desafio de uma transição. Como assegurar uma transição suave e segura, sem que dure 100 anos?

Hoje, quando discutimos reforma tributária do consumo no Brasil, eu poderia dizer que estamos na segunda etapa. A Constituição foi alterada, a regulamentação está em debate, e ainda aguardaremos a terceira etapa, que, certamente, vai se fazer no Judiciário.

Pedro Paulo Carvalho Teixeira



Deputado Federal da
República Federativa
do Brasil.

Eu acho que o que podemos esperar da regulamentação da reforma tributária é emoção. Não morremos de tédio no Parlamento brasileiro, mas não tenho nenhuma dúvida que nós estamos dando um passo significativo com a reforma tributária. É a reforma tributária da democracia. Eu já acompanho esses temas no Parlamento há algum tempo. Desde a década de 90 se discute a possibilidade de se fazer uma reforma tributária. Diversas comissões foram criadas na Câmara e jamais se chegou a um possível consenso. Pela primeira vez, nós conseguimos avançar em uma modificação da Constituição para uma reforma tributária, ainda que ela seja centrada no consumo. No entanto, o sonho do Brasil se aproximar das grandes economias e ter o seu Imposto sobre Valor Agregado (IVA) foi possível e, agora, há esse trabalho de regulamentação. O presidente da Câmara Arthur Lira criou um modelo um pouco complexo de grupos de trabalho, mas estabeleceu um calendário acelerado. Há uma tentativa de se votar a principal lei complementar, que regulamenta a reforma tributária, ainda neste primeiro semestre, antes do recesso. Depois, obviamente, há a rodada no Senado.

Quando falamos de federalismo fiscal, nós estamos falando sobre o aspecto da tributação, da capacidade e das competências dos entes de conseguirem produzir receita e se essa capacidade e esse direito de arrecadar vai ser centralizado. Quando falamos de federalismo fiscal, falamos também das questões financeiras, do federalismo financeiro. A questão de dívida dos entes também é uma discussão que precisa estar colocada no federalismo fiscal. Quando falamos de justiça social, na verdade, estamos discutindo a capacidade de arrecadar, de produzir receitas para a justiça social, através das políticas públicas, da despesa pública, e conseguir se concretizar as despesas de educação, saúde e segurança pública. Eu acredito que um ponto importante do federalismo fiscal – e não é um pessimismo em relação à reforma, na verdade, sou defensor da reforma –, no que se refere à capacidade e à autonomia dos entes de uma república federativa, nós demos um passo para trás na autonomia dos entes. Ainda que seja bem-vinda a simplificação e a redução da litigiosidade que existe, hoje, no Brasil, do ponto de vista da autonomia dos entes, sejam estados e municípios, houve um passo para trás nessa reforma. A centralização vai acontecer.

Eu tive a oportunidade de ser secretário de Fazenda da cidade do Rio de Janeiro nos primeiros dois anos, junto com o prefeito Eduardo Paes, e nós tivemos um desafio enorme, que depois de um ciclo de quatro anos de praticamente destruição das contas públicas, todo o processo de ajuste foi baseado na recuperação da capacidade de arrecadar, no controle da despesa também, mas com foco em uma nova capacidade de melhorar a arrecadação, por exemplo, do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), que vai ser perdido dos municípios com a reforma tributária. O desafio das cidades do futuro é produzir bons governos, com boas lideranças, e que tenham capacidade de mobilizar muitos recursos para enfrentar os grandes desafios, que são muito concentrados nas cidades. Será um desafio, por exemplo, a capacidade de produzir políticas sociais, pois, com a reforma tributária, uma parte disso vai ser comprometida.

Uma cidade que arrecada perto de 50 bilhões de reais, como a cidade do Rio de Janeiro, de uma hora para outra, perde o controle de 30% da sua arrecadação, que passa a estar sob controle da federação, numa discussão de um conselho federativo, com mais de 27 cidades discutindo. Nesse ciclo de governo, nós fizemos três grandes pro-

jetos, nos quais o ISS foi um tributo fundamental para uma política de recuperação, por exemplo, do centro da cidade. Nós criamos um projeto chamado Reviver Centro, estamos dando incentivo de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) e de ISS na construção para aumentar a ocupação da zona portuária do Rio de Janeiro e isso não poderá mais ser feito com a reforma tributária.

Outro exemplo foi o programa ISS Neutro, que nós criamos para estimular a neutralização das emissões das empresas a partir do mecanismo do ISS. Isso não vai mais poder ser feito com a reforma tributária. Recentemente, nós conseguimos trazer de volta a Bolsa para o Rio de Janeiro, e uma das alavancas que nós tivemos para trazer esse fundo para o Rio de Janeiro, na discussão com o fundo Mubadala, era a possibilidade de reduzir de 5% para 2% o ISS, pelo menos nos primeiros anos, porque sabemos que com a vinda do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) vai se anular esse incentivo fiscal. Então, essa capacidade de os municípios poderem produzir incentivos para desenvolvimento econômico local, para alavancar receita e dar conta dos desafios fiscais, ou financiar políticas de educação ou de atenção primária, que está sob responsabilidade dos municípios, será impactada. O desafio da transformação climática, da proteção aos desastres climáticos, tudo isso está sob a responsabilidade dos municípios. A segurança pública, principal problema nas cidades, está, cada vez mais, exigindo responsabilidade de prefeitos e governadores, mas a capacidade arrecadatória vai estar no Governo Federal. Como vai ser a redistribuição de receitas com a nossa reforma tributária? Nós vamos discutir isso nas próximas leis complementares, ou seja, como vai ser esse equilíbrio da federação no federalismo fiscal quando se fala da arrecadação.

Eu quero tratar de um ponto decisivo no federalismo fiscal, que é o endividamento dos entes da federação. Hoje, boa parte dos estados tem dívidas significativas, mas quatro deles têm dívidas que os sufocam. São eles: São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. São Paulo, dada a força da sua economia, consegue sobreviver mesmo com uma dívida gigante e a sua capacidade dá conta de pagar sua dívida, a maior dos estados da federação. No entanto, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas não têm essa capacidade. Os quatro estados são responsáveis por quase 80% da dívida pública dos 27 estados. Há erros históricos na gestão dessa dívida, mas esses entes estão absolutamente sufocados por essa dívida. Eu fiz um levantamento da taxa de investimento desses estados na última década. Se olhar esse período, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Minas Gerais são os lanternas na taxa de investimento. Isso compromete políticas sociais e a atualização da infraestrutura. Nós vimos isso no Rio Grande do Sul, que é parte também dessa incapacidade de investimento na sua infraestrutura. Eu apresentei, no ano passado, um projeto em que se rediscute, mantendo a boa saúde fiscal desses estados, um tratamento dessas dívidas e, até

mesmo, algum tipo de perdão dela. Se olharmos o passado, nós não conseguiremos avançar nessa discussão. Se imaginarmos o Rio de Janeiro, com 16 milhões de pessoas, o Rio Grande do Sul, com em torno de 10 milhões de cidadãos, estados que estão absolutamente sufocados, sem investimentos para dar conta dos desafios de segurança pública, de educação e saúde, continuarem mais de três décadas com ínfimas taxas de investimento, eu acredito que não é um bom caminho para uma discussão de um país que quer avançar e que precisa discutir a sua federação, a capacidade de seus entes, a divisão de tarefas, com os enormes gargalos sociais e os desafios da pobreza, da desigualdade e da infraestrutura desse imenso Brasil.

Eu quis fazer essa provocação a favor da reforma tributária, mas ainda preocupado com esses temas, principalmente na questão do equilíbrio da nossa federação com uma estratégia de desenvolvimento para o Brasil e para o futuro.

Pergunta do público

Eu concordo com a professora Misabel e com o deputado Pedro Paulo, porque essa reforma é uma grande aventura, um mergulho no escuro. Nós estamos colocando em uma entidade representativa, que é um comitê gestor, o poder de cuidar da arrecadação, da partilha do recurso, do contencioso tributário e da devolução de créditos para contribuinte. Então, com certeza vai ficar pior em termos de IBS. A incerteza é muito alta, o risco é muito alto para os estados e municípios e a gestão centralizada em Brasília vai ser um caos. Quem já passou por uma Secretaria de Fazenda municipal ou estadual sabe do que eu estou falando.

Eu só queria fazer esse comentário geral e fazer uma pergunta: o comitê gestor, a seu ver, fere o Pacto Federativo, como disse o professor Paulo de Barros Carvalho?

Pedro Paulo Carvalho Teixeira

Eu vou provocar um pouquinho mais sobre a questão do impacto no federalismo fiscal. Tem dois outros aspectos. Em primeiro lugar, nós estamos vendo um governo que precisa aumentar a sua receita, a sua arrecadação. Isso também está gerando, de um lado, uma profunda revisão da base tributária, aquilo que eu chamo de uma situação congresso-dependente, porque se criou uma regra fiscal que depende exclusivamente de receita. Se criou uma regra que depende basicamente de receita, e a reforma tributária também tem esse viés de aumento de arrecadação e sua centralização no Governo Federal. Então, eu queria chamar a atenção sobre esse aspecto da federação, porque o governo cria alguma regra, ainda que seja frouxa, mas estados e municípios têm regras muito duras para a sua gestão fiscal. Por exemplo, na questão so-

bre o endividamento, estados e municípios têm regra para se endividarem. O Senado e o Tesouro seguram, mas e a União? A União não tem uma regra sequer que possa gerar controle de endividamento. Isso pode, no futuro, comprometer todo esse esforço de arrecadação e centralização para que possamos atender às demandas do Governo Federal, que não consegue equilíbrio fiscal primário desde 2014, às custas do aumento da arrecadação do Brasil inteiro.

O outro ponto, voltando ao tema da justiça social, o Brasil mais do que decuplicou o seu gasto com Bolsa Família. Não é uma questão de mérito do Bolsa Família, é simplesmente atestar uma realidade. Está aumentando bruscamente o gasto com Bolsa Família, que, antes, era menos de 1% do Produto Interno Bruto (PIB), e, hoje, é 2% do PIB. Mas e a qualidade desse gasto? Claro que precisamos tirar as pessoas da pobreza, não é um discurso contra o Bolsa Família, mas qual a capacidade que tem o Governo Federal, sozinho – que só controla frequência escolar, por exemplo, e a carteirinha de vacinação – para que o filho da mãe que recebeu Bolsa Família possa um dia sonhar em não ter mais que receber esse Bolsa Família? Muitas vezes, quando se tem essa política social definida de Brasília até o cidadão, se perde a capacidade que estados e municípios têm de aprimorar programas sociais. No estado do Rio de Janeiro, nós criamos o Renda Melhor. No município do Rio, criamos o Cartão Família Carioca. Estes eram programas complementares ao Bolsa Família, que, além de carteirinha de vacinação e frequência escolar, tinha-se o desempenho escolar, melhoria da nota, aumento do valor que era complementar. Se tira a capacidade fiscal desses estados, não se aprimora esses programas de políticas sociais. Não adianta gastarmos quase 11% do PIB, todo o gasto social que o Brasil tem, se essas políticas não forem bem desenhadas.

Outro dia eu estava fazendo uma visita no Parque Madureira, e estavam os assistentes sociais fazendo uma atualização do Cadastro Único (CadÚnico), que é o cadastro unificado, nacional, para que possamos enxergar as pessoas que mais precisam, os mais pobres. Estavam disponíveis no sistema mais de 40 projetos sociais que foram recriados pelo governo atual, o que é muito bom. No entanto, as pessoas não estavam conseguindo acessar nem metade daqueles programas sociais que estavam sendo disponibilizados, porque há aquela ânsia de se querer fazer tudo de Brasília para a população. As pessoas moram nos municípios.

Em relação à grande quantidade dos municípios, eu acho que temos um excesso de municípios. Os pequenos municípios ganham com a reforma tributária, pois vão ter uma fatia maior, com o processo de distribuição. Nessa reforma há ganhadores e perdedores. As grandes cidades, as capitais, que têm muitas responsabilidades no Brasil, que é conturbado, e os estados serão os perdedores dessa reforma. Nós precisamos melhorar na regulamentação da reforma, porque, com todos os avanços que a refor-

ma tem, podemos trazer imensas dificuldades para os grandes centros metropolitanos, para que possam ter as suas responsabilidades de segurança, de transporte público, de sistemas de saúde, de educação, que estão nas costas dos municípios das grandes capitais brasileiras.

Fernando Mombelli



Subsecretário de
Tributação e Contencioso
do Ministério da Economia.

Quando falamos em justiça fiscal, há dois modos de se obter justiça social. Primeiro, é na distribuição de renda através de programas públicos, como o Bolsa Família, o programa de aposentadoria do idoso e do deficiente físico. Eles custam em torno, pelos números do Tribunal de Contas da União (TCU), de 2% do Produto Interno Bruto (PIB). Só para um dado comparativo, as desonerações tributárias no Brasil compõem 4% do PIB, o dobro do que se gasta em auxílios sociais.

A reforma tributária, na Emenda Constitucional nº 132, traz muitas inovações, não só do imposto sobre o consumo. Traz, inclusive, inovações sobre o sistema tributário nacional. Com a tentativa da necessária busca do consenso, houve uma série de recortes de regimes diferenciados, de regimes com tributação reduzida, redução da líquida de 60%, 30% e 0%, e em outros setores, que a própria emenda constitucional determinou que, no prazo de cinco anos, haja uma reavaliação desses benefícios, para que se veja, efetivamente, o seu benefício para a sociedade. Isso é importante, porque em um primeiro momento, pode se dar, mas depois tem que se avaliar, e essa avaliação tem que ser criteriosa.

A emenda constitucional trouxe princípios para o sistema tributário nacional, como transparência, simplicidade, justiça fiscal, defesa do meio ambiente e cooperação. Eu quero pensar dois desses princípios. Quando eu falo em justiça social, pelo outro lado, existe a justiça fiscal, na qual procuramos dar um tratamento de progressividade ou de minimizar o impacto sobre as classes menos favorecidas, no sentido de endereçar a tributação do modo diferenciado. Isso é muito claro no imposto de renda, que tem a progressividade na própria tabela do imposto de renda, mas em outros ele fica um pouco mitigado, até porque no imposto de consumo a sua função primordial é arrecadar. Quando vemos a justiça fiscal na Emenda Constitucional nº 132, verificamos que ela é endereçada. Há um instituto chamado *cashback*, que é a devolução do imposto da Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) e do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) para a população de baixa renda. Ela é 100% do valor para a CBS por gás de cozinha, tem uma parcela sobre energia elétrica, saneamento e produtos consumidos por essa população, em que ela vai ter, mediante apresentação da nota fiscal, uma devolução de parte do imposto, que é algo que temos defendido porque é muito mais eficaz e muito menos custosa do que reduzir a alíquota zero ou ter redução na cesta básica estendida, que é muito mais cara e acaba beneficiando indiretamente as pessoas que têm mais poder de consumo. Esse é um ponto importante da reforma.

Outro ponto importante da reforma é o que diz respeito à mudança estrutural que está sendo feita no Brasil. Quando pensamos em mudança estrutural, temos fomento ao empreendedorismo, à criação do emprego e ao desenvolvimento. É isso que o Imposto sobre Valor Agregado (IVA) Dual está se propondo a fazer. Quando tem uma legislação simplificada, princípio da neutralidade, que é o valor adicionado, que está até no dispositivo do Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 68, artigo 2º, que diz que o consumidor não tem, pelo simples fato da tributação, endereçamento de consumir esse ou aquele produto, tendo em vista que a alíquota é a mesma, sob o valor adicionado. Em segundo lugar, a neutralidade econômica é também para os negócios e para as empresas, na medida em que temos tributação no destino, ou seja, afasta-se a questão da atração pela guerra fiscal, em que um estado acaba atraindo investimento às custas de outros estados.

Pontos importantes que eu gostaria de colocar: base ampla, bens materiais, direitos e serviços, de modo que não tenhamos mais essa discussão do que é serviço e mercadoria, sim-

plificando o nosso tema tributário. Sobre os investimentos, temos tratamento favorecido e devolução imediata dos investimentos pelo crédito. Hoje, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), por exemplo, tem 48 meses para fazer a devolução do valor gasto em tributos com bens e capital. Isso vai acabar no Brasil, favorecendo essa simplificação. Segundo ponto: redução do resíduo tributário, que é muito importante para o exportador. Quando temos regimes cumulativos, e não só é o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) como regime cumulativo que não dá direito à devolução daquele crédito dentro da cadeia, mas também o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), dependendo da forma de estruturação, também acabam ficando dentro do custo do produto. Para a exportação, isso é um problema e isso também vai ser eliminado. Esse fator de busca de melhoria das condições de produção no Brasil vai facilitar. Se prevê que, em torno de 15 anos, tenhamos um incremento do PIB até de 20%. Isso faz com que tenhamos crescimento econômico, emprego e redução e aplicação da justiça fiscal pela melhoria do ambiente de negócios e do trabalho.

Outro princípio que eu gostaria de colocar é a questão da cooperação. É praticamente inédito no mundo o que estamos fazendo, pois, pelo princípio federalismo, é difícil fazer um Imposto IVA em estados federativos. Temos os exemplos do Canadá e da Índia, mas é mais difícil. Estado centralizado é muito mais fácil, quando se tem um imposto, que é o IBS, que é compartilhado no destino. Então, a lei complementar não está regulando, como a Lei Kandir, por exemplo, que estava regulando o ICMS. Ela, simplesmente, está instituindo o IBS, e de maneira com que se tenha todo um cuidado dessas relações para não tolher as emissões tributárias e, ao mesmo tempo, dar efetividade, coordenação e coerência a esse sistema através do comitê gestor, que é a entidade responsável pela aplicação do princípio do destino e do redirecionamento da receita entre os entes. Este é um órgão que está sendo criado pela Emenda Constitucional e pelo PLP nº 108, que contém a participação de estados e municípios, em que nós vamos ter uma entidade que vai se encarregar de duas coisas importantes: o creditamento, ou seja, separar o valor do creditamento, e o creditamento amplo, do regime não cumulativo do creditamento.

Hoje, tudo dá crédito e não há problema do crédito físico estar colocado na produção ou não, como no caso do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Tudo dá crédito, menos o bem de uso, de serviço de consumo pessoal. Logo, temos esse comitê gestor gerando esse sistema. Automaticamente, ao final, dentro da cadeia, a tributação do débito gera um crédito para quem está comprando, então ele é neutro. Ao final da cadeia, nós temos o crédito que vai ser direcionado ao consumidor final, por uma razão muito simples, é ele que, na verdade, está arcando com o tributo e que mora naquele local, que consome produtos, serviços e tem o custo todo do Estado que mantém aquela população. Por isso, o princípio do destino, evitando todas as questões complexas no que diz respeito ao ICMS.

Dentro do disposto, eu também gostaria de colocar um aspecto relativo ao imposto de renda. A reforma do imposto de renda, embora tenha havido um dispositivo constitucional dizendo que ela teria que ser apresentada em 90 dias, vai ser apresentada, provavelmente depois, da aprovação das leis complementares que vão dispor sobre CBS e IBS. É importante dizer que o próprio governo tomou ações, através de medidas isoladas, ou tentando combater iniquidades, como o fundo fechado, que praticamente não recolhia tributo, só no final, e na tributação das empresas *offshore*, dando um tratamento igualitário entre essas empresas no país e nas demais legislações do mundo. São medidas pontuais para corrigir injustiças e problemas e não aumentar a carga tributária. A carga tributária em 33%, acho que é consenso, está no seu teto, mas a correção de desigualdades é muito importante. Assim, na reforma tributária sobre a renda, para que possamos ter o endereçamento de parte desse valor para ter uma redução da contribuição sobre a folha, que também é um pouco agressiva, e trabalha contra o emprego, teríamos que ter uma redução desse tributo também.

Pergunta do público

Eu concordo com a professora Misabel e com o deputado Pedro Paulo, porque essa reforma é uma grande aventura, um mergulho no escuro. Nós estamos colocando em uma entidade representativa, que é um comitê gestor, o poder de cuidar da arrecadação, da partilha do recurso, do contencioso tributário e da devolução de créditos para contribuinte. Então, com certeza vai ficar pior em termos de IBS. A incerteza é muito alta, o risco é muito alto para os estados e municípios e a gestão centralizada em Brasília vai ser um caos. Quem já passou por uma Secretaria de Fazenda municipal ou estadual sabe do que eu estou falando.

Eu só queria fazer esse comentário geral e fazer uma pergunta: o comitê gestor, a seu ver, fere o Pacto Federativo, como disse o professor Paulo de Barros Carvalho?

Fernando Mombelli

Eu queria aproveitar a oportunidade e falar do princípio da transparência na reforma tributária, colocação da alíquota por fora, de modo que o contribuinte saiba já que o custo do Estado vai ser 26,5%, 27%, 25%. Isso é o tamanho do Estado. A sociedade tem que saber o tamanho do Estado que ela quer. Em segundo lugar, a simplificação proposta é complexa e difícil, são mais de 60 bilhões de documentos fiscais ao ano que tem que ser trabalhados, mas a proposta é essa. O empresário não tem que se preocupar em fazer Imposto Seletivo Federal (ISF), em fazer declaração de corrupção de dívida. Ele simplesmente trabalha com as notas que está adquirindo e emitindo. Esse cotejo vai ser feito pela emissão tributária e apresentado em tempo real para ele, conversando com os meios de pagamento. Essa é a ideia que se propõe na reforma.

Misabel Abreu Machado Derzi



Professora da
Universidade Federal
de Minas Gerais.

Eu quero dizer que eu me considero derrotada. Como dizem alguns norte-americanos, o federalismo é bom nos Estados Unidos porque experimentação e experimentalismo em federalismo podem ser feitos usando apenas um Estado que queira inovar dentro da sua autonomia. Em um modelo como este, é como se nós mergulhássemos no escuro, em uma experimentação muito forte e muito profunda.

Eu quero dizer que eu me sinto derrotada porque eu sou federalista e, sabendo que, com a reforma, os Estados e os municípios perderam recursos, autonomia de escolha de políticas públicas e vão concentrar recursos e poder em mãos da União, eles perderam a chave do cofre. Eles não têm nem mesmo a chave do próprio cofre. Se entregou tudo a um comitê gestor, que vai regulamentar, ou seja, quem legisla e decide a política é a União, por meio das leis complementares. A União legisla, o comitê gestor regulamenta, arrecada e redistribui o que toca a cada Estado e município.

O norte-americano Louis Brandeis disse que pode-se ter profundas desigualdades sociais e ter democracia. Nunca po-

deremos ter as duas coisas ao mesmo tempo. A Constituição de 88 sabe disso e escolheu entre dois princípios: o velho princípio da neutralidade, *"leave them as you find them"* ("deixe-os como encontrá-los", em inglês) – ou seja, legisladores não interfeririam nas relações, não redistribuiriam a renda, deixariam as coisas como estivessem – e o dever de reduzir as desigualdades, extinguir a miséria, fomentar o desenvolvimento regional e local, defender os nossos biomas e adotar uma política desenvolvimentista. Não tenho dúvida de que a União optou por uma democracia social, por uma justiça social e por um federalismo cooperativo. Eu não sei se poderemos ter federalismo cooperativo. O federalismo, com este modelo, levou um baque. O federalismo, na sua essência, está perdido, mas não podemos perder o federalismo cooperativo.

Como vamos ficar com um comitê gestor, em que temos representação paritária dos estados e dos municípios, mas o quórum de decisão é dos mais ricos. Logo, no comitê gestor vai prevalecer a vontade dos estados mais populosos, que, coincidentemente, são os mais ricos. É mais de 50% da população brasileira. São Paulo, Rio de Janeiro, Minas e Rio Grande do Sul comandam. Tudo tem que ser movido em nome da justiça social. A reforma tributária, em um ponto acertado, passou a arrecadação nas operações interestaduais e intermunicipais para o destino, ou seja, hoje, os estados mais ricos se apropriam de grande parte do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e os municípios do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), em detrimento dos municípios e dos estados mais pobres. Essa é uma justiça que São Paulo devia ao Brasil há muitos anos. Estima-se que 25% do ICMS arrecadado em São Paulo são pagos pelos consumidores mais pobres de outros estados. Isso foi compensado com esse quórum. Então, o comitê gestor é dos mais ricos, em um país de profunda desigualdade social, onde teríamos que ter federalismo cooperativo.

Como é hoje? Apesar de toda a nossa injustiça, hoje, é por unanimidade, como na Comunidade Europeia. Nenhuma decisão tributária, que é de alta relevância, pode vingar, a não ser por unanimidade. No Brasil é assim hoje. No futuro, não será. Então, vamos ter um quórum diferente, em que os mais ricos, efetivamente, mandam, porquanto os estados estão quietos, não se perceberam, fiados em um fundo de com-

pensação às suas perdas econômicas. No entanto, isso vai acabar. Quando eles se ressentirem, eu já estou prevendo uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) para mudar o quórum, para que não haja injustiça entre os estados.

Este ponto, sobre federalismo e justiça social, é de tão grande relevância, que se as injustiças regionais persistirem, corre-se o risco da desintegração territorial. Isso coloca em risco a integridade territorial brasileira. Se, hoje, com este projeto, todo o Norte e Nordeste se unirem para fazer prevalecer a sua vontade no comitê gestor, não conseguirão, porque não fazem juntos a metade da população brasileira. É isso que nós estamos fazendo. Ninguém há de me convencer que isso está certo.

Pergunta do público

Eu concordo com a professora Misabel e com o deputado Pedro Paulo, porque essa reforma é uma grande aventura, um mergulho no escuro. Nós estamos colocando em uma entidade representativa, que é um comitê gestor, o poder de cuidar da arrecadação, da partilha do recurso, do contencioso tributário e da devolução de créditos para contribuinte. Então, com certeza vai ficar pior em termos de IBS. A incerteza é muito alta, o risco é muito alto para os estados e municípios e a gestão centralizada em Brasília vai ser um caos. Quem já passou por uma Secretaria de Fazenda municipal ou estadual sabe do que eu estou falando.

Eu só queria fazer este comentário geral e fazer uma pergunta: o comitê gestor, a seu ver, fere o Pacto Federativo, como disse o professor Paulo de Barros Carvalho?

Misabel Abreu Machado Derzi

Eu acho que fere o Pacto Federativo Cooperativo. A cooperação é um princípio. É uma contradição em um comitê gestor, em que os estados mais ricos e mais populosos comandam. Eu não sei como nós podemos pensar em justiça social, em equidade, se o quórum e o comando estão nas mãos dos estados mais ricos e mais populosos. Agora, se o senhor me pergunta se o Supremo Tribunal Federal (STF) vai declarar isso incondicional, não vai. Na minha avaliação, infelizmente, vai ser muito difícil.

Eu acho muito problemático o que se coloca. Isso não vai trazer solução nenhuma. Nós temos um preconceito no país e achamos que colocar tudo em uma uniformização federal resolveria os nossos conflitos. Hoje, há uma grande litigiosidade do Poder Judiciário. A questão do litígio e da alta litigiosidade não ocorre só nos âmbitos esta-

dual e municipal. É só observar os tributos federais, os dissensos federais, a não cumulatividade do IBS e do CBS e a briga por causa de insumos diretos e indiretos na produção. Por que esse preconceito e colocar culpa em estado e município? O Brasil não vai entrar na paz e ficar sem conflito nenhum. Não é verdade, *data venia*, porque os fatos são outros. Por isso, eu temo, sim.

Carmen Silvia Lima de Arruda



Desembargadora no
Tribunal Regional Federal
da 2ª Região.

Nosso papel é ponderar, equilibrar essa balança e tentar chegar a um denominador comum. Eu começo dizendo que acho que nós já estávamos derrotados e mergulhados no escuro. O que nós temos pela frente ainda não sabemos o que será, se viveremos uma experimentação, o fato é que vivemos 30 anos em um regime que se provou um caos. A prova disso é que um terço dos processos, hoje, no Judiciário, na parte do Direito Público, são relativos às questões tributárias. Se existe um assoberbamento das varas tributária e de fazenda pública, 80% se devem às questões tributárias, que são complicadíssimas e, muitas vezes, os créditos inexecutáveis.

Então, vivemos uma eterna tentativa de solucionar as execuções fiscais, o acervo, as pendências, as ações diretas de inconstitucionalidade ainda depois de 30 anos de Constituição. Acho que já que fomos derrotados, eu gostaria de ter esperança. Dizem que o 11º mandamento, se tivéssemos que criar um, seria esperança.

Eu gostaria de ter esperança nessa reforma, que estamos todos aprendendo ainda. O Judiciário está se empenhando nesse papel de aprender o que vem

pela frente. Me parece que vem com o espírito de um pacto. Foi aprovado no Congresso e sabemos que tem imperfeições. Nenhum sistema seria perfeito. Decidimos adotar o Imposto sobre Valor Agregado (IVA) dual como um pacto por um Brasil melhor. Nesse espírito de aprendizado, é o que temos. Temos já a reforma aprovada, estamos lutando pelos projetos de lei complementar, como eles vão sair, mas essa é a realidade.

Dentro dessa realidade, o que me traz mais esperança são os princípios que foram colocados. Temos o princípio da simplicidade, da transparência, que é um princípio, para mim, caríssimo. Eu acho que para todos nós deve ser. Talvez, se a Receita Federal explorasse esses dois princípios, da simplicidade e da transparência, o contribuinte sabendo o que vai pagar, de que forma vai pagar, isso pudesse nos trazer um grande avanço. Por que precisamos avançar? Nós precisamos, efetivamente, de investimento, que só vai vir com segurança. A segurança se traduz em previsibilidade, estabilidade, e só vai vir com transparência. Nós precisamos simplificar o sistema. Nós temos, agora, um arcabouço com esses novos princípios, da neutralidade e da justiça social, por exemplo, que são princípios consagrados internacionalmente. Se conseguirmos trilhar por esse caminho, acho que, talvez, consigamos chegar a um fim melhor do que estamos hoje, com todas essas dificuldades do federalismo.

Que federalismo era esse? Que autonomia os municípios têm, hoje, que vivem de repasse, de fundos? Os municípios ficam mendigando o tempo todo e não dão conta das suas despesas. Acho que, talvez, seja melhor tentarmos uma simplificação, uma clareza, um controle e fazer com que, de fato, os municípios vivam com os impostos que ainda têm e deem conta em um novo pacto. No pacto que existia, a autonomia dos 5.500 municípios não existia. Transparência, então, nos municípios menores, também não existia. Hoje, nós pegamos os painéis de transparência dos municípios e vemos que eles não têm transparência. Os dados não são informados. Aliás, eles sempre são excepcionalizados pela Constituição. Municípios pequenos não precisam prestar contas, praticamente é isso que a Constituição diz. Para onde vai o dinheiro dos municípios? Então, eu acho que, com o pacto, hoje, vamos ter transparência, segurança, fazer com que o investidor saiba qual é a regra do jogo, como ele investir e, talvez, assim consigamos ter um desenvolvimento sustentável.

Os princípios da proteção ambiental é um que eu acho que vamos conseguir evoluir. Nós temos que compatibilizar o novo sistema tributário, a proteção do meio ambiente, a era de digitalização e de introdução de inteligência artificial, ou seja, estamos mergulhando em uma nova era e temos que entender que as energias são outras. Nós também vamos alterar as formas, as matrizes energéticas. Então, são muitas novidades. Eu acho que o modelo novo vem bem, se houver esse pacto. Já se falam em inconstitucionalidades na própria reforma e nas leis complementares que, certamente, terão. Eu acho que tem que haver um espírito. O princípio da cooperação que está no sistema tributário tem que vir dentro de cada um de nós, que vamos ter que fazer o nosso papel e entender que vamos mudar esse sistema. A Fazenda e a Receita Federal também têm que entender que o uso da inteligência artificial, que se promete, principalmente na questão do *split payment*, que é difícil, mas fala-se como se fosse uma coisa simplíssima. Nós sabemos que não é assim e que temos que consultar os contribuintes. Eles também têm que ser parte nessa discussão. Afinal de contas, é um modelo novo, é uma promessa nova que a Receita está fazendo, mas temos que entender se isso vai ser factível. Ademais, para tanta simplificação que a Receita promete, obviamente, também temos que nos preocupar com os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes. Quando falamos naqueles bancos de dados, que todos os entes vão ter os dados dos contribuintes acessíveis, mas esses dados estão protegidos? Existe uma garantia dos direitos fundamentais dos contribuintes? O nosso papel vai ser proteger os contribuintes e as garantias individuais e tentar dar um pouco de segurança jurídica. O nosso papel é tentar observar os precedentes judiciais com mais ênfase, para que construamos uma jurisprudência tributária mais segura para os contribuintes.

Eu acho que temos o dever de entrar nesse sistema híbrido, de *common law* e *civil law*, com mais força. O sistema tributário atual é um grande pacto, que cada um vai ter que fazer a sua parte. No fundo, o princípio da justiça fiscal, também entre os novos princípios, significa mais equidade. Nós temos que lembrar que os investimentos, o desenvolvimento sustentável, todo objetivo do Estado brasileiro na arrecadação é pensado para a diminuição das nossas desigualdades. Nós temos muitas desigualdades, quando nós pensamos em um Brasil que tem uma população com Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) em determinadas regiões tão baixas ainda, ainda temos analfabetos no Brasil. É difícil entender como o Brasil pode ser tão sofisticado, fazer um sistema de *split payment* e conviver com essa desigualdade de analfabetismo. Como vamos solucionar isso através da justiça fiscal? Como vamos chegar a uma justiça social através da justiça fiscal? O princípio do destino vem em boa hora, porque já se provou também que cobrar na origem, durante 30 anos, não resolveu a nossa desigualdade. Então, talvez, seja hora de dar uma oportunidade para o princípio do destino, pois, assim, pagando no destino, consigamos chegar nas regiões onde o IDH seja mais baixo, usando o *cashback* e os incentivos de cesta básica.

Eu acho que essa reforma como um grande pacto social. Assim que eu gostaria de ver. É um grande pacto social por diminuição de desigualdade. Eu não gostaria de me ver mais sentada em uma mesa falando de Receita Federal com *split payment* elaborado por inteligência artificial, sabendo que temos brasileiros analfabetos. Isso é uma contradição absurda que vivemos no Brasil, de uma evolução de inteligência artificial absurda e de um analfabetismo que vive em um abismo. Essa reforma vem como, quem sabe, uma esperança.

Pergunta do público

Eu concordo com a professora Misabel e com o deputado Pedro Paulo, porque essa reforma é uma grande aventura, um mergulho no escuro. Nós estamos colocando em uma entidade representativa, que é um comitê gestor, o poder de cuidar da arrecadação, da partilha do recurso, do contencioso tributário e da devolução de créditos para contribuinte. Então, com certeza vai ficar pior em termos de Imposto sobre Bens e Serviços (IBS). A incerteza é muito alta, o risco é muito alto para os estados e municípios e a gestão centralizada em Brasília vai ser um caos. Quem já passou por uma Secretaria de Fazenda municipal ou estadual sabe do que eu estou falando.

Eu só queria fazer esse comentário geral e fazer uma pergunta: o comitê gestor, a seu ver, fere o Pacto Federativo, como disse o professor Paulo de Barros Carvalho?

Carmen Silvia Lima de Arruda

Não é que eu esteja feliz com tudo isso, porque parece que a nossa competência federal nas varas federais só vai aumentar. Talvez, grande parte dessas discussões relativas ao comitê venha para nós. Então, teremos uma enxurrada de trabalho, e não vai ser culpa nossa, pois a judicialização não é culpa do Judiciário.

Nós sabemos que o Rio de Janeiro tem a melhor rede de ensino primária do Brasil. Isso é uma bênção que temos no Rio de Janeiro, então só temos a parabenizar a Prefeitura do Rio, mas temos muito no que avançar.

MESA XVIII

18

MODERADOR - RAFAEL PIMENTA¹

ARBITRAGEM NA ECONOMIA GLOBAL: AS DORES DO CRESCIMENTO

¹ Advogado.

Rafael Pimenta



Sintam-se todos cumprimentados, eu faço na pessoa do ministro Luis Felipe Salomão, a quem passo a palavra para a abertura deste seminário, "Arbitragem na Economia Global, as dores do crescimento".

Advogado.

Luis Felipe Salomão



Vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, corregedor nacional do Conselho da Justiça Federal, coordenador do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV Justiça.

Todos os participantes da mesa conhecem bem o tema, é bastante relevante falar sobre arbitragem no mundo de hoje, e seria também um truísmo afirmar das mudanças que a sociedade vem experimentando ao longo deste período, sobretudo, nos últimos 10 anos. Eu acho que é desnecessário sublinhar essas transformações, mas isso passa um pouco despercebido por alguns juristas, mas outros, sobretudo os alemães, já pensavam nessa transformação havia bastante tempo e avaliavam os impactos das tecnologias, das mudanças e transformações da própria sociedade. Eles avisavam dessa progressiva transnacionalização que vinha acontecendo em um processo avançado, no qual os contratos eram globalizados, os costumes eram também sistematizados em blocos. Essas transformações corriam como uma espécie de ordem espontânea na direção de uma transformação do Direito, que vinha em ritmo acelerado, mas parou pela pandemia. Durante a pandemia, alguns autores até falavam em *slowbalization*, em globalização moderada ou flexibilizada, mas, pelo que vemos, a coisa retomou absolutamente em um estado de normalidade e é nesse processo de transnacionalização, de transformação por uma certa ordem espontâ-

nea que contribuía para derrubar fronteiras, regras e estados, que ganha corpo a arbitragem. As limitações não se estabelecem mais com fronteiras. Elas transpassam esses limites, como a criptomoeda, que não tem um Banco Central para regulamentar, e alguns procedimentos de *compliance*, que a iniciativa privada já vem adotando, como autocontenção, os sistemas de justiça desportiva que prescindem da atuação ou da intervenção estatal. É nesse contexto que ganha fôlego a arbitragem.

No caso brasileiro, não só a arbitragem já vinha em uma corrida, como todas as soluções adequadas de conflito. Nós começamos mais tarde, se comparados a outros países. Nós começamos décadas atrás, mas a retomada foi muito forte e, no caso da arbitragem, que é um caso de sucesso, depois que o Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou a constitucionalidade da lei, explodiu em termos de valores e em termos de número de arbitragens. As pesquisas nessa área são muito difíceis, devido à confidencialidade, mas ela é um caso de sucesso e se expandiu, hoje, para muitos negócios. Ela, efetivamente, é uma forma obrigatória de solução de conflitos. A arbitragem, dentro desse contexto mundial – e no caso brasileiro, em especial –, teve um avanço muito grande e é esse cenário que eu queria colocar para podermos refletir.

No Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas, a FGV Justiça, nós fizemos três linhas de pesquisa sobre esse tema. Nesse centro de pesquisa, que desenvolve pesquisas de variadas naturezas, sempre na ideia de contribuir para o funcionamento do sistema de justiça, porque uma das poucas coisas que temos certeza é que, no Brasil, nós não aplicamos soluções com base em dados concretos. Prevalece-se a ideia do “achismo”. Na FGV Justiça, nós fizemos, nessa área de soluções adequadas, três pesquisas. A primeira delas é a *On-line Dispute Resolution* (ODR). Nós avaliamos os sistemas de vários tribunais sobre o funcionamento e a aplicação da Resolução nº 358, que é do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que fala sobre tecnologia nas soluções de mediação e arbitragem. A segunda linha de pesquisa foi objeto da nossa intervenção. Eu e o Peter Sester fizemos essa análise, junto com as pesquisadoras, sobre as ações anulatórias das sentenças arbitrárias. A terceira linha de pesquisa foi sobre o *Dispute Board*, que são, hoje, as soluções mais adequadas para os contratos maiores de infraestrutura, para soluções práticas, mais efetivas, que não pa-

ram uma obra de um tamanho gigante, com liminares, com concessões de decisões judiciais, com judicialização, e, com isso, conseguem cumprir o contrato. Essas são as linhas de pesquisa da FGV sobre as soluções adequadas de conflito.

A primeira pesquisa, que envolve as ODRs, é com base na Resolução nº 358 do CNJ, que criou o Sistema Informatizado para a Resolução de Conflitos (Sirec), que são soluções tecnológicas para resolução de conflitos. Nós avaliamos dados de 16 Tribunais de Justiça, 11 Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e seis Tribunais Regionais Federais (TRFs). A conclusão que mais me pareceu razoável é que uma boa parte, se não a grande maioria dos tribunais, não tem uma formatação nacional para soluções adequadas de conflito. Seria muito bom que o CNJ pudesse se debruçar sobre esse assunto. Nós avaliamos também quais os temas que mais são submetidos a essas soluções naqueles tribunais que têm arremedos de mediação, de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), de atuação nessa área com o uso da tecnologia. Os temas mais frequentes são família e consumidor. São os dois que travancam, hoje, as demandas no Poder Judiciário.

A segunda linha de pesquisa é sobre as ações anulatórias de 2018 até 2023. Nós avaliamos nessa pesquisa 358 apelações e 31 recursos especiais. A conclusão também, muito objetiva, é que só em 3% desses casos houve anulação por parte do Judiciário. O Judiciário prestigia as decisões proferidas nas sentenças arbitrárias. Aliás, é também um outro truísmo dizer que quem efetivamente contribuiu para a efetividade das arbitragens foi o Superior Tribunal de Justiça (STJ), com uma caudalosa jurisprudência de reforço dos vários princípios estabelecidos na Lei de Arbitragem. Não por acaso, eu fui escolhido efetivamente como integrante do STJ para presidir a comissão de juristas que atualizou a Lei de Arbitragem e criou o Marco Legal da Mediação. Ontem, por sinal, completaram-se 10 anos da Lei da Mediação e da atualização da Lei de Arbitragem. Eu coordenei uma equipe de extraordinários juristas sobre esse tema e se produziu uma legislação muitíssimo avançada em linha com o que acontece no mundo inteiro. Essa pesquisa só confirmou isso, ou seja, que o Judiciário prestigia o sistema de arbitragem.

A última é aquela relativa ao *dispute board*. É um tema muito novo ainda para nós. Alguns advogados resistem à sua aplicação e há algumas situações em que o próprio poder público não quer entrar nessa forma de resolução de conflitos, porque ela tem um custo, talvez, um pouco mais elevado do que a arbitragem, mas vem funcionando bem. Nessa pesquisa, nós avaliamos 54 decisões que tocam direto ou indiretamente, nesse tema que é o seu objeto de estudo também pelo Tribunal de Contas da União (TCU) e que vem fazendo um trabalho extraordinário nesse ponto. Cada intervenção do Estado, seja pelo Judiciário, seja pelo TCU, seja por quem for, na estrutura do con-

trato, gera um desequilíbrio, um atraso e consequências financeiras. Nós não estamos falando de pequenos contratos, mas de contratos de construção de metrô, de construção de estradas, de contratos de infraestrutura, de modo que essa possibilidade de solucionar os litígios adequadamente são as mais relevantes. Dessas 54 decisões analisadas, que tangenciam o tema, 100% delas prestigiaram a solução encontrada pelo *Dispute Board*. Como nós sabemos, existe um comitê no CNJ criado pela Portaria nº 142, que busca acompanhar a resolução de disputas judiciais que tratam de infraestrutura, porque, justamente, podem ocasionar para os Estados ou para a União um prejuízo muito grande, com obras paradas de construção de escolas e hospitais. Há uma série de consequências financeiras e sociais também com o atraso das obras. Então, essas decisões foram todas mantidas. Quando se constitui o painel do *Dispute Board* - é um painel muito interessante porque pode ser composto por técnicos, profissionais da área do Direito etc. - pode-se convencionar que as decisões do painel arbitral sejam decisões vinculantes ou decisões ainda que não tenham vinculação. Também pode-se convencionar que aquelas decisões vinculantes ou não do painel arbitral sejam proferidas ao tempo em que vai andando a obra ou somente no final para a solução do contrato. Então são propostas bem interessantes.

Gustavo Schmidt



Procurador do Município do
Rio de Janeiro e Professor da
Fundação Getulio Vargas.

A escolha dos temas do XII Fórum tem sido fantástica e, sem sombra de dúvida, o tema deste painel é atual, palpitante e o título da mesa é revelador. As dores do crescimento, de um lado, revelam um case de sucesso, que é a arbitragem. O Brasil chegou a ser o segundo país do mundo com maior contingente de arbitragens, o que é revelador do abraço que a classe empresarial como um todo deu na arbitragem no Brasil, mas existe um outro lado da história que é o desafio que envolve as dores do crescimento, que são verdadeiras. Algumas arbitragens têm demorado mais do que deveriam. Em alguns casos, há um questionamento relevante sobre os árbitros escolhidos, que, muitas vezes, não são especialistas no tema. Essas dificuldades precisam ser sopesadas pela doutrina, pela jurisprudência e pelo Parlamento para se pensar, sobretudo, em ajustes de rota, e não em modificações radicais. É um instituto que, no final, funciona e, exatamente por isso, merece simplesmente reflexões de como é possível o seu aperfeiçoamento.

Nesse sentido, nós vemos alguns movimentos acontecendo no mundo da arbitragem e eu vou falar de três. Primeiro, o Projeto de Lei (PL) nº 3293 de 2021, de

relatoria da deputada Margarete Coelho, que está parado no Congresso Nacional, mas que traz uma série de propostas de modificação e, entre elas, a mudança no parâmetro do dever de revelação de dúvida justificada para dúvida mínima, e isso é uma questão para se refletir. Segundo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 1050, proposta no Supremo Tribunal Federal (STF), com o objetivo de estabelecer parâmetros para o exercício do dever de revelação. Ela foi recebida com uma ação direta de inconstitucionalidade e está pendente de julgamento. É um tema igualmente relevante a ser considerado. Por último, o julgamento, concluído no dia 19 de junho de 2024, do caso Brandão & Valgas, que contou, inclusive, com o voto do ministro Humberto Martins, em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por três votos a dois, ou seja, em um julgamento apertadíssimo e que não necessariamente reflete a orientação final do STJ, estabeleceu uma primeira premissa importante no campo do dever de revelação, que é a de que a eventual falha no exercício desse dever de revelação não induz automaticamente a anulação da sentença arbitral. O STJ, por maioria de votos, vencedor o voto de relatoria da ministra Nancy Andrighi, entendeu que, não tendo sido revelado determinado fato e sendo identificado, tendo havido a falha no exercício do dever de revelação, cabe à Justiça Estatal, quando questionada sobre o assunto, aferir a gravidade daquele fato e o quanto que ele, efetivamente, impacta na independência, na imparcialidade do ato escolhido para a causa.

Eu vou fazer algumas reflexões sobre o dever de revelação, a sua extensão e como ele deve ser examinado em situações em que haja arguição de recusa do árbitro ou proposição de ação anulatória. O que é o dever de revelação? O dever de revelação é um dever instrumental. Ele é um instrumento para assegurar que o árbitro escolhido tenha a necessária independência e imparcialidade para julgar a causa. Ele não é um fim em si mesmo. A preocupação, quando o legislador no artigo nº 14 criou ou estabeleceu a figura do dever de revelação, obviamente inspirado nos parâmetros introduzidos pela Lei Modelo da Uncitral e pelas principais legislações mundo afora, a preocupação foi assegurar que, no final, aquele árbitro escolhido tivesse esse predicado necessário de julgar a causa com independência e imparcialidade. Primeira questão e primeira reflexão em aberto: é conveniente a alteração legislativa proposta pelo PL nº 8293 de 2021, que se propõe a alterar o conceito de dever de revelação, estabelecendo que deve ser

revelado todo aquele fato que denote dúvida mínima a respeito da imparcialidade ou independência do árbitro? Ou é melhor manter a redação atual, que estabelece que o dever de revelação tem que ser exercido quando o fato denote dúvida justificada sobre a independência ou imparcialidade do árbitro? Me parece que essa alteração não é conveniente, aliás, é bastante inconveniente. Ela não segue os parâmetros internacionais. A legislação brasileira, quanto a esse assunto, segue o parâmetro dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e segue as boas práticas internacionais. Então, mais importante do que se instituir um novo parâmetro, que não tem precedente, jurisprudência, nem construção pretoriana na arbitragem internacional, é estabelecer parâmetros sólidos para esse que existe na legislação brasileira, que é a necessidade de se revelar apenas aqueles fatos que denotem dúvida justificada quanto à independência ou à imparcialidade do árbitro.

Qual é a extensão do dever de revelação? Todo fato tem que ser revelado? Nós temos um congresso em Lisboa, com cerca de 3 mil inscritos, mais de uma centena de palestrantes, pessoas que se encontram, que ocasionalmente estão em um evento social, que jantam em determinada circunstância. O árbitro indicado não vai precisar revelar no momento da sua escolha todas as suas conexões profissionais, todos os encontros que ele teve em evento social? Me parece que isso é uma demasia e até incompatível com a própria lógica da arbitragem. As comunidades jurídica e arbitral são comunidades ligeiramente reduzidas. Se todo mundo tiver que revelar tudo, se tudo for causa de impedimento, não vamos ter árbitro suficiente sequer para julgar a causa. É um problema, um imperativo, de ordem prática até. Que tipo de fato tem que ser revelado? Aqueles fatos que, efetivamente, geram conflitos de interesse e situações dotadas de algum grau de gravidade que denotam a quebra da independência e da imparcialidade do árbitro.

A segunda reflexão importante é que existe um dever de investigação por parte daqueles que estão no polo passivo ou ativo de um litígio arbitral. Esse é um nome até bastante ruim e que tem sido empregado pela doutrina, mas que é muito questionável. Talvez a melhor expressão fosse falar em dever de colaboração, dever de boa-fé processual, no sentido de que sabemos como funciona a boa prática da arbitragem. Nela, quando, em uma causa de uma disputa milionária ou bilionária, o que fazem as partes no momento da nomeação dos árbitros? Fazem uma *due diligence* prévia, mínima, para apurar qual é o árbitro que está sendo escolhido e nomeado, para ver quais são as convicções jurídicas dele, quais são as conexões que ele tem. Isso é tão fácil e intuitivo. Olha-se o LinkedIn, o Facebook e o Instagram. Busca-se as informações que são acessíveis. Olha-se o currículo do árbitro, as publicações dele, se ele leciona em uma universidade ou não. Esse dever de investigação existe, que é um dever de colaboração, de boa-fé processual. Por que é tão relevante? Qual é a preo-

cupação que tanto as instituições arbitrárias como a Justiça Estatal têm que ter? A de se evitar, de ser bastante rigoroso, com uma eventual tentativa de manipular o procedimento arbitral, de criar a figura da nulidade de algibeira, a guarda de trunfo, aquela situação em que a parte faz a investigação prévia, identifica uma situação específica, deixa aquilo guardadinho na gaveta até o dia em que sai vencido em um procedimento arbitral e traz esse tema como uma grande novidade para tentar anular o procedimento. Essa é uma preocupação muito grande a Justiça Estatal que tem que ter para evitar esse tipo de estratégia de guerrilha.

Por último, eu passo para uma tentativa de estabelecer um critério temporal que pode auxiliar a Justiça Estatal nessa reflexão a respeito da ausência ou da falha do dever de revelação e, por consequência, nas situações em que os fatos forem graves ou suficientes, que importem quebra da imparcialidade, da independência do árbitro. Que critério interessante é esse? É um critério temporal. Aquelas situações em que o árbitro é questionado desde o marco zero da arbitragem, quando a parte já perquire, já pergunta sobre determinados fatos que, na percepção dela, rompem com a sua confiança em relação àquele árbitro, quando já há um questionamento no início do procedimento, a situação tem que ser vista de forma muito diferente daquelas hipóteses e casos em que o questionamento é feito de forma superveniente a partir de um fato que surge aleatoriamente mais adiante. Aquelas impugnações que são feitas *a priori*, logo no início do procedimento, na fase pré-arbitral, têm que ser examinadas tanto pela instituição arbitral como, mais adiante, na sua revisão pelo Poder Judiciário, de uma forma muito mais aberta, com o espírito aberto, reconhecendo que aquele questionamento foi feito de forma genuína e idônea. Ao passo que um questionamento feito de forma superveniente, quando o árbitro já revelou as suas tendências, as suas convicções jurídicas, já decidiu uma tutela de urgência, prolatou uma sentença arbitral, já, de alguma forma, colocou no procedimento as suas convicções sobre o direito material, nesse caso tem que haver uma preocupação muito maior da Justiça Estatal e das próprias instituições arbitrais para evitar uma manipulação do procedimento naquela linha e, eventualmente, se traziam uma guarda de trunfo, uma nulidade de algibeira ou uma tática de guerrilha para viabilizar a anulação da sentença arbitral.

Ana Serra e Moura



**Secretária-geral Adjunta
da Corte Internacional
de Arbitragem da
Câmara de Comércio
Internacional.**

O tema que nos ocupa é muito interessante. Quando ouvi a referência à economia global, pensei imediatamente no que faz a Câmara de Comércio Internacional (CCI), onde eu trabalho há 13 anos.

A Câmara de Comércio Internacional (CCI) foi criada em 1919, há mais de 100 anos, exatamente depois da Primeira Guerra Mundial, para promover o comércio internacional, de forma a proporcionar a paz e a prosperidade. Os fundadores da CCI, em cinco anos, em 1923, deram-se conta que não podiam promover o comércio internacional sem ter uma forma alternativa de resolução de litígios que permitisse a esses empresários focarem naquilo que melhor sabem fazer, negócios, e não na resolução de litígios, e nos muitos anos que poderiam estar a resolver esses litígios em tribunais judiciais, que, muitas vezes, nem se sabiam quais eram os competentes. Assim, a Corte de Arbitragem da CCI foi criada, em 1923, e o primeiro caso foi decidido nesse mesmo ano. Era um caso de qualidade de uma máquina de cardar, e nessa altura os árbitros eram todos empresários, tinham conhecimento da indústria mais do que de Direito.

Nestes 100 anos, muita coisa mudou. Estamos, hoje, falando destas dores de crescimento, que fazem parte do processo no Brasil e em todo o mundo. As críticas são saudáveis. A arbitragem é alicerçada na confiança das partes. Daí vem a sua legitimidade, na confiança que os próprios Estados deram à arbitragem ao permitirem às partes resolverem os seus litígios na justiça privada, em vez de os decidirem na justiça pública. Portanto, esse diálogo constante para melhorar o sistema é saudável. Precisa-se ter atenção a como vamos arranjar soluções para ultrapassar as dificuldades e as críticas. Há nove anos, o então presidente da Corte foi ao Brasil, no seu primeiro dia de mandato, e falou desse risco. Havia já uma crise importante na arbitragem de investimento, que é conhecida, e ele disse que havia um risco dessa crise contagiar um pouco a arbitragem comercial, se não fossem tomadas medidas que a prevenisse. Nesse mesmo discurso, ele anunciou que abriria um escritório da Corte de Arbitragem no Brasil, de forma a estar mais perto dos utilizadores da arbitragem locais e engajar esse diálogo com as autoridades locais.

A CCI administrou nestes 101 anos de História mais de 28 mil casos, que envolveram 120 cidades como sede de arbitragem. Portanto o Brasil ocupa algumas destas cidades, mas temos casos com 120 cidades no mundo como sede, 2.400 partes, 150 países diferentes. A nacionalidade dos árbitros é um tema muito importante para a arbitragem. Os árbitros obviamente ocupam um papel primordial em um processo arbitral e, portanto, todas as questões que tratam da sua independência e imparcialidade são chave. A CCI tem trabalhado para ajudar a ultrapassar algumas destas dificuldades relativas à revelação. É verdade que o Brasil chegou um pouco mais tarde que outros países, mas chegou com muita força. Em 2001, a CCI já tinha 28 partes do Brasil, majoritariamente arbitragens internacionais com sede fora do Brasil. Nesse mesmo ano, houve a declaração de constitucionalidade da lei. Em 2015, que foi o ano em que decidimos abrir o escritório, abrimos mesmo dois anos depois, mas já havia 91 partes brasileiras. Portanto, de 2001 até 2015, já houve um importante aumento destas partes. Em 2022, o Brasil ocupou a segunda posição mais importante de arbitragens da CCI, com 161 partes. Desde que abrimos o escritório, há cinco anos, já administramos 250 casos, 800 partes, 300 árbitros de nacionalidade brasileira, mas também 12 deles com nacionalidades estrangeiras. Esta também tem sido uma das soluções para fazer face a um au-

mento de conflitos que os brasileiros possam ter por vezes. Os 120 casos que temos em andamento têm em litígio mais de 85 bilhões de reais. Portanto, há um valor econômico bastante importante nos casos administrados pela CCI.

Estes 28 mil casos representam muita experiência. Eu estou há 13 anos na CCI e, muitas vezes, digo que já vi quase tudo o que nós podemos ver em uma instituição arbitral e me engano praticamente todas as semanas. Neste momento, eu só analiso as questões que são mais complexas. Há muita dessa experiência interna que, depois, se traduz em decisões que acabam sendo analisadas pelo Judiciário. Nós tentamos proteger aquela sentença arbitral, nós fazemos um escrutínio, uma revisão das sentenças arbitrais, e quando falamos de decisões que vão ao cerne da independência e da parcialidade dos árbitros e que sabemos que, no dia de amanhã, serão também analisadas pelo Judiciário. Um caso muito famoso foi o da PT Ventures, em que a Convenção de Arbitragem decidia que havia cinco árbitros e dava o poder à parte requerente de nomear um árbitro e à parte requerida de nomear três. Portanto, a Corte teve que tomar a decisão se respeitar este acordo das partes, a autonomia das partes, e não poderia prejudicar também um princípio primordial que é a igualdade das partes na Constituição do Tribunal Arbitral. A sede de arbitragem era Paris. Nunca um tribunal em Paris tinha decidido esta questão. Portanto, quando a Corte, muitas vezes, toma estas decisões, não sabe como elas serão analisadas quatro ou cinco anos depois pelos tribunais judiciais. Neste caso, acertamos e a Corte acabou por nomear todos os membros do Tribunal Arbitral, em vez de dar esse poder às partes.

Eu vou falar um pouco sobre o que a CCI tem feito para responder a estas dores de crescimento, às críticas que têm sido feitas por todo o mundo, não só no Brasil. Algumas são críticas relativas à eficiência do processo arbitral. Antes, dizíamos que a arbitragem era muito mais eficiente que resolver os litígios no Tribunal Judicial, que já não é assim. É preciso olhar para os dados e ver exatamente o que estamos falando. É verdade que há processos arbitrais que, hoje em dia, têm uma média de resolução de dois a três anos. Quanto tempo demorariam, dependendo de cada país, a serem resolvidos em um Tribunal Judicial? Ainda assim, para fazer face a estas críticas, muito tem sido feito no sentido de dar mais eficácia e mais celeridade ao processo arbitral. Hoje em dia, temos um mecanismo de resolução acelerado de litígios que se resolvem. Em seis meses, já tivemos mais de mil casos administrados assim, alguns com quantias de mais de 100 milhões de dólares, porque algumas questões são jurídicas, pontuais, de fácil resolução, que não necessitam de três anos, nem de prova pericial muito elaborada. Nós damos muito mais informação, e isto também é muito importante, relativamente a quem está atuando como árbitro na CCI. Isto é uma forma de dar igualdade às partes, de saberem quem são os árbitros, quem tem a experiência eficaz. Em relação à imparcialidade e à independência, a CCI incluiu na sua nota, que é muito detalhada às partes e aos

tribunais arbitrários, guias sobre os fatos e circunstâncias que, na sua experiência, devem merecer que aquele árbitro considere se devem ser reveladas. É uma guia não exhaustiva. Em caso de dúvida, é melhor revelar e, muitas vezes, nós recebemos chamadas de pessoas que não sabem se devem revelar um fato. Provavelmente, a parte vai querer saber, então, é melhor revelar. Uma revelação não significa que aquele árbitro não é independente ou imparcial. As instituições arbitrárias também estão lá para decidir se aquela impugnação é frívola ou se deve ser procedente, com o objetivo de proteger a execução daquela sentença arbitral. Para isso, nós trabalhamos todos os dias, muitas vezes, mais de 12 horas por dia.

Nós temos 1.700 casos em curso. No ano passado, a Corte decidiu 46 impugnações, em 30 casos. Portanto, a proporção é muito pequena. Nós gostamos de falar das coisas que podem gerar mais controvérsia, mas a verdade é que em 1.700 casos apenas 30 tiveram objeções de impugnação e só 8 foram acatadas. Publicamos, hoje em dia, sentenças arbitrais com o Acordo das Partes. A confidencialidade continua a ser muito relevante, mas há algumas sentenças totalmente publicadas. Nós fundamentamos as decisões da Corte, que também é muito importante para que as partes possam entender por que a Corte tomou aquelas decisões. Por último, incluímos também alguns parágrafos que tratam da ética daqueles que atuam em procedimentos arbitrários. É muito importante que se mantenha este ponto. Todos aqueles que atuam em procedimentos arbitrários devem obedecer aos mais altos padrões de ética.

Peter Sester



Professor do Centro
de Inovação,
Administração e
Pesquisa do Judiciário
– FGV Justiça.

Eu vou complementar um pouco a apresentação dessa pesquisa sobre arbitragem, que o ministro Luis Felipe Salomão citou. Depois, vou trazer alguns números sobre duas palavras-chave deste painel, economia global e crescimento.

Como fizemos a pesquisa? A pesquisa foi feita com palavras-chave em uma máquina de procura. Nós colocamos palavras-chave, como arbitragem e anulatório, em um banco de dados e apareceram, inicialmente, de 2 mil a 2.500 casos do Judiciário. Nós reduzimos pouco a pouco porque, muitos desses casos, não tiveram nada a ver com uma anulação. Ficaram 32, que representam esses casos. Então, somente em 3,2% dos casos que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou, anularam parcialmente ou integralmente. Na verdade, parcialmente, uma sentença arbitral. Isso significa que, em quase 97% dos casos, a sentença arbitral foi mantida. Isso é um número muito bom, até em comparação com outros países que são relevantes no âmbito da arbitragem, porque todos os países têm um número significativo.

Interessante para nós foi o resultado no Rio de Janeiro. Nos últimos anos, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não

anulou nenhuma sentença arbitral. No Brasil, o Rio é o segundo mais importante lugar para as arbitragens comerciais. Primeiro está São Paulo e, depois, o Rio de Janeiro. Então, podemos dizer que o Rio de Janeiro é, realmente, um ambiente muito seguro, muito favorável à arbitragem. Em São Paulo, nós tivemos que excluir esse de 27,8%, porque as palavras-chave aparecem em algum lugar, mas o objeto da decisão do Judiciário não tratou desse assunto. Onze por cento das sentenças arbitrais que chegaram ao Tribunal de Justiça de São Paulo foram anuladas. Esse número é o triplo das anulações no STJ, mas ainda é um número razoável. É um pouco mais elevado na comparação internacional, mas me parece razoável.

Nesse momento, comparar a arbitragem brasileira com a arbitragem internacional é um pouco complicado, especialmente considerando números. A arbitragem nasceu como uma ferramenta para solucionar conflitos que surgem no contexto de um contrato transnacional. No Brasil, a maioria das arbitragens são conflitos a respeito de contratos nacionais. Às vezes, tem um impacto internacional, mas, diferentemente de outros lugares, temos muito mais arbitragens domésticas do que em outros países. Além disso, tem um segmento do mercado, cada vez mais importante, que praticamente só existe no Brasil. São as arbitragens que têm a ver com companhias abertas. Na maioria dos países, essas arbitragens a respeito das companhias abertas são proibidas, ou não são arbitráveis. No Brasil são, e isso é um mercado relevante. Então, comparar os números é um pouco complicado. Temos que tomar muito cuidado.

Em São Paulo, também precisamos tomar cuidado com uma coisa. Há um sistema de arbitragem na Unimed que causou mais anulatórios que em todas as outras arbitragens. Então, nós trabalhamos com e sem o sistema Unimed. Olhando para o Brasil inteiro, tem alguns estados com um grande número de câmaras de arbitragens relativamente pequenas, especialmente em Goiânia, que tem um impacto negativo nos números do país inteiro. Precisamos levar isso em consideração. Em resumo, a respeito da nossa pesquisa, os números das anulatórias não são nada muito preocupantes. No STJ é fantástico e no Rio de Janeiro também. Em São Paulo, é um pouco mais elevado, mas também nada muito preocupante.

Agora, vou falar um pouco sobre o crescimento. Qual é o impacto da arbitragem na economia mundial? A arbitragem é um segmento da economia que faz parte da indústria de serviços, assim como a advocacia. Nos últimos 20 anos, tivemos um crescimento muito forte. Isso me surpreendeu quando vi essas estatísticas, que chegavam a 300%. Tivemos duas quedas: a grande crise financeira de 2009, que não impactou tanto o Brasil, e a pandemia. A arbitragem acompanha esse crescimento, mas não tão expressivamente. A Câmara de Comércio Internacional (CCI) cresceu, de 540 casos até hoje, cerca de 65%. Cresceu no ritmo da economia mundial, mas não exatamente na mesma velocidade. Na verdade, são muito estáveis os números das arbitragens nos últimos 10 anos. O crescimento começou em 2004. Nós temos 20 anos, e, na verdade, desde 2016, 2017, a situação é bastante estável. Nós tivemos um crescimento enorme nas arbitragens no âmbito do mercado de capitais.

Por fim, eu escolhi algumas câmaras importantes mundialmente: Câmara de Comércio Internacional (CCI), The London Court of International Arbitration (LCIA), em Londres, German Arbitration Institute (DIS), na Alemanha e a Singapore International Arbitration Centre (SIAC), em Singapura. Singapura é, provavelmente, a câmara que mais cresce nesse momento. Eu escolhi, que é relativamente alto, um valor médio de uma arbitragem de 6 milhões de dólares. Por quê? Porque essas são bases que se refletem nos números da CCI. Na CCI, os casos novos do ano passado, tiveram valor de 65 milhões e a média dos casos de valor em disputa de todos os casos, pendente até o fim do último ano, foi de 150 milhões. O custo desse tipo de arbitragem fica em torno de 750 mil dólares. Sobre honorários advocatícios, isso não se aplica muito no Brasil, porque não se trabalha muito com pró-labore, mas os órgãos internacionais trabalham com isso e, em arbitragens desse tamanho, os honorários de 3 milhões, provavelmente, são realísticos.

Em resumo, a participação da arbitragem no desenvolvimento do Produto Interno Bruto (PIB) chega-se a cerca de 5 bilhões. Isso é significativo para o mercado de serviços, para a participação de um setor da economia no crescimento do PIB. Então, considerando que o crescimento da economia era mais forte nos últimos 20 anos do que o crescimento dos números da arbitragem, temos um potencial enorme. Uma anulação de uma sentença arbitral não é uma catástrofe. Faz parte do jogo e, de vez em quando, é necessário e saudável, e eu acho que especialmente o STJ tem um papel muito importante.

Paulo Cesar Salomão Filho



Advogado e
Presidente do Superior
Tribunal de Justiça
Desportiva do Futebol
Brasileiro (2008-2012).

Meu tema é sobre arbitragem no Direito Desportivo e tem toda a convergência com o painel, uma vez que o esporte necessita de celeridade e especialização, que é o que a arbitragem nos traz, uma vez que os árbitros, em regra, têm a especialização sobre a matéria e os julgamentos dos tribunais arbitrais são muito mais céleres se comparados aos julgamentos do Poder Judiciário.

Um exemplo clássico é o julgamento do campeonato de 1987 no Brasil, que passados quase 40 anos ainda se discute no Poder Judiciário quem que foi o campeão daquele ano e quem que seria o detentor da taça. Quando se fala em um julgamento na justiça esportiva, em regra, é realizado em um prazo talvez de 15 dias úteis, que é o prazo ordinário para apresentação de uma defesa em um processo judicial. Portanto, a justiça arbitral desportiva e o Direito Desportivo são ligados umbilicalmente à arbitragem. A arbitragem no Direito Desportivo é um case de sucesso desde sempre e o desenvolvimento da arbitragem coincide com a profissionalização do esporte. Hoje, o esporte é líder no entretenimento mundial, que ultrapassa o cinema e outros tipos de entretenimento. Por exemplo, na Europa o

Produto Interno Bruto (PIB) do esporte é maior do que o PIB da agricultura. O esporte envolve não só a paixão, como cifras muito elevadas e é correspondente a 3% do PIB no Brasil, tem mais de 1 trilhão de dólares que transitam no mundo em razão do esporte. A Federação Internacional de Futebol Associado (Fifa) tem mais membros do que a Organização das Nações Unidas (ONU) e o PIB do futebol é maior do que o PIB, por exemplo, de um país do tamanho da Finlândia.

Quando falamos em arbitragem no Direito Desportivo, pelo menos no Brasil, há quatro vertentes que se pode avaliar. Uma delas, que não é propriamente um tribunal arbitral, pode-se falar do tribunal de justiça esportivo, que tem uma natureza que não se pode dizer que é uma natureza arbitral. É o que a doutrina chama de uma natureza *sui generis*, uma vez que tem competência para julgar disciplinas e competições, mas são árbitros previamente determinados, não fazem parte do Poder Judiciário, mas também não fazem parte de um tribunal arbitral na sua concepção, porque são julgadores previamente estabelecidos pelos integrantes do esporte, e não pelas partes, com naturezas próprias. Uma característica muito peculiar que é a única exceção ao livre acesso ao Poder Judiciário, previsto na cláusula no inciso 35 do artigo 5º da Constituição, e os seus julgamentos têm uma previsão legal de que são soberanos no seu mérito e só poderiam ser avaliados pelo Poder Judiciário caso ocorra algum vício de formalidade. Há, também, os tribunais de ética das entidades de administração do esporte. A grande discussão doutrinária, hoje, e é a minha tese de mestrado, para que se avalie até que ponto esses tribunais de ética e disciplina, e também os tribunais arbitrais, uma vez que as partes não escolhem se submeter por livre e espontânea vontade a um tribunal arbitral, até que ponto elas devem ser submetidas e os seus julgamentos terem consequências no seu âmbito pessoal. Hoje, talvez, a grande discussão do Direito Desportivo, que é um direito transnacional e é um exemplo clássico de uma análise transnacional, uma vez que o esporte é jogado da mesma maneira, com as mesmas regras e estabelecidas as mesmas condições, seja na Oceania ou na América do Norte.

Quando se fala e pensa sobre a arbitragem no Direito Desportivo, a Fifa, desde 1957, nos seus estatutos, e o Comitê Olímpico Internacional (COI) estabelecem uma prote-

ção e uma blindagem da atuação do Poder Judiciário nas decisões *interna corporis* que são feitas. Há um fenômeno muito interessante quando se avalia a arbitragem no Direito Desportivo, pois ela tem uma autoexecutoriedade, ou seja, as partes não precisam ir ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, para homologar uma sentença arbitral estrangeira, uma vez que o próprio sistema estabelece quais são as sanções caso uma das partes não cumpra a determinação estabelecida pelos tribunais de justiça esportiva. Também tem uma autoexecutoriedade e uma retroalimentação do próprio sistema, uma vez que se não cumpre a decisão pode ser inclusive alijado do sistema e não pode se socorrer do Poder Judiciário caso seja alijado do sistema, pois as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais, de acordo com as determinações das entidades internacionais, devem ser submetidas ao Judiciário. Muito se discutia, há pelo menos 10, 20 anos no Brasil, se essa condição estabelecida pelas entidades internacionais seriam inclusive uma violação ao princípio da soberania nacional e à cláusula pétrea de livre acesso ao Poder Judiciário. Hoje, a doutrina e a jurisprudência já estão bastante estabelecidas e consolidadas no sentido que isso não viola. Há uma simetria no esporte. A Fifa, por exemplo, determina que todas as confederações, as federações e os clubes devem ser submetidas às suas regras de maneira simétrica. Há dois pontos muito importantes na legislação e na jurisprudência brasileiras. Fazendo uma comparação bastante breve com a Lei das Sociedades Anônimas que, no seu artigo 109 do parágrafo 3º, estabelece a possibilidade dos acionistas minoritários serem obrigados a se submeter a um tribunal arbitral, mesmo que eles não escolham esse tribunal caso o estatuto da companhia ou da sociedade anônima preveja essa possibilidade. Há também um julgamento do STJ, de relatoria inicialmente do ministro Cueva, que restou vencido, em que se discutia se os condôminos que entravam depois da convenção de condomínio que estabelecia uma cláusula arbitral seriam obrigados ou não a se submeter ao tribunal arbitral que não foi escolhido pela parte. Em um julgamento apertado de 3 a 2, o STJ estabeleceu essa possibilidade que o condômino deveria se submeter à convenção de condomínio. Logo, tal qual foi estabelecido pelo STJ e pela legislação prevista no Brasil, nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina estabelecem a possibilidade da autorregulamentação no esporte.

Fabiano de Castro Robalinho Cavalcanti



Advogado.

O título deste fórum é “Avanços e re-
cuos da globalização e as novas frontei-
ras: transformações jurídicas, políticas,
econômicas, sociais e digitais”, e eu
quero tratar das transformações jurídi-
cas indo um pouco além do tema da ar-
bitragem. Eu vou chamar atenção para
um tema que pouco temos discutido no
Brasil, que são os efeitos da globaliza-
ção sobre o exercício da jurisdição e
destaco uma questão que tem me pre-
ocupado bastante: com a globalização,
o Brasil passou a ser um exportador de
jurisdição. O que nós vemos ao longo
dos últimos 10 anos é uma quantidade
de casos brasileiros que acabam sendo
decorrentes de eventos no Brasil envol-
vendo partes brasileiras que acabam
sendo discutidos em jurisdições estran-
geiras. Nós vemos as ações coletivas
nos Estados Unidos envolvendo a Ara-
cruz, a Sadia e a Petrobras. No caso des-
ta última, os acionistas da Petrobras, em
decorrência da corrupção, propuseram
uma ação coletiva em 2018, houve um
acordo e os acionistas foram indeniza-
dos, enquanto, até hoje, no Judiciário
brasileiro ou em arbitragens no Brasil,
os acionistas brasileiros continuam nes-
sa discussão. Há várias outras ações co-
letivas propostas contra a Vale, por
exemplo, em razão do acidente de Bru-

madinho. O acidente da Samarco que, hoje em dia, está sendo discutido em Londres. Um evento ocorrido no Brasil, com autores das ações, réu e partes brasileiras e, mesmo assim, um juiz inglês entendeu que tinha jurisdição para isso. Há uma discussão similar também em relação à alegação da existência de um cartel dos produtores de suco de laranja do interior de São Paulo contra os produtores de laranja. Esse também é evento brasileiro, sob lei brasileira, com partes brasileiras, que está sendo discutido na Inglaterra. No caso da Braskem, agora, há a discussão da indenização relativa à mineração de sal gema sendo discutida na Holanda. A recuperação judicial da Latam e da Gol foram impetradas diretamente nos Estados Unidos. Em 2006, eu tive a honra de representar a Varig impetrando a recuperação judicial no Brasil. Nós obtivemos a extensão dos efeitos da recuperação judicial nos Estados Unidos e funcionou.

O que mudou de lá para cá? Por que que esses casos estão sendo discutidos no exterior? Em 1996, o então presidente Fernando Henrique Cardoso fez uma palestra em Nova Deli, na Índia, cujo título era "As consequências sociais da globalização". Nessa palestra, o presidente destacou que já tinha ocorrido a globalização econômica, a financeira e da circulação das pessoas, mas não tinha ocorrido ainda a globalização do Direito. Isso não é nenhuma surpresa para nós, operadores do Direito. É normal que as mudanças ocorram no ponto de vista econômico e social e que a mudança do Direito venha em um segundo momento a reboque. Trinta anos depois dessa palestra do então presidente Fernando Henrique Cardoso, a globalização continuou avançando de forma avassaladora. Hoje, as grandes empresas brasileiras estão incertas no mundo globalizado. Elas exportam petróleo, minério, proteína, soja, avião e companhias brasileiras adquirem produtos na Índia e na China, os financiamentos são feitos através da emissão de títulos no mercado americano. O que acontece com essa mudança é que as empresas brasileiras passaram a estar expostas a mais de uma jurisdição. No passado, juízes estrangeiros não reconheceriam a jurisdição para julgar qualquer uma dessas questões que eu citei como exemplo, porque teriam a preocupação quanto à eficácia das decisões que tomariam. Eles sabiam que, se determinassem algo, talvez aquela decisão não produzisse nenhum efeito porque não seria reconhecida ou dependeria pelo menos de um processo, de um reconhecimento, de uma sentença estrangeira perante outra jurisdição. Hoje em dia, isso não é mais necessá-

rio. Se um juiz americano ou inglês condena qualquer uma das grandes empresas brasileiras multinacionais, ele terá como fazer que sua decisão tenha eficácia porque os negócios dessas empresas passam por esses países. Então, o que nós vemos é que surgiu uma concorrência entre jurisdições.

Quando nós estávamos na faculdade, falava-se em *forum shopping*. Hoje, no âmbito internacional, fala-se em *forum offering*, ou seja, as jurisdições estrangeiras estão concorrendo para atrair casos mais interessantes para serem julgados por elas. Um exemplo muito interessante disso é que na França e na Alemanha já se oferecem Cortes estatais nas quais o processo se dá integralmente em inglês para atrair discussões de questões comerciais para aqueles países. Não há dúvida de que o Judiciário brasileiro é muito bom. Nós demos um exemplo para o mundo durante a pandemia. Quando a prestação jurisdicional parou no Brasil, rapidamente, nós nos adaptamos com um Judiciário quase todo eletrônico e passamos a ter sessões virtuais, dando um exemplo para o mundo. Agora, a concorrência é com outras jurisdições, e quem vai decidir e escolher a qual jurisdição submeter o seu caso vai ser o usuário. É ele que, tendo mais de uma opção, vai acabar escolhendo onde vai iniciar a sua causa. O que nós vemos em muitos países, ou quem tem a prática em contratos internacionais, é que nos contratos de financiamento, por exemplo, a lei escolhida normalmente é a lei americana e a jurisdição das cortes de Nova York. Para os contratos de seguro internacional ou questões de navegação, as Cortes escolhidas normalmente são as Cortes inglesas. Por quê? Porque essas Cortes oferecem para o usuário segurança jurídica. O Brasil sem dúvida nenhuma vem oferecendo segurança jurídica para a questão da arbitragem. A jurisprudência brasileira é amplamente favorável à arbitragem, e isso foi isso que garantiu o seu crescimento, porque é isso que dá segurança jurídica para as partes – de que o caso que foi julgado por árbitros escolhidos por eles e que a decisão por eles tomada será respeitada. O Judiciário brasileiro vem adotando esse posicionamento de intervir na arbitragem de forma excepcionalíssima. Nós estamos falando de disputas que envolvem partes capazes e Direito Patrimonial disponível. Se elas preferiram escolher uma outra forma de resolução de disputa, temos que respeitar a decisão deles. Que eles convivam com o que eles escolheram para julgar e a preocupação de que se mantenha assim, garantindo segurança jurídica para a arbitragem no Brasil, porque, se isso mudar, não é que a arbitragem deixará de ser usada. A arbitragem continuará sendo usada, porque ela é a única saída para os contratos internacionais cujas partes são de jurisdições diferentes, porque uma não quer que seu caso seja julgado na jurisdição da outra, então a arbitragem é a saída obrigatória para elas. Mas, se no Brasil não houver segurança jurídica para realizar arbitragem, o que vai acontecer é que vamos começar a exportar arbitragem e passarão a mudar a sede da arbitragem do Brasil para outros países, e não caberá mais ao Judiciário brasileiro decidir nem cautelares pré-arbitrais, nem ações anulatórias, e não caberá aos advoga-

dos e aos árbitros brasileiros julgarem. Nós estaremos não só exportando o exercício da jurisdição como também exportando a geração de riqueza decorrente da prestação do serviço jurídico.

MESA XIX

19

MODERADOR - HUMBERTO MARTINS¹

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

Humberto Martins



Ministro do
Superior Tribunal
de Justiça do Brasil.

É uma alegria e uma honra muito grande participar como moderador deste painel, que tem um tema, que é a judicialização na política. Eu registro a alegria de ter recebido o convite da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa e da Fundação Getulio Vargas. Este é um exemplo de evento jurídico para todo o nosso planeta, pois é um dos maiores eventos do mundo nas áreas jurídica, econômica, política e social.

Celina Leão



Vice-governadora
do Distrito Federal
do Brasil.

No tema desta mesa não vamos falar sobre consensos, mas sobre dissenso. Nós não vamos convencer sobre conceitos, mas vamos chamar a todos a reflexões. Eu acho que esse é o sentimento.

Eu tive quatro mandatos e nós entendemos, verdadeiramente, quando se fala de judicializar a política, porque eu já tive a oportunidade de ser minoria e a oportunidade de ser maioria. Já tive a oportunidade de recorrer ao Poder Judiciário dentro daquilo que eu entendia como quebra do regimento, mas há que se falar que, no Brasil, se recorre ao Judiciário quase que diariamente. Isso causa ao Poder Judiciário um peso em um conflito enorme, pois precisa pautar ou discutir aquilo que sai sem consenso do Parlamento. Aquilo que o Parlamento não discute, às vezes, é uma opção do Parlamento, porque, para quem participa – ou participou comigo, ou participou de colégios líderes –, para se pautar um projeto de lei, que é prerrogativa exclusiva do presidente da Casa, precisa ter um consenso de todos os líderes e, para isso, tem que ter consenso, pelo menos, sobre os temas. Quando, muitas vezes, o Congresso não toca em alguns temas, é porque não há consenso para discuti-lo no Plenário. Isso é uma

decisão do Congresso, que precisa de ser respeitada, e, muitas vezes, acha-se que aquilo não foi debatido no Congresso, então se leva para o Poder Judiciário. Isso causa um grande conflito. O que eu acho que o Brasil precisa recuperar é a capacidade de sentarmos em mesas, que tenham ideologias totalmente diferentes, mas com passividade, com respeito, com educação. O Brasil precisa de pessoas que pensam diferente, sentam na mesma mesa e pactuam coisas pela nação.

Sobre a questão da judicialização, eu acho que é muito importante colocarmos que quando se toca em temas como aborto, quando se toca em temas como descriminalização de drogas, o Congresso reage automaticamente. Por quê? Porque a base eleitoral os cobra. Nós somos cobrados, muitas vezes, por aquilo que nós pensamos, pelos pensamentos que dedicamos nas nossas campanhas políticas, e essa harmonia entre os Poderes precisa de acontecer. A nossa primeira Constituição foi em 1824, promulgada por Dom Pedro, e a Constituição Cidadã, em 88, que resgatou aquilo que entendemos como direitos fundamentais e democracia. Há uma frase, que eu gosto muito e que é muito atual, do ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal (STF) (2003 a 2012), que diz “Salve a rainha ou salve-se quem puder”. A rainha é a nossa Constituição. A Constituição fala de uma maioria, que tem o direito de trazer aquilo que entende para o Congresso Nacional como legislar. No governo passado, nós éramos a maioria. Neste governo, a maioria é a esquerda. Isso tem que ser respeitado. É o poder da maioria de votar aquilo que entendem, e é o poder da minoria de, talvez, reclamar, não daquilo que foi votado e que eles perderam, mas daquilo em que foi quebrado o regimento interno da Câmara, aquilo que foi desrespeitado, porque se todas as pautas que se perder ou ganhar forem levadas ao Poder Judiciário, trará uma crise do Poder Legislativo com o Poder Judiciário, porque precisam dar uma resposta sobre isso. Em uma Corte, onde se discute sobre direitos fundamentais e sobre cláusulas pétreas, que não devem ser discutidas no Parlamento porque são pétreas, e quando se abusa ou se extrapola desse tipo de situação, há sim o poder constitucional para se equilibrar tudo isso. Eu, por exemplo, já fui da oposição e eu perdi, uma vez, o direito de uma CPI, e recorri ao Poder Judiciário porque foi quebrado o regimento. Eu não recorri porque eu havia perdido, mas recorri para retornar ao momento do regimento que foi quebrado. Essa é uma reflexão que eu acho que pre-

cisamos pensar. Eu tive a oportunidade de passar no Poder Legislativo, na oposição, na base, e, hoje, estar como vice-governadora. Estive em um momento que foi muito difícil para o Brasil, no dia 8 de janeiro, e eu fiquei 66 dias como governadora, e se entende a necessidade do diálogo, do respeito institucional, de sabermos que os Poderes estão constituídos, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, de se respeitar os limites, de saber perder e de saber ganhar.

Eu fui coordenadora da bancada feminina e para conseguirmos aprovar as 84 legislações que aprovamos na nossa gestão, eu tomei uma decisão com elas, que foi que nós não iríamos trazer pauta de costumes. Isso seria tratado nas comissões, porque não há consenso e, por isso, conseguimos tirar algumas coisas, pautar outras e criar legislações importantes. Eu tenho muito orgulho de ter construído com as deputadas de centro, de direita e esquerda, talvez a maior legislação para as mulheres do Brasil e uma das maiores do mundo, que trata da violência política. A violência política é imperceptível, mas é real. Ela acontece todos os dias. Nós somos confrontadas e forçadas a provar que somos capazes, porque ainda vivemos em um país machista, patrimonialista, patriarcal, mas como conseguimos chegar nesse consenso? Com respeito mútuo ao que as deputadas entendiam, com representações no Judiciário todas as vezes que alguma deputada era ofendida.

Nós entendemos que o tema de se buscar o Judiciário, nos traz o entendimento que nós somos independentes e harmônicos. A fala do ministro Fux, esta semana, foi um alerta, porque ele, que é um dos membros do STF, falou que alguns assuntos não têm que ser debatidos no STF, mas, sim, no Parlamento. Causa até constrangimento para os próprios ministros essa situação de se colocar temas tão polêmicos e, ao mesmo tempo, gera reações na Câmara, que desengaveta vários outros projetos que podem ser, inclusive, mais fortes do que o próprio tema que se estava tratando. Eu tive a honra, também, de ser presidente da Câmara Distrital e, assim como o STF, tem as suas responsabilidades constitucionais, o Poder Legislativo tem que preservar sua função de poder legiferante. O poder legiferante é infinito, porque de lá nascem as leis e, às vezes, as pessoas até pensam de onde que se tem tanta criatividade para se criar tantas leis, como o Poder Legislativo faz todos os dias. Eu acho que essa reflexão, de se preservar e de se garantir aquilo que é de fundamento essencial constitucional do Poder Legislativo, que é fazer as leis, aquilo que é do Poder Judiciário e da Corte Suprema, de fiscalizar a Constituição e a legislação, e sempre manter a harmonia, o diálogo e o respeito. Eu acho que o Brasil está precisando disso. Eu sinto isso, hoje, como Poder Executivo, e quem ganha, no final, com certeza, é a população.

Eliziane Gama



Senadora da República
Federativa do Brasil.

O tema deste painel, no meu entendimento da judicialização da política, passa por uma visão do que é o processo democrático brasileiro. Quando eu falo de democracia, eu me sinto super à vontade para fazer esse debate, porque eu vejo que é um tema que nós precisamos estar, primeiramente, vigilantes no dia a dia e, portanto, debatendo esse assunto. O Congresso Nacional tem dado avanços importantes ao criar, por exemplo, dentro do Senado Federal, a Comissão de Defesa da Democracia, que eu tenho a honra de estar presidindo. Esta é uma comissão que tem feito debates importantes e, por ser também uma comissão ordinária, tem trabalhado a questão do processo legislativo. Todo o arcabouço legal referente à democracia tem sido debatido dentro desta comissão.

Eu vou fazer uma avaliação do que é o cenário que nós estamos vivenciando hoje, até porque todo o processo democrático contemporâneo tem uma influência direta, ainda na Revolução Francesa, que trouxe inspirações importantes para o fortalecimento democrático. Eu quero começar, no início do século passado, quando nós vivenciamos uma experiência mundial catastrófica, que jamais precisa ser repetida na história do

mundo, que foi a experiência da Alemanha, onde Hitler se estabeleceu de uma forma ditatorial, fundamentalista, que começou através de um processo democrático. Hitler chegou ao poder como primeiro-ministro e como chanceler através de um processo democrático. Ele foi colocado, depois de ter a maioria do Partido Nazista, no Parlamento Alemão. Ele chegou no Parlamento Alemão e, por dentro da democracia, ele destruiu a democracia. Logo depois de ser primeiro-ministro, iniciou uma mudança no processo legislativo profunda, que deu a ele poderes gigantes, e fez o que todos nós sabemos com mais de 6 milhões de judeus, que foi o Holocausto. Logo, o processo de ruptura democrática que nós estamos vivenciando hoje, no período contemporâneo, se dá não apenas por esses moldes mais convencionais de golpe militar, como nós vivenciamos na década de 60, no Brasil, e em outros países do mundo afora, mas através desse mecanismo de destruir a democracia, com os instrumentos da democracia, e instaurar uma democratura, que temos vivenciado em alguns países mundo afora, e que vários estudiosos têm tratado com muita evidência. Há exemplos no livro “Como morrem as democracias”. Nós precisamos estar atentos.

Por que eu trago essa avaliação? Porque eu acho que o fortalecimento do Judiciário, do Executivo e do Legislativo é o elemento fundamental para que, de fato, nós possamos ter uma democracia forte. Quando eu faço referência à Alemanha, é bom lembrar que, naquele momento, o próprio Hitler, embasado por algumas doutrinas, por exemplo a doutrina do Carl Schmitt, ele rechaça o Poder Judiciário, deixa de lado, na verdade, os tribunais e a Corte Constitucional e se empodera no Poder Executivo de uma força tamanha a ponto de suplantar o direito das minorias, o sentimento da pluralidade, o sentimento daquelas que precisam ser olhadas pela coisa pública na sua integralidade. Assim vem, por exemplo, o papel do Supremo Tribunal Federal (STF). Dentro do olhar como o guardião da Constituição, que é o que preconiza a nossa Constituição Federal, o STF tem um papel fundamental na garantia dos direitos fundamentais. Quando falamos da garantia dos direitos fundamentais, estamos falando da garantia dos direitos das minorias.

Nós estamos fazendo, neste momento, no Brasil, um debate aprofundado sobre o ativismo judicial. O ativismo judicial, na maioria das vezes, se dá por uma resposta a essa judicialização da política. Nós temos, hoje, vários elementos e instrumentos jurisdici-

onais de controle constitucional, dentre eles, por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que advêm da Constituição de 1988. Antes da Constituição de 88, o STF era um poder que estava mais restrito a dizer o que era constitucional e o que não era. A partir da Constituição de 88 e, sobretudo, da Reforma do Judiciário, que data de 2000, o STF passou a ter uma função mais atuante e a ter posições em que se evidenciou um debate, advindo de uma crítica desse ativismo judicial. No entanto, o ativismo judicial vem, na verdade, de uma provocação dessa judicialização da política.

Quem recorre ao STF dentro do Congresso Nacional? Não são os grandes partidos. São, em sua maioria, pequenos partidos, que acabam capitaneando a quantidade de ações no STF. Isso se dá pela forma como, na maioria das vezes, o processo legislativo ocorre dentro do Congresso Nacional. Nós tivemos, recentemente, a aprovação do Marco Temporal, através de um projeto de lei ordinário, ou seja, mudando a Constituição Federal por meio de lei ordinária, que é inconstitucional, não tem como prevalecer. Nós advertimos isso várias vezes dentro do Parlamento brasileiro. O que resultou após a aprovação dessa lei? Várias ações no STF, questionando a constitucionalidade dessa lei. Fatalmente, a decisão do STF vai ser rechaçando a lei já aprovada pelo Congresso Nacional por vícios de inconstitucionalidade, ou seja, um erro, às vezes, que ocorre dentro do Parlamento leva o STF a tomar uma atitude por conta de uma situação que não é consistente do ponto de vista legal. Então, acaba sendo, de fato, um reflexo.

Quando falamos desses instrumentos de controle constitucional, como a ADI e a ADO, que vem de 88, o mandado de injunção e, mais recentemente, a repercussão geral e a súmula vinculante abrem um espaço que eu, pessoalmente, acho que é muito ruim para o processo democrático, que é a decisão de ofício. Esses outros instrumentos só podem ser provocados por aqueles que têm condições dentro da lei que estabelece os órgãos, como chefes de Poderes, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ou seja, aqueles que são legitimados a buscar no STF para arguir e questionar uma lei que for aprovada sem respeitar a Constituição brasileira. Quando se retira esse limite, esse critério de ter um órgão representativo, e coloca por uma decisão de ofício de um integrante da Suprema Corte brasileira, eu acho que é algo que abre um espaço gigante para essa crítica em relação ao ativismo judicial. Isso ocorre no caso da súmula e no da repercussão geral. Por quê? Porque o direito das minorias tem que ser considerado e, na sua grande maioria das vezes, é buscado e questionado por órgãos representativos.

A democracia se dá pelo fortalecimento dos Poderes. Nos países mundo afora e também no nosso Brasil, aqueles que defendem sobretudo a extrema direita, ações mais radicais e mais fundamentalistas, automaticamente questionam o poder do Judiciário.

rio. Eu cito, por exemplo, o caso da Hungria e da Turquia. Na Hungria, houve uma demissão em massa de 5 mil juízes. Na Turquia, a ação foi diferente, pois se aumentou a quantidade de membros da Suprema Corte para que tivesse pessoas que fossem afinadas com o pensamento centralizador, com o seu pensamento que não respeita as minorias. Então, o enfraquecimento do Judiciário é um elemento fundamental para aqueles que tentam aumentar o poder central e, automaticamente, criar uma nação sem respeito à democracia, com aquilo que chamamos de democratura, que é algo que nós precisamos evitar e impedir.

O Brasil vivenciou o 8 de janeiro, um momento de turbulência, triste e de estresse na sociedade brasileira, que nós jamais precisamos repetir. Agora, para isso, nós precisamos respeitar o Judiciário como Corte Constitucional, o Poder Executivo e o Legislativo nas suas funções e prerrogativas, pois até uma decisão de não pautar é uma decisão do Parlamento. O Parlamento é uma casa representativa. Ao chegar no Parlamento Federal, verá todos os tipos de parlamentares, tem para todos os gostos. Tem quem defenda a ditadura e quem defenda a democracia, quem é contra e a favor do aborto, a favor ou não da descriminalização etc. Tem todos porque isso é o Brasil. Essa é a representação brasileira. Então, se esse é o modelo que nós estamos vivenciando, hoje, que, para mim, é o melhor modelo que nós temos, que é o modelo representativo, nós precisamos respeitar. Nós precisamos até retirar as laranjas podres, aqueles que tentam atrapalhar, mas precisamos entender e respeitar que a democracia brasileira, atualmente, uma democracia forte e que o modelo representativo que nós temos é o melhor modelo para o respeito da população como um todo e respeitando os três Poderes, que é o ponto central para que possamos, de fato, ter uma democracia pujante, como diz a nossa Constituição Federal.

Marcos Pereira



Deputado Federal da
República Federativa
do Brasil.

Este tema, “Judicialização da Política”, me deixa muita à vontade, porque quando se fala dele traz-se também um pensamento: será que também não está havendo a politização do Judiciário? Esse tema dialoga umbilicalmente com a minha dissertação de mestrado, que defendi em 2020, no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), que organiza este evento junto da Fundação Getúlio Vargas (FGV). O título dessa dissertação é “A inconstitucionalidade de leis brasileiras entre causas e efeitos. Por que o legislador brasileiro cria tantas leis inconstitucionais?”. Por que este tema? Eu verifiquei que oito em cada dez ações constitucionais, entre Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADO), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), são procedentes no mérito, não estamos falando no âmbito de liminar. Como legislador, isso me intrigou e verifiquei que existem algumas causas para que isso aconteça.

Uma delas é a complexa repartição de competência para legislar. Nós temos a competência da União, dos estados, dos municípios, mas também temos as competências concorrentes. Por exem-

plo, as leis de trânsito, tanto a União, quanto os estados e os municípios podem legislar. Já sobre telecomunicações, somente a União pode legislar. Então, essa complexa repartição de competências faz com que o legislador acabe criando leis que, *a posteriori*, serão questionadas na Suprema Corte brasileira. Uma outra causa é que o legislador, às vezes, legisla com fim eleitoreiro. Na época ainda que os telefones pré-pagos não podiam transportar o crédito por mês seguinte, ou seja, tinha um prazo para gastar aquele crédito, a Câmara Legislativa de Brasília legislou, e o governador da época sancionou, sobre a transportabilidade daquele crédito para meses seguintes e, como eu já disse, somente a União pode legislar sobre telecomunicações. Essa lei, quando questionada na Supremo Tribunal Federal (STF), foi declarada inconstitucional. Por óbvio, o legislador o fez para dar uma satisfação para o seu eleitor.

Além disso, os filtros do controle preventivo de constitucionalidade, às vezes, não funcionam como se deveria. Quais seriam os mais gravosos efeitos desta situação? A falta de previsibilidade e a insegurança jurídica, para citar apenas dois. Imagine quando nós submetemos o contribuinte brasileiro a uma lei e que, depois de cinco, seis, dez anos, ela venha a ser declarada inconstitucional pelo STF. Isso gera uma insegurança jurídica muito grande. No meu trabalho, eu verifiquei que, nos dois governos Fernando Henrique, quando todos os temas que eram vencidos, superados no Parlamento e sancionados pelo presidente, o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PcdoB), o Partido Democrático Trabalhista (PDT) iam ao STF. Nos dois governos Lula, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o então Partido da Frente Liberal (PFL), e depois Democratas (DEM) iam ao STF. Nos governos Dilma, o PSDB e DEM continuaram judicializando. Nos governos Temer e Bolsonaro, eram o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e a Rede Sustentabilidade foram os que mais judicializaram. Agora, no terceiro governo Lula, o Partido Novo, que tem apenas três deputados federais.

Eu tenho debatido no Parlamento que, talvez, nós devêssemos mudar a nossa Constituição e a Lei das Ações Constitucionais para que não somente partidos com representação no Congresso Nacional possam ter legitimidade para propor ações constitucionais, mas partidos que tenham cumprido a cláusula de desempenho. Assim, evita-se a judicialização da política, que, em uma quantidade expressiva, é feita por políticos. O

STF fez um estudo gerencial que constatou que, de 1995 a abril de 2023, foram propostas 7.311 ações de controle concentrado (ADI, ADC, ADO e ADPF). Desse total, 23%, portanto, 1.658 demandas foram propostas por partidos políticos. Dessas demandas, 1.232 eram ADIs. Em uma lista dos dez que mais propuseram, nós tivemos em primeiro PDT, depois PT, PCdoB, Partido Social Liberal (PSL), em quinto o Partido Socialista Brasileiro (PSB), em seguida PSOL, PSDB, DEM, Rede Sustentabilidade e Solidariedade. Estes últimos são partidos com pouca representatividade no Parlamento.

Talvez a judicialização da política seja uma litigância militante, porque quando se perde o debate no Congresso, no foro adequado, vai-se ao STF e transfere-se para ele a responsabilidade de decidir. Nesse contexto, verificamos que esses movimentos partidários transferem para o Judiciário a palavra final e, depois, não se pode reclamar de como vem essa palavra, porque o Judiciário não pode negar a prestação jurisdicional quando provocado. Então, nota-se que muitos partidos recorrem à jurisdição constitucional como forma de reverter derrotas na arena política. Isso transforma o STF em uma espécie de segunda instância do debate político ideológico. Eu penso que isso não é bom e tenho toda a tranquilidade para dizer isso, porque estou como presidente nacional de um partido político, o Partido Republicanos, que tem 44 deputados federais, quatro senadores, dois governadores – o governador de São Paulo e o de Tocantins. Por conta deste incômodo, nós aprovamos uma resolução no nosso partido que estabelece que para que o partido vá ao Judiciário tem que haver uma reunião da executiva, um debate e uma aprovação por ampla maioria, para evitar a transferência da luta política para o âmbito do Judiciário.

Augusto Aras



Subprocurador-geral
da República e Professor
da Faculdade de Direito
da Universidade de
Brasília.

Em meados de 1990, eu estava chegando em Lisboa com minha mulher e, no táxi, víamos pelas ruas as grandes propagandas eleitorais para a campanha presidencial e eu perguntei ao motorista em quem ele votaria. Ele me respondeu: “Ora, pois, aqui, quando o partido da esquerda comanda o Parlamento, nós votamos na direita para a presidência e vice-versa”. Uma verdadeira aula da democracia na prática e que revela o quanto é importante que os sistemas de freios e contrapesos se manifestam permanentemente.

A Constituição Federal nos traz controles recíprocos, especialmente nas atividades típicas, nas quais os Poderes têm toda uma autonomia constitucional, mas, de modo geral, o Legislativo controla, sim, o Executivo e o Judiciário em relação ao orçamento. O Legislativo suspende atos normativos federais do Executivo e o Judiciário faz o controle da constitucionalidade. Nós temos um sistema mais do que suficiente para que todos os Poderes e todas as instituições democráticas do Brasil funcionem adequadamente. Não há como pensar que o Senado não possa fazer, também, o controle nos crimes de responsabilidade do procurador-geral da Repúbli-

ca, dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), assim como de outras autoridades. Dessa forma, o tema da judicialização da política parece um tanto quanto passível de redução àquilo que suscitou o deputado Marcos Pereira. É judicialização da política ou politização da justiça? Essa é a grande questão, porque o Judiciário continua à mercê da provocação de terceiros e a grande plethora de ações constitucionais provém de partidos pequenos com baixa densidade eleitoral, inclusive com baixa representação política nas casas legislativas. Quantas vezes a maioria parlamentar foi superada pelo Poder Judiciário da Suprema Corte? Quantas vezes, nos últimos seis anos pelo menos, a maioria parlamentar eleita pelo povo foi superada por uma única provocação de um único parlamentar no STF?

Nós não podemos deixar de lembrar de que partidos políticos ainda são indispensáveis no nosso regime. Partidos políticos são, de regra, aqueles que vão servir de veículos para a formação do Poder Legislativo e do Poder Executivo através das eleições. Estes são Poderes majoritários. O princípio majoritário não exige nenhuma regra específica que diga “vale quem tem mais voto”, mas as minorias são fundamentais e, para que a democracia exista de fato e de direito, elas precisam ter direitos expressamente definidos, porque a regra é o princípio da maioria. Portanto, nós temos um impasse que reside em uma questão sutil, que é aquela que diz respeito à adoção na Constituinte de 88. Nós temos uma Constituição analítica e principiológica, que deu uma abertura tão grande ao Poder Judiciário que, de repente, este Poder, com 11 membros, pode superar 513 deputados, 81 senadores, provocado por um único senador. Há uma disfuncionalidade nessa situação e uma hipertrofia que vem ocorrendo no Brasil. Nós precisamos dos três Poderes separados. A separação dos Poderes integra o Estado e a democracia moderna. Nos Federalistas, John Jay dizia que não há independência sem harmonia e harmonia precisa de autocontenção. É preciso que voltemos a ter uma autocontenção.

Ontem, assistindo a um dos painéis, eu vi alguns juristas consideráveis e considerados falarem do tempo necessário à maturação das ideias. Não tão distante no tempo, nós participávamos de uma geração, estudávamos o Direito Eleitoral, construímos sua doutrina pós-88 e, antes da década de 2000, nós sabíamos que quando o STF

chegava ao impasse acerca de matéria de constitucionalidade, legalidade, em relação a uma matéria política, o STF segurava um pouco, esperava a Casa Parlamentar, o Poder Executivo e Legislativo disciplinarem a matéria ou que um fato novo surgisse para legitimar a atuação do Supremo, para que a separação dos Poderes não fosse tisonada com nenhuma imputação de usurpação de poder. Essa autocontenção, em razão desta principiologia e do caráter analítico da nossa Constituição, foi sendo esgarçada nos últimos 20 anos, a partir da compreensão de que tudo que é levado ao STF pode ser tratado. Será que tudo pode ser tratado mesmo? Será que as políticas públicas podem ser tratadas sem nenhuma outra consideração? O que é legitimidade material do poder? Nós estamos falando da substância da democracia. Legitimidade material do poder, lembrando os clássicos, é aquele conteúdo que legitima que alguns integrantes de parcela do Poder exerçam poderes sobre outros que não os têm e essa legitimidade material só se obtém nas urnas, pela via do processo eleitoral. Nós teríamos também que ter certas cautelas, porque governos são omissos no que toca a determinadas situações e pontos de vista. É evidente que ninguém vai impedir que os legitimados constitucionalmente recorram ao Supremo Tribunal Federal para efeito de provocar uma decisão, ainda que precária, provisória, no sentido de omissão de um dos Poderes ou de autoridades. Não se discute isso. Isso é possível, mas, uma vez disciplinada essa matéria, é preciso que se respeite a competência constitucional do Legislativo e do Executivo, que sanciona ou veta e, entre si, fazem controles recíprocos, inclusive de derrubada de veto, dentre outros tantos controles recíprocos entre os Poderes.

Eu vejo o problema da politização do Judiciário e não da judicialização da política. Entendo que, da *máxima vênia*, é preciso que o Judiciário se mantenha distrito à constitucionalidade, à legalidade, e que a política seja respeitada no seu campo. Aliás, o ministro Fux deixou claro no seu voto, denso – praticamente não se imiscuiu no tema da descriminalização da maconha –, para dizer que só os representantes do povo poderiam deliberar sobre este assunto. Enfim, invocando Camões, que dizia: “mudam-se os tempos, mudam-se as vontades”. Este pequeno excerto dos sonetos de Camões não pode ser aplicado em *data vênia* às instituições do sistema de justiça de natureza contramajoritária. Os costumes só têm um ou dois Poderes que os auscultam, o Legislativo, o maior dos Poderes nesse aspecto, e o Poder Executivo, que tem o poder de sancionar e de ter a sua sanção ou o seu veto, se for o caso, derrubado pelo Legislativo. Encerro dizendo que é muito gratificante estar na companhia de todos os senhores e saber que cada um, ao seu modo, contribuiu para que nós tenhamos esperança de melhores dias para uma democracia que há de enfrentar todos os novos tempos e as novas fronteiras.

MESA XX

20

MODERADOR - LUCIANO FUCK¹

AS REFORMAS TRIBUTÁRIAS SOBRE RENDA E CONSUMO

¹ Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Luciano Fuck



Professor do Instituto
Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e
Pesquisa.

É uma grande honra presidir uma mesa de tanta qualidade no XII Fórum de Lisboa, principalmente com uma plateia também de muita excelência. Vamos iniciar esta mesa, que trata das reformas tributárias sobre renda e consumo, focando especificamente no caso brasileiro, mas o mundo inteiro discute mudanças na tributação, principalmente em torno daquilo que o *keynote speech* de Thomas L. Friedman disse que são as mudanças profundas e rápidas que nós estamos vivenciando. A economia digital tem modificado a economia de forma muito significativa e gerado muitas apreensões para os fiscos, os contribuintes e a Academia, e todos estão na busca de modificações, de reformas.

No Brasil, nós aprovamos uma reforma tributária sobre o consumo, que simplesmente é a maior emenda constitucional que nós já aprovamos em números de dispositivos. O nosso sistema constitucional tributário, que já era extenso, simplesmente cresceu 50%, em número de termos colocados, e tudo isso leva a novas questões. Não é à toa que a nossa reforma tributária, inclusive, prevê novas competências judiciais, porque o papel do Judiciário é muito acentuado. Fe-

lizmente, no Brasil, temos um Judiciário muito efetivo, independente, e que tem papel fundamental também nesse equilíbrio.

Luiz Alberto Gurgel de Faria



Ministro do Superior
Tribunal de Justiça
do Brasil.

Eu pretendo abordar um pouco os reflexos dessa reforma tributária no âmbito da competência jurisdicional e vou dividir a palestra em duas partes. A primeira parte vai trazer alguns aspectos gerais da nossa reforma tributária, e, na parte final, vou falar sobre as questões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), as questões jurídicas, sobre a nossa reforma tributária.

Primeira coisa que eu gostaria de dizer, a expressão “manicômio tributário”, do professor Alfredo Augusto Becker, é antiga. Nós vivemos no modelo atual de manicômio tributário. Nós temos, na verdade, uma dificuldade para entender a complexidade do nosso sistema tributário, especialmente no âmbito da tributação do consumo. Tem uma lei geral do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), mas cada município tem a sua lei, logo, são 5.500 legislações, no mínimo. Nós temos o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), com 27 legislações. O Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) ganharam, porque só são duas

leis, mas que dão quase o trabalho, na realidade, dessas outras milhares de legislações, tamanha a controvérsia e a litigância por conta dessas duas contribuições.

O que fazer diante dessa realidade? A reforma tributária. Uma reforma que vem, e vou falar especificamente do que já está no papel, não só via emenda, mas através de dois projetos de lei que foram encaminhados para o Congresso, da tributação do consumo. Há também a previsão da renda, mas ainda está sendo gestada. Seguem dois exemplos recentes dessa nossa grande litigância, tratando desses tributos que, atualmente, cuidam do consumo. Primeiro, o ISS, para tentar resolver o problema da tributação, o imposto sobre o consumo tem que ir para o destino. Os planos de saúde e os cartões de crédito, por exemplo, serão tributados no destino, de acordo com a Lei Complementar nº 157 de 2016. As entidades ficaram em polvorosa. Como elas iriam cumprir obrigações acessórias de 5.500 legislações? Como dar cumprimento à essa situação do ISS? Houve a liminar do ministro Alexandre de Moraes e, na sequência, tentou-se corrigir, através de uma lei, a Lei Complementar nº 157, e veio a Lei nº 175, mas o ministro Alexandre de Moraes entendeu que não seria o suficiente para garantir a segurança jurídica. A questão do tomador de serviço não estava clara, mesmo tendo um comitê gestor de obrigações acessórias. Enfim, declarou-se a inconstitucionalidade, mas a ideia era boa. Segundo, para falar dos outros tributos sobre o consumo, lembro de uma questão que envolve logo três. O ICMS, substituição tributária na base de cálculo do PIS e da Cofins, e eu fui o relator no caso do ano passado, o ICMS ST não pode estar incluindo a base de cálculo do PIS e da Cofins. Logo, eram três tributos sendo debatidos a respeito da questão do consumo. Qual é o valor que precisava?

A reforma tributária, na realidade, precisava vir, e com ideias que já foram mencionadas em outros painéis, como a da não cumulatividade, tributação no destino, porque se é um imposto sobre consumo, por que vai tributar na origem, vamos aplicar a justiça fiscal. No caso do consumo, têm a atenuação dos efeitos regressivos, com a questão do *cashback*, por exemplo.

Em relação aos reflexos no âmbito da competência jurisdicional, recentemente, foi encaminhado o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 108, de 2024, instituindo o co-

mitê gestor, tratando das suas matérias, mas cuidando só do contencioso administrativo. Inclusive há, na exposição de motivos, o item nº 23, que coloca, especificamente, que não se está cuidando do âmbito jurisdicional. No âmbito jurisdicional, nós precisamos, na realidade, ver como vamos julgar o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS). Com relação à Contribuição Social sobre Bens e Serviços (CBS), não há dúvida, continua a contribuição no âmbito federal, no caso, sendo analisada pela Justiça Federal e que, eventualmente, chegará ao STJ ou ao Supremo Tribunal Federal (STF), se a matéria for proporcional ou infra. Como nós vamos demandar com relação ao IBS? O comitê gestor não é substituto tributário. Vão colocar que estados? Onde se poderá demandar? No ano passado, saiu uma decisão do STF, dizendo que os estados não podem, porque foi declarada inconstitucionalidade de um dispositivo, ser demandados fora das suas jurisdições. Então, mais do que trazer uma resposta, eu trago questões para que possamos meditar. Tenta-se criar um grupo formado por integrantes do STJ, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da procuradoria da Fazenda e advogados para tentar formatar uma ideia de como vai ser essa competência jurisdicional. Chegou-se a dizer que seria no âmbito da Justiça Federal, em um projeto não foi encaminhado, mas também se alijaria às justiças estaduais e isso teria que ser devidamente analisado. Pensa-se na criação de uma ação direta de legalidade a ser julgada no STJ, em um modelo parecido com a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), com uma legitimidade menor. São ideias que ainda precisamos pensar sobre a questão do âmbito da competência jurisdicional.

Vou trazer duas observações. Primeiro, quem já andou pelo Nordeste talvez já tenha se deparado com carretas enormes que ficam praticamente tomando conta da estrada, levando aquelas palhetas, as hélices das usinas eólicas. Eu diria que mudar o nosso sistema tributário seria como levar uma carreta daquela com o nosso sistema em cima. É um sistema muito complexo. Então, muitas críticas estão sendo feitas, elas são importantes para que possamos aprimorar o nosso sistema. É uma situação delicada, mas como diria o querido Ariano Suassuna, “os otimistas são ingênuos, os pessimistas são amargos, eu sou um realista esperançoso”. É assim que eu penso com relação à reforma tributária, sendo realista, mas com muita esperança.

Marcus Abraham



Desembargador no
Tribunal Regional
Federal da 2ª Região
e Coordenador
Acadêmico da FGV
Justiça

Eu venho apresentar uma pesquisa que nós fizemos na FGV Justiça e, dentre vários assuntos da reforma tributária, eu optei pelo tema do saneamento básico na reforma tributária, pois é um direito humano fundamental, que garante a dignidade da pessoa humana.

A grande questão da reforma tributária em relação ao saneamento básico é que ele estava previsto, originariamente, dentro do rol de atividades essenciais que se beneficiavam de uma redução de alíquota. Porém, ao fim da tramitação, saindo do Senado, voltando para a Câmara e promulgada a Emenda nº 132, essa atividade, tão fundamental, foi excluída do rol de alíquotas reduzidas. O saneamento básico faz parte do direito à saúde. Isso está na Constituição, no artigo nº 200, inciso IV, e na Lei do SUS, no artigo 3º. O saneamento, essencialmente, é composto de água potável, abastecimento, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais urbanas. Portanto, é extremamente importante que se permita a universalização do serviço de saneamento básico. É relevante destacar que a renda das famílias com acesso ao saneamento básico é cinco vezes maior

do que as famílias sem acesso ao saneamento básico. Logo, é uma questão de justiça social.

A carga tributária, hoje, na atividade, é, no regime não cumulativo, de 9,5% e, no regime cumulativo, 3,65%. Acontece que haverá, inequivocamente, dois reflexos, um para a população de baixa renda, que terá um aumento da tarifa pelo repasse do custo do aumento da carga fiscal, e para as empresas que investem na área de saneamento, pois o investimento e a prestação desse serviço ficarão mais caros. Aqui, ninguém é contra a reforma tributária. Todas as falas se dirigem ao aperfeiçoamento, esperando que na regulamentação haja uma consideração, especificamente, em relação ao saneamento, para que este volte, de alguma maneira, a ter um benefício fiscal, não com uma conotação negativa no sentido de beneficiar racionistas etc. É um benefício para a população de baixa renda e para as empresas que prestam esse serviço e que precisam investir e, com a reforma tributária, com a incidência do Imposto sobre Bens e Serviço (IBS) e da Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), o custo fiscal vai aumentar. Hoje, não incide Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) nessa atividade. Há benefícios de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na aquisição de insumos. Quanto ao Programa de Integração Social (PIS) e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), saneamento faz parte do regime especial de incentivos, mas isso tudo vai cair a partir da entrada em vigor do IBS e da CBS, porque a previsão da redução de 60% de alíquota para essa atividade, ao final da tramitação da PEC, na emenda nº 132, foi excluída do rol de benefícios fiscais.

Qual é a proposta, então, desse estudo? Primeiro, identificamos, e esse é um lado positivo do que consta hoje no Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 68, a criação do *cashback* para consumidores de baixa renda. Não é o ideal, mas isso já é alguma coisa. Porém, para as empresas que prestam serviço de saneamento, que investem em infraestrutura de saneamento, vai ficar mais caro e não há, por enquanto, nenhuma alternativa. Qual é a alternativa que nós pensamos? Considerar, até porque já está na Constituição Federal, o saneamento como um desdobramento da saúde e todas as

atividades relacionadas à saúde, que está na emenda nº 132, como uma das atividades que contém a redução de alíquota de 60%. Portanto, a nossa ideia é que o legislador que está regulamentando a reforma tributária, de alguma maneira, inclua a atividade de saneamento, um direito fundamental, dignidade da pessoa humana, dentro dessa perspectiva. Nós apresentamos um estudo que, hoje, com a reforma, sem essa redução de alíquota, nós teremos uma carga fiscal de 28,5%, mas com a redução de alíquota, ou seja, uma carga fiscal caindo para 11%. Então, de alguma maneira, há uma redução, um alívio para as empresas e para o consumidor. Apresento aqui, muito rapidamente, o impacto da reforma tributária, com e sem a redução de alíquota, para o consumidor de baixa renda e para as empresas. Já está na regulamentação a previsão do *cashback* para famílias de baixa renda. O *cashback* é uma técnica de justiça fiscal, é uma política social para o desenvolvimento econômico, objetivando reduzir a regressividade e, em especial, para a universalização do serviço de saneamento básico.

Nós apresentamos, na pesquisa, a experiência internacional sobre esse tema do *cashback* e saneamento em outros países. Também apresentamos que as pessoas sem saneamento são cinco vezes mais pobres que as pessoas com saneamento. Portanto, a ideia é corrigir a desigualdade e universalizar a atividade de saneamento básico, os investimentos em saneamento básico. Hoje, nós identificamos, após pesquisas, que o investimento público com a execução das verbas destinadas tem sido muito reduzido. Há previsão no orçamento, mas não há a plena execução orçamentária. Apresentamos também simulações do impacto da reforma para as empresas, trazendo uma redução nos investimentos. Portanto, para concluir, temos aqui um tema de justiça social. Temos um tema que envolve a dignidade da pessoa humana. Não é possível excluir da reforma tributária, excluir do rol de benefícios fiscais, que a Emenda Constitucional nº 132 incluiu na Constituição diversas atividades. Apenas para citar exemplos, botox tem o regime de redução fiscal. Minoxidil também tem. Viagra também tem redução, mas o saneamento básico não. Portanto, nós temos que instar o legislador a, de alguma maneira, considerar o saneamento básico e toda essa atividade dentro de um regime mais benéfico. Para o consumidor final de baixa renda já há uma previsão do *cashback*, mas para as empresas que precisam investir, não, e nessa atividade não há nenhum tipo de remédio e vai ficar muito mais onerosa, mais custosa para as empresas implementarem a universalização do serviço de saneamento. Portanto, eram essas as ideias que eu queria apresentar. Eu reitero que as nossas pesquisas estão no Banco de Dados de Pesquisas da FGV Justiça.

Luiz Gustavo Bichara



Procurador Tributário
do Conselho Federal
da Ordem dos
Advogados do Brasil.

Eu me impus um desafio: falar sobre oito temas. Eu quero passear, muito rapidamente, por esses oito temas que me parecem importantes para que possamos minimamente fazer uma reflexão sobre detalhes da reforma tributária. Todo mundo é a favor da reforma tributária, isso é um truísmo. Agora, eu acho que nós não podemos ficar na superfície. Nós temos que avançar um pouco no detalhamento da reforma, temos que sair um pouco do *powerpoint* e debater o texto. Este é o desafio que eu vou propor para nós todos, de maneira muito rápida.

A reforma é bem-vinda e é bem-feita. O Brasil desistiu de inventar alguma coisa nova e adotou um padrão mundial, o Imposto sobre Valor Agregado (IVA), que funciona mais ou menos bem no mundo inteiro. Então, não há a menor dúvida que a reforma será boa, e que vai, a longo prazo, simplificar o sistema e nos beneficiar com coisas que o mundo inteiro pratica, como o cálculo por fora e a cobrança no destino. Tudo isso vai reduzir a incrível litigiosidade e é um tiro poderoso na questão da sonegação dos benefícios fiscais. Tudo isso está ótimo. Agora, há problemas que precisamos discutir. O rumo é muito bom, mas nós não podemos ir no piloto automático por causa disso.

Então, a primeira coisa que eu queria conclamar aos colegas é uma reflexão sobre o que tem sido dito desta reforma que será aprovada daqui a duas semanas. Nós não podemos fazer a reforma no reflexo. Ela tem que ser feita com reflexão. Nós precisamos de tempo para debater esta reforma. Por que essa agonia? O texto é complexo. Os especialistas que o desenharam levaram sete horas para explicá-lo. Nada que demora sete horas para ser explicado pode ser simples. Então, nós precisamos debater esse texto com mais calma. Também lembro que esse texto foi debatido durante meses durante uma comissão de burocratas das Fazendas Federal, Estadual e Municipal. Os contribuintes não estavam presentes. Imaginar que essas pessoas vão defender o contribuinte é como imaginar que haverá passeata de peru em defesa do Natal. Os contribuintes precisam estar representados nisso e precisam ser ouvidos. O contribuinte não pode ficar só olhando o que está acontecendo. Por isso, eu acho que nós precisamos de tempo para debater a reforma.

Um outro problema é que essa reforma não tem relator. São sete deputados federais, todos de grande categoria, mas não tem um relator. Na Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 45, nós tínhamos o deputado Aguinaldo e conversávamos com ele. Essa reforma não tem relator, ou seja, essa é uma preocupação. Nós precisamos de tempo para debater essa reforma. Agora, eu vou entrar nos meus oito temas, pois essas foram considerações iniciais.

Em primeiro lugar, a sociedade está um pouco engabelada na tese que não haverá aumento de carga. Isso é uma lenda. O que há é uma previsão de neutralidade no momento da virada do modelo, a chamada alíquota de referência. Depois disso, não existe nenhuma alíquota. São três alíquotas: uma federal, uma estadual e uma municipal. Independentemente de onde se estiver, a alíquota no Rio Grande do Norte vai ser uma, na Paraíba vai ser outra, no Rio de Janeiro vai ser outra. Não vai variar muito porque a alíquota modal vai ser válida para todas as operações, salvo aquelas excepcionadas, mas vai haver alguma variação. Essa discussão é um pouco até infantil. Qual é a alíquota? Ninguém sabe. E a transição? Vai ser longa. A transição vai durar dez anos. Ela é longa e assimétrica. A transição para os tributos municipais e estaduais para o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) vai durar sete anos. Já a transição da União é imediata, ou seja, vira em 2026. Assim, haverá um aumento muito importante de carga tributária, especialmente para o setor de serviços. Imaginem, por exemplo, uma lavanderia de roupa

que paga 3,65% de tributo, hoje, sobre o consumo federal, vai subir para 12% não cumulativo. Qual o insumo que ele tem? Praticamente não tem insumo. Então, haverá um aumento brutal de carga naquele momento. Por que não uma transição simétrica? Essa não é reforma simplificadora? Por que a transição não é igual para os tributos federais, estaduais e municipais? Isso ficou muito ruim para o contribuinte.

Nós estamos ouvindo, como um bolero de Ravel, a tese da simplificação. A reforma vai simplificar mesmo, mas não vai ser como todo mundo está imaginando. Nós vamos ter uma alíquota somada de 26%, jogar na nota fiscal e faturar o serviço de mercadoria. Só que já existiam tributos sobre o consumo antes negociados. Esses tributos estavam imputados no preço daquela mercadoria e serviço. Então, o que se vai ter que fazer, agora, é debater a transição, que não terá essa simplicidade toda porque os contribuintes vão querer cobrar o tributo novo e empurrar a alíquota cheia na nota fiscal e os contratantes não vão querer e vão dizer que já tinha tributo sobre o consumo dentro e vão querer pagar a diferença. Então, se for cumulativo é fácil, é 3,65%. Se for não cumulativo, é 9,25% menos o crédito. Logo, não tem essa simplicidade toda na transição.

Um outro ponto que acho importante é a questão do imposto seletivo. O imposto seletivo, no mundo inteiro, é praticado como aquele imposto do pecado, que tende a agravar operações socialmente indesejadas, como cigarro e bebida alcoólica, discute-se ultraprocessado, combustível etc. No seletivo brasileiro aparece mineração e petróleo, ou seja, o Brasil pretende tributar operação de mineração e extração de petróleo com o imposto seletivo, inclusive nas exportações. O imposto seletivo brasileiro vai agravar petróleo e mineração. Esses são dois dos três itens mais importantes da balança comercial brasileira. Com isso, desmistificamos a tese de que esse imposto não tem natureza arrecadatória. Se não tivesse natureza arrecadatória, não se iria tributar mineração e extração de petróleo.

A partir disso, eu me lembro de um outro ponto, pois debatemos a questão da não cumulatividade. Um outro dogma que foi a todo momento repetido é o da não cumulatividade plena. Isso é uma pedra de toque do sistema só que surge o Projeto de Lei (PL) nº 68 com algumas previsões que começam a nos dar algum receio. Por exemplo, plano de saúde não dá crédito. Um plano de saúde é uma empresa B2B, uma empresa paga para outra a operadora de plano de saúde. Por que não daria crédito? Os teóricos da reforma dizem que não porque isso tem uma natureza de *free benefit* e, de mais a mais, o empregado pode contratar um plano individual. Esta é uma premissa descolada da realidade. Isso é uma fantasia de proporções épicas. Achar que um sujeito que trabalha em uma empresa não vai precisar de plano porque ele pode contratar lá fora e, portanto, se ele pode, não tem que dar crédito. Fica parecendo que já estão querendo puxar o tapete da não cumulatividade. É uma preocupação e temos que ficar atentos.

Nessa mesma linha, há um outro ponto, que é a inexistência de sanção no caso de não devolução dos créditos. Eu até acredito que os créditos serão devolvidos pelo Comitê Gestor, mas e se não forem? Se não forem, tem 60 dias, tem Selic, se passar de mais de 15, mas Selic não é sanção, porque se não for pago nunca, vai ficar “selicando” para sempre. Hoje, não é pago nunca. Essa é uma preocupação. Eu acho que deveria haver uma sanção para o Fisco se não devolver o crédito do contribuinte. Qual é a sanção que eu proponho? É coisa simples, por exemplo, poder liberatório do crédito tributário. O artigo nº 100 da Constituição já falou isso para precatório. Se o crédito for defotado, então ele poderia ser cedido.

Uma outra coisa grave, que acho que pouca gente percebeu, é a exportação de serviço. O legislador tinha duas opções: fazer o que acontece há 20 anos com o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), que é “faturou para o exterior, não tributa”, ou fazer a várzea, que é o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) hoje, pensando o conceito de resultado, se foi no exterior etc. O que fez a lei? Adotou um critério ruim, pois tem que se verificar o resultado da exportação. Nós temos um sistema que funciona bem há 20 anos e o ideal é reproduzir aquilo que já funciona bem, e não importar o problema do ISS, que vai nos levar a um litígio de não sei mais quantos anos. O setor imobiliário também mereceu um tratamento diferenciado na reforma, e um crédito, como se fosse um deflator, uma depreciação, de 1/360. Agora, esse deflator será calculado com base em quatro fórmulas alternativas, e a lei não diz qual é a prevalente. Isso vai desaguar também no Judiciário. Este é um ponto que nós devemos enfrentar e tentar simplificar.

Para terminar, o ponto mais assustador de todos do PL nº 68 é a previsão de que o crédito só se confirma quando o contratante tiver certeza de que o pagamento do tributo foi feito pelo seu prestador. Isso é uma coisa estorpecida, porque, se a reforma é simplificadora, ela não pode querer que o contribuinte vire fiscal do seu prestador de serviço, ou de quem ele vende a mercadoria. Se o contribuinte paga a mercadoria, ele toma um crédito. Se o valor foi pago ou não, porque está na etapa anterior, não é um problema dele, é um problema do fisco. Imaginem uma empresa do tamanho da Petrobras ter que contratar um departamento só para controlar se o prestador pagou a fatura ou não.

O Jean-Baptiste Colbert, ministro da Fazenda de Luiz XIV, dizia que a arte da tributação consiste em arrancar o máximo de penas possíveis com o menor número de assobios do ganso. Só que nós somos gansos, temos que assobiar. Tem muito detalhe nessa reforma que precisamos debater e precisa evitar essa pressa. Nessa correria, esses pontos não serão discutidos e o contribuinte vai ser atropelado.

João Ricardo Catarino



Professor Catedrático
da Universidade de
Lisboa.

Eu fiz parte da Comissão de Reforma e há alguns perigos que podem ser evitados e vou alertar sobre eles. Que perigos pode o Brasil incorrer na implementação do modelo de Imposto sobre Valor Agregado (IVA)?

Em primeiro lugar, o modelo europeu não é um modelo final, não é um modelo acabado. Há 70 anos que tem IVA na União Europeia, está tudo estabilizado. O modelo é um modelo comum, mas não é perfeitamente harmonizado. Este é um aspecto que devem prestar atenção. Na Europa, temos 27 Estados, e o Brasil têm 26 estados e o Distrito Federal, logo, é possível que na interpretação das normas que regem o modelo sobre o valor agregado ou acrescentado, no Brasil, nas suas diferentes formulações municipal, estadual e federal, possam surgir diferenças de interpretação e até nas isenções que se concernem. Isto vai gerar tensão dentro do imposto. Uma outra tensão que nós temos dentro da União Europeia é o fato de as alíquotas não serem iguais. Os Estados-membros não têm todos a mesma alíquota e, provavelmente, no Brasil surgirão tensões para que haja alíquotas diferenciadas. Essa circunstância vai determinar um outro fator de tensão dentro do imposto.

Hoje, na União Europeia, o sentimento é que as alíquotas do IVA, em geral, foram longe demais e o imposto funcionaria melhor se as alíquotas fossem mais baixas porque a propensão para a fraude diminuiria, já que voltaríamos a níveis de tributação mais baixas. Em contrapartida, teríamos que alterar também a base de incidência do imposto, no sentido de torná-la ainda mais larga, já que o imposto funciona bem se não tiver muitas alíquotas, isenções, exceções, se todos os Estados-membros ou todos os estados da Federação tiverem a mesma interpretação sobre as normas e aplicarem os regimes do mesmo jeito. Assim, o imposto funciona bem. Ele funcionará de forma pior se começarem a existir, como ocorre na União Europeia, alíquotas diferenciadas. Hoje, essa diferenciação é grande. É uma alíquota de 24% contra uma de 15% em Luxemburgo, 23% em Portugal, 21% em Espanha e na Alemanha, 22,6% na França. Esta diferenciação de alíquotas em um ou dois pontos pode não ser um problema, mas quando é tão grande, quanto 13% na região autônoma da Madeira, 15% no Luxemburgo, 24% em outro país. São nove pontos percentuais e isto gera distorções no comércio interno.

Trabalhar as isenções é um problema. Os setores econômicos e as suas atividades vão procurar uma isenção do IVA, sem perceber muito bem como funciona a mecânica do imposto. A verdade é que vão procurar que a sua atividade ou o seu produto esteja isento de IVA ou tenha uma alíquota reduzida. Isso gera entropias no sistema, que funciona pior com alíquotas reduzidas ou diferenciadas, pelo menos, para diferentes tipos de produtos, porque vão existir comportamentos por parte dos agentes econômicos que procurarão ajeitar-se à alíquota mais baixa. Nós temos alíquotas reduzidas para alguns tipos de produtos. Na União Europeia, qualquer Estado tem alíquotas reduzidas, mas isso é um problema, pois elas não se aplicam aos mesmos bens em toda a União. Há Estados que têm listas de alíquotas maiores do que outros. Por outro lado, os Estados não interpretam o conteúdo das listas do mesmo jeito. Portanto, este tipo de comportamento já está existindo e eu sei que estão sendo criados regimes especiais.

O imposto funcionaria melhor se tivesse uma alíquota única, sem isenções e com uma ampla base tributável, mas isto não existe. A simplicidade é uma coisa que não existe em matéria tributária por duas razões. A primeira é porque as sociedades humanas são complexas. Depois, é porque o Estado está refém de lógicas de grupos organiza-

dos e de interesses que vão procurar ajeitar a tributação para os outros, mas para eles não. A tributação é uma coisa boa para o outro. Finalmente, a tributação deixou de ser moderada e, por isso, ela suscita a fraude. Nós precisamos, nos nossos sistemas tributários, voltar à essência das coisas, ao básico. Isso me faz lembrar as palavras de Fernando Pessoa quando disse: “A criança que fui chora na estrada. Deixei-a ali quando vim ser quem sou; Mas hoje, vendo que o que sou é nada, Quero ir buscar quem fui onde ficou”. Nós temos que voltar a modelos tributários mais simples e os problemas que temos na Europa com o imposto faz com que não tenhamos um modelo final. Temos um modelo que se tornou mais complexo, que tem alíquotas diferenciadas, cujos regimes de isenção alargaram-se e não estão harmonizados ao nível europeu. Portanto, são problemas que o Brasil pode evitar com base nos anos de experiência que a União Europeia tem.

Ainda é um imposto altamente evoluído, por conta da questão da não cumulatividade. A não cumulatividade é a pedra de toque do imposto. Se ferir a não cumulatividade, o imposto vai cair e o Estado vai ter que reembolsar o operador econômico. Assim, terá que ter garantias e algumas certezas, mas ele terá que deixar respirar o operador econômico. Por isso, a não cumulatividade é uma pedra de toque.

Outra ideia relevante é a ideia do *cashback*. Como as alíquotas são muito elevadas no imposto, ele torna-se regressivo para as famílias e para as pessoas de rendimento mais baixo. Do ponto de vista do rendimento, é proporcionalmente mais pesado para quem tem menos renda, porque ele não consegue evitar o consumo nem o imposto. Nós conseguimos, com uma renda melhor, adequar o consumo. Já quem tem menos renda vai gastar 70%, 80%, 90%. Como ele é mais pesado para as famílias de menor rendimento, tem que haver mecanismos de alívio fiscal. O *cashback* pode ser uma ideia, porque hoje temos sistemas de informática gigantescos e, além disso, temos uma coisa chamada CPF, até possível controlar os consumos. É possível controlar isso, mas o *cashback* pode ser uma boa solução.

Talvez, o Brasil ainda possa pensar em um outro aspecto. Ao passo que implementa uma Reforma Geral da Tributação do Consumo, que é muito significativa, vai também adotar um sistema amplamente utilizado no mundo, com as suas próprias especificidades, com aquilo que é a complexidade do país. Logo, o modelo vai ser complexo. A União Europeia criou um código de conduta para o comportamento das empresas, que as obriga, e obriga o Estado também, a um *level playing field* muito honesto e baseado no controle, mas é um controle inteligente. Dá-se o crédito, neste sentido acredita-se que é sério, mas se não for, o Estado vai cair em cima de uma forma muito rápida, violenta e definitiva. O medo também guarda a vinha, a propriedade, ninguém invade porque tem medo.

Há outro aspecto, que é a cooperação administrativa. Os Estados da Federação vão ter que cooperar entre eles, trocar informações e estar disponíveis para dar e receber, porque o problema de um é o problema de todos. Temos que olhar para a coletividade, para os estados, como na União Europeia. Sem isso, o funcionamento do imposto fica prejudicado.

Gostaria de terminar com o pensamento de Burke, que foi um homem do século XIX. Tributar e agradar, ou seja, fazer uma forma tributária que agrada a todos não é possível. Isso não existe. Vamos ter que viver com sistemas tributários dos quais nem todos vão gostar. O importante é conseguir minimizar o interesse de todos e conseguir que fiquem de alguma maneira satisfeitos com o sistema. Assim como não é possível tributar e agradar, também não é possível amar e ter juízo.

Glauce Carvalho



Diretora Jurídica da
Confederação Nacional
das Seguradoras.

Eu acompanho bem de perto os debates do setor segurador em relação à reforma e minha palestra é dividida em três partes. Antes de mais nada, vou situá-los no mercado segurador para poder fazer o *link* com a reforma tributária.

O setor segurador é responsável por proteger tudo em sociedade, como a vida e os riscos. Hoje, o setor representa mais de 6,5% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro. Isso é enorme. Nós financiamos mais de 26,5% da dívida pública nacional, pois os ativos garantidores das seguradoras são utilizados na compra de títulos de dívida pública. Isso representa mais de 2 trilhões de reais em reservas. Também geramos mais de 500 mil empregos diretos e indiretos. É um mercado muito promissor, só que a proteção ainda é muito pequena. Ao olhar a quantidade de veículos segurados no Brasil, o valor é de menos de 30%. Quando olhamos o volume de contratação de plano de saúde, é um quarto da população brasileira. Nós precisamos dar mais acesso. Quando observamos o volume de seguro de vida contratado de pessoas maiores de 18 anos, esse valor também chega perto de 17%. Já as residências seguradas no Brasil ficam em torno de 14%. Quan-

do vemos o que aconteceu no Rio Grande do Sul, nós lamentamos muito porque a maioria, infelizmente, não tinha qualquer tipo de proteção ou seguro.

Como a reforma tributária é vista pelo setor? Nós entendemos que a reforma tributária é uma alavanca de crescimento para o mercado que precisa crescer. Como ficou situado o setor segurador na reforma tributária? Nós fomos considerados, com exceção da saúde suplementar e serviços financeiros. Assim, teremos uma lei complementar para chamar de nossa, com especificidade acerca do setor segurador; e a saúde suplementar ficou também no regime específico. Isso está alinhado com a experiência mundial, porque os países nos quais o seguro está dentro do Imposto sobre o Valor Agregado (IVA), adotaram também regimes específicos. Não é na maioria dos países em que o seguro está dentro do IVA, mas onde está, como no modelo australiano, está com um tratamento específico. Isso está na Emenda Condicional nº 132. Depois, nós tivemos o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 68.

Como ficou o setor segurador? A base de cálculo é o prêmio que, para quem não é da área, é aquilo que se recebe, que se paga pelo seguro. Então, a base de cálculo é relacionada ao prêmio. Infelizmente, as receitas financeiras das seguradoras também são base de cálculo para a questão do seguro. Como ficam as deduções? Tudo aquilo que é pago de sinistros, que é provisionado, no caso da previdência complementar e da capitalização, deduz da base de cálculo, assim como os gastos assistenciais das seguradoras de saúde. Nas deduções, a intermediação, considerando que o mercado de seguros utiliza muita corretagem de seguros e outras espécies de intermediação, também está deduzido da base de cálculo. Como fica o resseguro? A operação de resseguro com o seguro acaba tendo uma neutralidade, porque são duas pessoas jurídicas e as duas tomam crédito, então, há uma neutralidade, e a alíquota acaba ficando zerada. Já a tomada de crédito pode ocorrer nos seguros, mas tem exceção para capitalização, previdência complementar e saúde suplementar, e esse é um ponto que nos preocupa muito em relação a essa vedação e, quando olhamos outros produtos que são supérfluos, como bebida alcoólica, fumo e tabaco, pode-se ter tomada de crédito, mas não ter para o produto de saúde.

Quais seriam os pontos de melhoria para o mercado segurador em relação à reforma tributária? O que entendemos que tem espaço para aperfeiçoamento? O primeiro ponto é a receita financeira. Toda seguradora tem que constituir reserva técnica para garantir os riscos e esse valor precisa ser investido. Isso não é uma atividade típica. Nós somos obrigados a fazer isso, porque na legislação de regência, que é o Decreto-Lei nº 7.366, há uma determinação expressa para ter reserva técnica e para a remunerar. Há um outro aspecto, que não se pode alienar isso. Então, não faz parte do conceito de faturamento, não é um gasto típico e, mais do que isso, na minha opinião, não é objeto da reforma tributária. Por que? A reforma tributária vai tributar o serviço e o consumo, e a receita financeira não é nada disso. Então, esse é um pleito que nós temos. Nós já evoluímos um pouco pelo menos em relação aos valores de previdência e capitalização, porque acaba sendo entendido como o valor da própria pessoa investido, mas nós entendemos que tem que ser para tudo. O Supremo Tribunal Federal (STF) está debruçado nisso e nós tivemos o julgamento do chamado *leading case* das seguradoras, que é o Recurso Extraordinário (RE) nº 400 e nº 479. Nesse *leading case* das seguradoras ficou muito claro, na relatoria do ministro Dias Toffoli, que não incide Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins) sobre receita financeira. Portanto, para nós, essa discussão está muito clara, mas não é uma repercussão geral, então vai depender ainda do entendimento. No entanto, tivemos uma boa notícia, que a ministra Regina Helena, em um caso do Superior Tribunal de Justiça (STJ) envolvendo seguradoras, entendeu que o conceito de faturamento tem que ser um conceito constitucional, portanto, é o STF que tem que avaliar, não o STJ.

Um segundo ponto que para nós é muito importante é a alíquota zero em seguro rural e seguro de vida. Por que? O seguro rural já é um seguro isento de tributos federais pelo Decreto-Lei nº 7.366. Isso é assim desde a década de 60 e o seguro rural é algo tão importante quando percebemos que a área agrícola protegida no Brasil é cerca de 10%. Como podemos ter essa questão tão importante e, agora, ter que pagar Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e Contribuição Sobre Bens Serviços (CBS) sobre o seguro rural? Isso vai encarecer o produto e vai afastar uma proteção que já é muito pequena. O seguro rural é tão importante que é subvencionado pelo Poder Público Federal. Em relação ao seguro de vida, ele é um seguro muito social, pois tira a pessoa da mazela, já que naquele momento que há uma transferência direta de renda. Logo, para nós, não faz sentido nenhum que o seguro de vida seja tributado. Vários países do mundo adotam a alíquota zerada para o seguro de vida. Inclusive, talvez seja por isso que, na Austrália, mais de 50% da população têm seguro de vida. No Brasil, não chega a 17% quando se olha acima dos 18 anos.

Por fim, vale trazer dois novos aspectos sobre o seguro saúde. Por que nós entendemos que tem que haver tomada de crédito na contratação de seguro coletivo de saúde?

Primeiro, estimula-se a contratação e, automaticamente se reduz a pressão sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), que está altamente pressionado. Segundo, nem toda contratação é voluntária. Quando se olha convenções coletivas de trabalho, percebe-se que muitas empresas são obrigadas a contratar. Logo, se há uma obrigação de contratação, por que não há tomada de crédito? Esse é um ponto que é muito importante.

O setor segurador vê a reforma tributária com muito bons olhos. Sabemos que têm alguns pontos para ajustar, mas entendemos que pode ser uma alavanca de crescimento para esse mercado que tem tanto potencial e o Brasil pode mudar sua posição no *ranking* mundial de contratação de seguros.

Aguinaldo Ribeiro



Deputado Federal da
República Federativa
do Brasil.

Há um ano, era impossível pensar em uma aprovação de reforma tributária.

Eu acho que nós estamos no caminho certo por uma razão muito simples. A reforma tributária, sobre a tributação indireta, é mais do que promover uma reforma sobre o consumo. Ela demonstra que o país escolheu tratar dos seus problemas estruturais e não dos seus problemas circunstanciais, que é o que, geralmente, nós fazemos. Eu acho que essa é uma demonstração de um país com preocupação de tratar um tema tão importante, que muda, de fato, a vida das pessoas. Por que muda? Primeiro, nós temos um sistema altamente complexo, que deteriorou a natureza das nossas bases tributárias. O Brasil, hoje, tem uma distorção de suas bases tributárias em relação aos países similares ao nosso. Nós tributamos muito mais o consumo, que está atrelado à Seguridade Social, por exemplo. Então, nós temos que também enfrentar um outro tema, que é o tamanho do Estado, já que ele vai atrás de tributar. Às vezes, ele vai da pior forma possível, mais injusta, regressiva, que penaliza mais.

Agora, eu quero tratar dos mitos e verdades sobre os impactos da reforma tribu-

tária ou sobre a própria reforma tributária. Porque há muita coisa que gera preocupação, mas que não acontecerá. Há, também, alguns mitos. A questão do minoxidil e do botox, por exemplo, não está prevista, mas existe a possibilidade na regulamentação, pois, em relação aos medicamentos, temos três alíquotas – alíquota cheia, alíquota reduzida e alíquota zero, que é específica para aqueles tratamentos que a lei vai regulamentar e ainda não está garantido quem vai dizer quais são. Já sobre o saneamento, eu assinei o Plano Nacional de Saneamento Básico do nosso país quando era ministro das Cidades. Nós discutimos em vários níveis, com estados, municípios e a Federação, e fizemos um plano de, até 2033, universalizar o sistema de saneamento básico. Qual é o problema? Nós não tratamos das questões estruturais porque existia uma previsão de investimento para se cumprir esse Plano Nacional de Saneamento Básico, mas o orçamento é pulverizado.

A Reforma Tributária vai nos permitir fazer algumas reflexões importantíssimas. A primeira delas é o da simplificação. Esse é o maior benefício da Reforma Tributária. Nós precisamos apenas garantir que a regulamentação não desvirtue o que foi construído com o grande debate que foi feito com a sociedade. Nós temos a política que define a quantidade de votos necessários para se aprovar uma emenda constitucional no nosso país, com quórum qualificado na Câmara e no Senado Federal, no Congresso Nacional. Logo, tem coisas na reforma que eu não concordo, mas faz parte do processo. Por exemplo, não concordo com o seletivo, mas o Senado adotou e, como é uma casa congressional bicameral, nós tivemos que acordar para que se aprovasse. Então, nós temos um sistema, uma emenda constitucional que foi aprovada. Vamos ter uma regulamentação, mas a reforma e a implementação do sistema não é estanque. Nós vamos ter, inclusive, que acompanhar os efeitos da reforma. Por isso que, em 2026, quando se iniciar, por exemplo, a transição para o Contribuição Sobre Bens Serviços (CBS) será também em caráter experimental, porque nós vamos ter uma alíquota teste para que se tenha um potencial arrecadatório do imposto.

O que eu acho relevante é que nós, de fato, conseguimos mudar a estrutura do nosso país. É preciso que, agora, a regulamentação seja o retrato da emenda constitucional, ou seja, que se mantenham os princípios de simplificação e de não cumulatividade. Por exemplo, a questão do crédito na nota fiscal. Na construção da emenda constitu-

cional, nós idealizamos uma nota fiscal Brasil e esse crédito se dá de maneira muito simples. É quando a alíquota é destacada na venda, é debitada e compensada automaticamente. Não há que se impor ao contribuinte o papel inusitado de agente arrecadador.

A questão da alíquota vai ser a que temos hoje, que é muito alta. É mais alta do que pensamos porque não é transparente. Nós pagamos imposto sobre imposto. A base de cálculo do imposto integra o que vai se pagar, quer dizer, ela é cumulativa e gera um dano muito grande. Certamente a não cumulatividade e a neutralidade também são importantes, mas o princípio da simplificação e da transparência vão nos instigar a exercermos a nossa cidadania fiscal. Porque o brasileiro não se importa muito com o orçamento geral da União, por exemplo. Ele acha que aquilo que é público está muito distante dele e ele não paga, mas, na verdade, nós todos pagamos. Nós vamos discutir para ter alíquota e para ter carga. O ideal era ter um IVA único para alargar a base, mas como a nossa Federação é mais complexa do que o que pensamos, os estados não toparam fazer isso.

Eu estou muito animado para que possamos regulamentar e acho que é importantíssimo que todos nós participemos dessa discussão de forma ativa, que tenhamos o tempo necessário para termos uma regulamentação que seja segura. Não estou falando em política, estou falando em técnica. Nós temos espelhado o que o comando constitucional preconizou e isso só se faz dialogando. Eu acho que a reforma, inclusive, só foi aprovada porque foi construída na base de muito diálogo. Nós estamos imbuídos desse propósito. A reforma boa é aquela que se implementa e, ao se implementar, nós corrigimos. Aliás, nós estamos em um mundo tecnológico e, cada dia mais, vai ter mais novidade que não está prevista na legislação de como se tributar.

MESA XXI

21

MODERADOR - LUIZ FERNANDO BANDEIRA DE MELLO¹

INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS E TEORIA DO DIREITO

¹ Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça do Brasil.

Luiz Fernando Bandeira De Mello



Este é o painel mais internacionalizado que teremos em todo o XII Fórum de Lisboa, talvez. Nós temos, além dos juristas e especialistas brasileiros que estão conosco, o professor Petar Bojanic, da Universidade de Humboldt, em Berlim, o professor Leandro Vergara, professor decano da Universidade de Buenos Aires, e o professor Gonçalo de Almeida Ribeiro, do Tribunal Constitucional, aqui em Portugal.

Conselheiro do
Conselho Nacional
de Justiça do Brasil.

Renata Gil



Juíza do Tribunal de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro
e Conselheira do Conselho
Nacional de Justiça.

Eu sou uma defensora das instituições brasileiras. O Brasil, como os países que vivem em democracia, tem vivido retrocessos democráticos eu trouxe apenas alguns dados e reflexões para a entendermos o momento que o mundo vive.

Eu gosto de uma frase do Churchill que diz que a democracia é a pior forma de governo, exceto por todas as outras formas que já foram tentadas na História. O que me preocupa é que os países que vivem em democracia têm tido abalos. Uma pesquisa bem recente do Institute for Democracy and Electoral Assistance (Idea) traz um panorama do quadro da democracia no mundo. Há um recrudescimento nesse quadro, um declínio em muitos locais e, segundo o Democracy Index do Economist Intelligence, cerca de 50% da população mundial vivia em 2020 em algum tipo de democracia. Em 2023, esse número caiu para 45,4%, com 39,4% dos Estados tidos como autoritários, 15,2% como regimes híbridos e 37,6% como democracias frágeis ou imperfeitas. Nesse contexto, as democracias frágeis ou imperfeitas estão em Estados como Estados Unidos, Itália, Portugal, Brasil. Apenas 7,8% das democracias no mundo foram vistas como plenas. Atalá Cor-

reia, professor do IDP, diz que desde a redemocratização não se vivem tempos tão difíceis em nosso país e é necessário saber lidar com esse estado de coisas.

Quais as estratégias temos para essa quebra de institucionalidade? O reforço da nossa Corte Suprema. O ministro Barroso, ao comemorar os 11 anos dele no Supremo Tribunal Federal (STF), falou da importância do STF como guardião da Constituição e como gerente, como aquele que cuida dos direitos fundamentais. As Constituições têm esse papel no mundo, de limitar o poder político e de garantir esses direitos fundamentais. O ministro Barroso avança em algo que eu acho importante que nunca uma Corte Constitucional pode ser avaliada através de uma pesquisa de popularidade fria. Por que? Em geral, as decisões judiciais são contramajoritárias. Ele deu como exemplo um processo de desintrusão de cinco mil pessoas que ocupavam uma terra indígena de mil índios. Assim ele disse que teve pelo menos cinco mil pessoas contra ele, se fossem avaliadas, e mil a favor da decisão judicial. Esse é um contexto que temos que ter em mente quando pensamos em avaliação do Poder Judiciário. No Brasil, o pilar fundamental para que esse poder político seja limitado conforme a soberania popular, pensando nas teorias constitucionais, no constitucionalismo e no neoconstitucionalismo, é um Poder Judiciário forte e independente. Eu tenho muito orgulho de ter presidido a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), uma entidade que guarda o Poder Judiciário e a independência judicial.

Qual a diferença do Poder Judiciário brasileiro dos outros Poderes Judiciários no mundo? Primeiro, ele é Poder. A nossa conformação é absolutamente constitucional. Temos três garantias muito firmes, que é a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos, que garantem que os juízes brasileiros consigam dar decisões políticas importantes e que isso não afete essa independência judicial. Eles não fazem parte do Poder Executivo, como ocorre, por exemplo, na França, e não estão, portanto, sujeitos às vicissitudes políticas. Minouche Shafik diz, em seu livro, de um novo contrato social, que tem que ser um cuidando do outro, porque nós vivemos uma crise de legitimação política. Talvez, nesse aspecto eu pense que a força da institucionalidade precisa ser reforçada. A população não acredita mais no poder político, porque se sente desassistida pelas nossas autoridades. Isso tem um quê de crise po-

lítica. Como nós resolvemos tudo isso? Através do reforço da participação popular. Como ela acontece através das instituições? Por meio da agregação que nós fazemos, por exemplo, na busca dessa realidade social e entrega de políticas públicas relevantes para essa população, reafirmando a força da nossa institucionalidade.

O ministro Luiz Felipe Salomão, em uma palestra recente, disse que não existe nenhuma instituição de justiça administrativa no mundo como Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Por que? Através do CNJ, nós temos feito várias políticas públicas que, por vezes, o poder político não consegue entregar para a população, como a entrega de registro civil para a população de rua, a entrega de terras em projetos de regularização fundiária, o incentivo à doação de órgãos que as instituições, inclusive de saúde do país, ainda não conseguiram organizar. Recentemente, nós tivemos um julgamento importante sobre a descriminalização da maconha, ou para quem entende como o ministro Dias Toffoli, que já era descriminalizada, porque nós estamos só criando um novo modelo de acompanhamento dessas pessoas que são usuárias de drogas, e o CNJ será o responsável pela regulamentação do que foi determinado pelo STF. A mesma coisa com relação aos presos. Todo o controle dos encarcerados e das encarceradas no Brasil é feito através do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), que é um departamento do CNJ. A mesma coisa acontece com a área da saúde. A conselheira Daiane é a presidente da Comissão de Saúde do Fórum Nacional de Saúde e organiza as questões atinentes à judicialização, à entrega de medicamentos fora das tabelas, à acomodação das decisões que são proferidas pelas cortes em contato com a base do sistema de justiça. Então, todas essas questões, hoje, perpassam pela institucionalidade, fazendo com que a ponta do Poder Judiciário independente esteja conectada à sociedade, por vezes, muito mais do que o nosso poder político.

Eu reforço que a independência judicial é um valor que está incito ao Estado Democrático de Direito. Nós temos visto em outros países, por exemplo, o que aconteceu recentemente em países europeus com os seus regimes totalitários, que é através do enfraquecimento da Constituição e do Poder Judiciário que esses regimes se instalam. No Brasil, isso não aconteceu por um único motivo, porque a nossa Constituição é muito forte. Eu sou uma amante da Constituição Brasileira de 1988, que tem a maior porta de direitos que uma Constituição pode ter e, por isso, nós temos uma judicialização de 80 milhões de processos, mas somente através da força dessa Constituição e de um Poder Judiciário com uma cúpula como o STF, e isso não nos afasta das críticas e das remodelações que devemos sofrer, é que nós garantimos cidadania, do nosso Estado de Direito e da democracia.

Gonçalo de Almeida Ribeiro



Vice-presidente do Tribunal
Constitucional da
República Portuguesa.

Eu vou ter algumas considerações muito breves, aproveitando o carácter essencialmente especulativo do tema deste painel, para falar sobre o problema da legitimidade democrática.

O problema da legitimidade democrática, como eu o concebo na época contemporânea, surge do seguinte paradoxo: por um lado, e isto pode ser documentado por uma série de marcos temporais, a democracia tornou-se um regime político, intelectual e culturalmente inevitável. O isso quer dizer? Não há, hoje, uma alternativa política ou intelectualmente substancial, séria, global à democracia como resposta ao problema clássico de saber qual é o regime mediante o qual nós podemos viver em conjunto e estabelecer uma relação plena entre governantes e governados. A democracia uniu-se, absorveu, derrotou todas as grandes alternativas que, no final da época moderna e na época contemporânea, se perfilaram em face dela. Por outro lado, a democracia é um regime que vive numa angústia ou numa incerteza permanente quanto à sua própria legitimidade. Há um politólogo francês, Claude Lefort, que tem insistido em um aspecto da incerteza da democracia quanto à sua fundamentação filosófica, que é

agravada pelo fato de a democracia – e, certamente, a democracia liberal – ser um regime que se questiona permanentemente a si próprio através das suas elites, das suas instituições e dos seus cidadãos. Este é o paradoxo da democracia.

Talvez possamos compreender melhor este paradoxo se tomarmos em consideração três grandes marcos da história política da época contemporânea, aquela época que se inicia com a Grande Revolução Francesa em 1789 e que culmina no tempo em que vivemos hoje que, em princípio, continuará nas décadas subsequentes. O primeiro marco é a Revolução Francesa. Qual é a importância da Revolução Francesa? É o evento que faz com que o grande sujeito político da modernidade, que é o povo, se torne o sujeito central e inevitável, na forma como nós concebemos a politicidade. Isso decorre da própria categoria moderna de revolução, que é bastante diferente da categoria pré-moderna de revolução. O termo revolução significava, na pré-modernidade, uma de duas coisas: ou um regresso às origens, uma restauração cíclica do ponto de partida, como a própria conotação astronômica do termo *revolutio* indica, ou uma insurgência, uma ruptura que só é plenamente compreensível retrospectivamente, isto é, quando percebemos que houve uma mutação da ordem política, de que mais tarde nos damos conta. É nesse sentido que nós podemos dizer que, na Inglaterra, houve uma Revolução Gloriosa. O que acontece com a Revolução Francesa? Ela é a ruptura política é interiorizada pelos seus próprios protagonistas e torna-se, por isso, um ato consciente. A Revolução Francesa é a primeira revolução, no sentido moderno, em que há um conjunto de sujeitos que evoca o poder soberano de questionar e transformar radicalmente a ordem política. Este é o conceito moderno da revolução. Assim, durante todo o período revolucionário na França houve uma discussão pública permanente sobre o que é revolução e quais são os seus imperativos. Esta é a revolução no sentido moderno, uma ruptura consciente, uma avocação coletiva do poder soberano de questionar e transformar a ordem política. Este é um grande desafio a todas as tentativas de ver a ordem política como um fato da natureza inquestionável. O segundo marco temporal ocorreu em 1945, com a derrota militar por um lado, mas intelectual por outro, da tentativa de questionar a contemporaneidade política, aquela que nasceu da Revolução Francesa, não através de uma simples contrarrevolução, mas de uma tentativa de reinterpretação modernista da contrarrevolução. É isso que, em larga medida, são ideologias, ou que formou ideologias, como o fascismo e o nazismo. No final da Segunda Guerra Mundial, essas alternativas estão

derrotadas. A tentativa de reinterpretar, em termos modernistas, a reação à contrarrevolução. O terceiro marco temporal ocorreu em 1989, com a queda do muro de Berlim. A derrota, largamente política, mas também intelectual e cultural, da outra grande alternativa que a Revolução Francesa tinha gerado, que correspondia à facção jacobina da Revolução Francesa e que culminou com a naturalidade, através da radicalização intelectual, no comunismo de matriz marxista-leninista.

Estes três marcos temporais nos mostram que a democracia, em particular a democracia liberal, tornou-se, por isso, um regime inevitável, não no sentido de ser um regime historicamente necessário ou garantido por uma qualquer necessidade metafísica, mas no sentido de que nós vivemos em uma situação político-espiritual em que não há alternativas claras e intelectualmente robustas à legitimidade democrática. Mesmo aqueles regimes que os ocidentais veem como regimes imperfeitamente democráticos ou como uma corrupção da democracia, reclamam-se genuinamente democráticos e, portanto, procuram, na legitimidade democrática, uma alternativa à interpretação que é dada pelas democracias liberais ou às democracias de tipo ocidental, essa ideia de legitimidade democrática. Este é o problema da legitimidade democrática na Era Contemporânea.

Esta incerteza da democracia contra os seus próprios fundamentos é uma incerteza que se pode documentar na obra de três grandes autores, todos eles com formação jurídica, embora tenham evoluído para outras áreas do pensamento social e político, que conceberam a legitimidade democrática de forma diferente. Há um livro de um politólogo da Universidade do Minho, Pedro Magalhães, que estudou estes três autores de uma forma particularmente inteligente porque viu na interpretação que eles fazem da democracia os três grandes ingredientes da democracia ou da legitimidade democrática contemporânea, que são inevitáveis no sentido que não podem ser integralmente reprimidos ou suprimidos, mas que não são suscetíveis de conviver em um equilíbrio pacífico. O primeiro autor é Max Weber, o grande fundador da sociologia moderna, jurista de formação, que é, sobretudo, um teórico da modernidade, no sentido de contemporaneidade. Ele, ao contrário de Marx, concebe a modernidade europeia, secular e, sobretudo, capitalista não como uma inevitabilidade histórica governada por leis, que são aos quais os seres humanos são impotentes, relativamente, mas como um acidente histórico que criou uma situação de necessidade ou prisão inexpugnável, que Max Weber caracteriza com uma metáfora, que é a de que a modernidade é uma jaula de aço. Por vezes, esta expressão é traduzida como “jaula de ferro”, mas o ferro é um mineral natural, já o aço é sintético, e esta é a ideia de Weber, de que a modernidade não tem nada de inevitável, é um evento histórico que ocorreu por um processo que designa como afinidade eletiva, um termo que vem do romantismo alemão, sobretudo de Goethe, e que ele caracteriza como um encontro de lógicas que criou esta prisão, que é uma jaula, uma gaiola de aço, na qual o ser humano se encontra aprisionado. Weber vê a democracia moderna como a única for-

ma que nós temos, nestas condições de convivência coletiva numa jaula de aço, de podermos selecionar lideranças políticas, na esperança de que algumas delas tenham uma característica excepcional, que é aquela que nos permite, de vez em quando, escapar nos interstícios ou nas frestas dessa gaiola de aço, ou seja, o carisma, a possibilidade de haver uma liderança transformadora, uma singularidade política que nos permita escaparmos à normalização brutal que é a vida burocrática moderna.

O segundo autor é Carl Schmitt, que tem uma interpretação completamente diferente da legitimidade democrática. Ele tem uma interpretação não elitista, como a de Max Weber, mas uma interpretação populista da democracia. Para ele, a democracia manifesta-se naquele momento em que esse sujeito misterioso, oculto, etéreo, que nunca pode se tornar presente por si próprio, mas apenas através da mediação de um qualquer sujeito, presente, oculto e invisível, que é o povo. Esse povo se encarna em uma liderança política e ela reclama-se, naquele momento, o povo. Esse povo é sempre qualquer coisa que é uma rotura, uma exceção, um desvio em relação às formas político-constitucionais através das quais se expressava no momento da normalidade ou da legalidade. Isto é uma chave importante para compreendermos o que são os fenômenos populistas modernos. Esta tensão permanente entre o critério político-constitucional de representação do povo e o critério populista da representação do povo, aquele líder que diz que este é o verdadeiro povo, que se faz carne no meu projeto político e no movimento que me apoia. Esta é a concepção populista-democracia. Uma terceira concepção de democracia é uma concepção pluralista-democracia, cujo autor mais evidente foi um grande jurista da Áustria, Hans Kelsen, que vê a democracia como um regime de compromissos. Na democracia não pode haver mistificações. Não há uma vontade popular, uma unidade política, uma ordem de que todos participem igualmente, e o que há é uma gestão permanente dos vários compromissos entre indivíduos e facções com os seus interesses próprios e toda a arquitetura constitucional da democracia é uma tentativa de gestão e conservação desse equilíbrio de interesses.

A crise da legitimidade democrática é o fato de nós não podermos conceber com seriedade intelectual e com sustentabilidade política o projeto da democracia enquanto regime sem contemplar em alguma medida estas três concepções: uma elitista, uma populista e uma pluralista. O problema é que estas concepções, em última análise, não parecem ser suscetíveis de uma reconciliação filosófica, uma reconciliação radical plena. Por isso, vivemos nesta situação peculiar que é da democracia ser, por um lado, inevitável e, por outro lado, uma interrogação permanente à qual nos colocamos.

Alexandre Franco de Sá



Professor da Universidade
de Coimbra.

A democracia tornou-se um regime inevitável, consensual, mas, por outro lado, a democracia tem uma dinâmica interna que nos leva – e este é o meu ponto de partida – a falar há 20 anos de *post-democracy*, pós-democracia. Portanto, a democracia vive nesta tensão permanente entre, por um lado, a sua dimensão consensual e, por outro, a sua reestruturação e reformulação através de uma dinâmica interna que faz com que o autor, Colin Crouch, que escreveu o livro “Post-Democracy”, fale de um descontentamento da democracia, para usar uma formulação do Michael Sandel, que nos leva justamente à necessária reflexão sobre a sua natureza e sobre a natureza das suas instituições.

O tema que gostaria de abordar é a forma como, nos sistemas políticos atuais, esquerda e direita se organizam em função da reflexão sobre este problema. Portanto, à esquerda o descontentamento da democracia levou a que alguns autores, que se confrontam, reivindiquem aquilo que se chama uma *radical democracy*, uma democracia radical. Não são antidemocratas, mas invocam a necessidade de uma democracia radical. Em que termos? Surgidos gradualmente da esquerda pós-marxista, o descontentamento com a democracia corresponderia à possibilidade de

tomar consciência que os dois princípios componentes da democracia – democracia e liberalismo – têm entre si uma relação que não é harmoniosa, uma relação tensional, que não é fácil e que não pode nunca ser dada como adquirida. Uma das principais intelectuais que se filia nesta tradição da democracia radical é a belga Chantal Mouffe. Ela reivindica essa tradição e diz que é crucial compreender que na democracia moderna lidamos com uma nova forma política de sociedade cuja especificidade vem da articulação entre duas diferentes tradições. De um lado, temos a tradição liberal, constituída pelo império da lei, a defesa dos direitos humanos, o respeito pela liberdade individual. Do outro, a tradição democrática, cujas ideias principais são as da igualdade, identidade entre governantes e governados e soberania popular. Não há uma relação necessária entre estas duas tradições políticas distintas, mas apenas uma articulação histórica contingente. Segundo Mouffe, portanto, a associação secular entre a democracia e o liberalismo, que resultou na forma política em que vivemos, é fruto de uma influência mútua entre estas duas tradições, que se contam reciprocamente, mas não podem ser identificadas uma com a outra.

É nesta linha de análise que os defensores da democracia radical propõem então, diante da crise da democracia, a transformação da vivência democrática das democracias liberais em um sentido que as aprofunde, ou seja, propõem um aprofundamento da democracia. Propõem, portanto, mais democracia. Aham que a democracia liberal na sua forma é insuficiente. Com isso, não se propõem abandonar a forma política da democracia liberal, ou pelo menos não explicitamente, mas procuram encontrar nesta forma o espaço para um reencontro com o verdadeiro sentido da democracia, que as atuais instituições da democracia liberal tenderiam a esquecer e obscurecer. É neste sentido que Mouffe caracteriza a sua posição como um populismo de esquerda. Para Mouffe, por um lado, o populismo de esquerda não se poderia confundir o que ela chama de política revolucionária. Ela não quer alterar a forma política da democracia liberal. No entanto, o populismo de esquerda compreende que ao momento democrático sucedeu um momento populista precisamente porque as instituições democráticas das democracias liberais se tornaram, para um cidadão comum, frustrantes porque o seu elemento democrático se tornou crescentemente vazio em benefício de uma dimensão liberal que, convertendo-se em neoliberal, se tornou hegemônica nas próprias democracias liberais e as modificou por dentro. Mouffe diz, evocando aquilo que chama uma ofensiva liberal que teria marcado as democracias liberais a partir

da década de 80: “O cidadão foi substituído pelo contribuinte. A ideia política de liberdade foi articulada apenas como liberdade econômica e a democracia reduzida aos procedimentos eleitorais”. Torna-se, então, clara a proposta de leitura da crise da democracia pelos defensores de uma democracia radical. Para estes, a democracia liberal, cujas instituições resultariam de um equilíbrio entre democracia e liberalismo, ter-se-ia paulatinamente tornado pouco democrática na medida que, a partir da hegemonia cultural do neoliberalismo, a democracia se teria reduzido a uma dimensão meramente formal. Por isso, para a maioria dos cidadãos das atuais democracias liberais, a democracia corresponderia apenas ao exercício pela população de um direito de votar, e votar significa apenas escolher, de tempos a tempos, candidatos indicados em listas formadas pelos partidos do sistema sob a pressão de um aparelho midiático em conluio com estes partidos e especializado, cada vez mais, em manipulação mental e no exercício de técnicas de controle emocional. Diante disso, a resposta dos defensores da democracia radical é dupla. Por um lado, tratar-se-ia de radicalizar a dimensão democrática da democracia liberal, apelando à participação dos cidadãos por meios que vão além das formalidades eleitorais. Por outro, tratar-se-ia de dinamizar esta participação, colocando-a ao serviço do que entendem ser as verdadeiras causas e demandas democráticas e de ocupar as próprias instituições da democracia liberal para se colocar ao serviço da mundividência respectiva. É isso que a esquerda radical contemporânea invocando, sobretudo a herança de Gramsci, como Chantal Mouffe faz explicitamente, entende como a reivindicação de hegemonia cultural. Tal reivindicação não pode escapar a um caráter paradoxal que acompanha todo o discurso da reivindicação de uma democracia radical que é intrinsecamente constitutiva da defesa de um populismo de esquerda. Por um lado, então, o populismo de esquerda reclama-se como estando dentro do quadro das instituições liberais, mas, por outro, reivindica uma leitura das mesmas instituições democráticas não em linha com o liberalismo político, mas como um campo de batalha que deve ser ocupado precisamente pela reivindicação de hegemonia por parte dessas mesmas posições de um populismo de esquerda. Sobretudo para o populismo de esquerda, o Estado e as várias instituições democráticas presentes na sociedade são o próprio palco de luta política em torno da sua ocupação. Trata-se, então, de uma luta que o próprio populismo de esquerda reivindica como contra-hegemônica, diante da hegemonia dessas mesmas instituições.

O que se passa à direita? Se é possível encontrar, hoje, um discurso populista à esquerda que encontre um déficit democrático na democracia liberal, à direita nós temos discursos que, explicitamente, advocam a ideia da superação da dimensão democrática, da democracia em benefício da sua dimensão liberal. São, hoje, ainda debates puramente teóricos, muitas vezes vindos da esfera da filosofia analítica, portanto, uma esfera anglo-saxônica, muito ligada à tradição norte-americana. Invoco aqui pelo menos um exemplo, o de Jason Brennan, com um livro de 2017 chamado “Against Democracy”. O título do livro não é um título retórico. Não é uma provocação. Ele é mesmo contra a democracia, ou seja, entende

que o problema das democracias liberais em que nós vivemos não é, como reivindicam o radicalismo de esquerda ou as posições que defendem uma democracia radical, a falta de democracia e o caráter demasiadamente filtrado justamente pelos processos de mediação próprios da democracia liberal relativos à participação popular. O problema, para Jason Brennan, é exatamente o contrário. A crise das democracias liberais não advém da falta de democracia, ou seja, de menos democracia, mas de democracia demais. Portanto, nós temos, segundo Brennan, que acolher a tradição liberal no seu sentido originário e perceber que a participação política democrática é um perigo para as próprias instituições da democracia liberal. Portanto, a democracia liberal deve, em primeiro lugar, hierarquizar os seus valores, ou seja, colocar os valores liberais acima dos valores democráticos, perceber que os principais direitos são liberdade individual, propriedade, liberdade de expressão, e remeter para uma posição secundária o exercício de direitos políticos. Há direitos políticos, mas dentro de um modelo a que ele se chama, já não democrático, mas de modelo epistocrático, ou seja, uma recuperação do modelo platônico. O que ele diz é que a democracia não pode, constitutivamente, cumprir o seu papel emancipatório porque a participação política ou transforma os militantes políticos em *hooligans*, em termos dele, portanto, incapazes de ter um debate honesto com os adversários, ou transforma os cidadãos eleitores em cidadãos que votam por motivos fúteis, porque percebem que o seu voto é um em milhões, portanto, conta pouco e é irrelevante.

O que eu trouxe foi uma leitura do populismo contemporâneo, um pouco a contracorrente do modo como ele é apresentado. Eu explorei um pouco essa tese em um livro que escrevi em 2021, "Ideias Sem Centro: Esquerda e Direita No Populismo Contemporâneo", que graças hoje a Europa, é lido seja por posições neoliberais ou neoliberais, seja por posições ligadas à chamada democracia radical, como a verdadeira ameaça para a democracia, ou seja, a verdadeira ameaça para as democracias liberais. O meu ponto é este, e se não for? Se for, justamente, a alusão à reconsideração, ao reencontro com uma dimensão política que é essencial para pensar as instituições democráticas e que a democracia radical do populismo de esquerda e o neoliberalismo desconsideraram. Qual é essa dimensão política? Aquilo que o autor francês Vincent Cossé chama de a sociabilidade pré-política do povo. Ele define o populismo como "o partido dos conservadores que não têm partido". Eu creio que esta ideia de conservadorismo esteja muito ligada ao sentido das instituições. Existe um filósofo italiano, Roberto Esposito, que trata muito as instituições políticas no sentido que isso está subjacente à minha análise, que eu acho que é crucial para perceber isso. Portanto, o meu ponto de vista é que o populismo, hoje, certamente é uma ameaça ou um perigo que paira sobre as democracias, mas é mais do que isso. É também a possibilidade de conceber uma resposta que escape estas alternativas inviáveis.

Petar Bojanić



Professor de Filosofia
da Universidade de
Belgrado.

Eu publiquei um livro que o João Bachur ajudou a traduzir, e saiu pela Editora Contracorrente. Esse livro é, na verdade, sobre violência e messianismo e eu tento explicar o que isso significa.

É possível converter a violência e a guerra em justiça, direitos e lei? Esta é a questão atual em Israel, na Ucrânia e na Rússia. Como acabar com a guerra? Como institucionalizar a paz? Temos, antes da paz, uma instituição de guerra, porque a guerra é uma das primeiras instituições, junto da instituição da linguagem. O que significa construção institucional? Tentei entender o que significa uma boa instituição em outro livro, que o João Bachur também ajudou a traduzir. Antes de tudo, uma boa instituição é um bom tratamento do tempo. Significa chegar a tempo, e não chegarmos a tempo.

Leandro Vergara



Professor decano da
Faculdade de Direito
da Universidade de
Buenos Aires.

Para explicar sua internação de cinco anos no asilo Bethlem Royal Hospital, em Londres, no século XVII, o dramaturgo inglês Nathan Lee resumiu o que aconteceu com uma frase que seria uma, hoje em dia, uma ótima manchete: "Eles me chamaram de louco e eu chamei de loucos e, então, maldita seja, eles me venceram por maioria". Esta história de Nathan Lee nos ensina que, em muitos casos, as doutrinas do Direito são, por vezes, impostas pela moda, por correntes do pensamento que simplesmente constituem a maioria e nem sempre nos permitem raciocinar sobre a plausibilidade e, o mais importante, sobre a compatibilidade com o Estado de Direito Constitucional. Eu gostaria de levantar um problema: se a teoria da ponderação, como a fórmula do peso de Robert Alexy, tão conhecida e adotada por tantos tribunais constitucionais e outros tribunais, é até uma tese de Direito que respeita a divisão de Poderes e, principalmente, uma teoria que respeita a aplicação imparcial da lei.

Com qual frase se sentem mais confortáveis: "O fim justifica os meios" ou "O direito de um termina onde começa o direito do outro"? Qual dessas duas frases, bem como as ideias nelas contidas, é

mais usada pelos tribunais constitucionais quando há um conflito de direitos? Qual delas é mais amigável à teoria da ponderação? As decisões judiciais, geralmente, contêm critérios, ou seja, razões que justificam ou explicam os motivos de suas decisões. Quanto à pergunta sobre o que se espera das decisões, do ponto de vista subjetivo, as partes naturalmente só querem ganhar. No entanto, de um ponto de vista neutro, acadêmico, espera-se que uma decisão judicial seja baseada na lei. No entanto, como declaração, isso é muito geral, é simplista. O problema começa ou depende do que se entende por lei. Em qualquer concessão da lei, seja de uso positivista ou uso naturalista, para mencionar dois extremos, espera-se, no mínimo, que a decisão judicial responda a uma teoria que atenda aos padrões constitucionais. Isso significa que deve haver uma lei que sustente a decisão com uma referência adequada. Isso, por sua vez, pressupõe que aceitemos as premissas elementares do Estado de Direito Constitucional, como a divisão de Poderes. Nessa linha, as ideias básicas são que o Legislativo cria a lei e o Judiciário a aplica. Espera-se também, como valor adicional, que as decisões judiciais sejam previsíveis, pois é isso que contribui para a segurança jurídica.

Sobre esse ponto, minha tese é que as decisões judiciais devem apresentar uma teoria pelo menos consistente do Direito. No mínimo, o julgamento não pode ser apoiado por teorias contraditórias do Direito. Ele não pode ser interiormente contraditório e tampouco deveria ser contraditório com outra sentença ao julgar um caso semelhante. As decisões judiciais, inevitavelmente, realizam a tarefa de interpretação. Não há como aplicar uma lei sem antes entender seu escopo e conteúdo. Mesmo uma lei muito clara e facilmente compreensível deve ser interpretada. Daí o mal-entendido do brocardo latino *in claris non fit interpretatio*. Ele deve ser substituído por *in claris facilis interpretatio*. O problema é que o sistema jurídico não é um corpo perfeito, harmônico e coerente, que sempre dá origem a interpretações simples. Como qualquer obra humana, é um terreno com muitas imperfeições e problemas. A lei contém lacunas, áreas cinzentas, cláusulas de textura aberta e até mesmo antinômicas. No entanto, uma coisa é trabalhar com interpretações, mesmo que sejam muito trabalhosas, mas outra muito diferente é não aplicar a lei através da interpretação. Isso ocorre, indiretamente, com muita frequência, através do uso indevido da conhecida diferença entre regras e princípios. É um problema de teoria jurídica, recorrentemente tratado

no Direito Comparado e principalmente nos tribunais constitucionais, onde se observam muitas das chamadas teses da razão prática que se inscrevem no principialismo ou no neoconstitucionalismo de forma ambígua e pouco clara.

Tudo se torna mais dramático quando é preciso escolher entre conteúdos de extrema importância: liberdade de expressão *versus* honra ou identidade das pessoas; liberdade *versus* segurança; segurança jurídica *versus* vulnerabilidade; autonomia da vontade *versus* segurança no tráfico etc. A gravidade do problema aumenta quando o conflito, mesmo que seja um conflito de regras, pode ser redirecionado para um confronto de princípios. No fim das contas, toda regra, de alguma forma, deriva de um princípio que a contém. Neste ponto, portanto, o conflito é elevado a um conflito de princípios, então, será necessário tomar uma decisão sobre quais deles deve prevalecer. Ao final, é uma luta do bem contra o mal. Verifica-se que, muitas vezes, em vez de escolher os fins, se sacrificam os meios, típico da teoria da ponderação com a fórmula de peso. Na realidade, tudo é uma questão de compreender e interpretar de forma coerente qual é o escopo, extensão ou conteúdo de cada direito. Com este simples exercício de interpretação, um princípio pode ser aplicado e outro descartado. Em outras palavras, isto pode ser feito em vez de trazer as regras de volta aos princípios e contestá-las. Em vez disso, as regras devem ser derivadas desses princípios e, finalmente, usar o mecanismo tradicional da subsolução.

MESA XXII

22

MODERADORA - TAINÃ JUNQUILHO¹

GOVERNANÇA DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

¹ Professora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Tainá Aguiar Junquilha



Professora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

É uma alegria muito grande estar aqui neste painel para conversarmos sobre um tema super relevante da atualidade, “Governança das Plataformas Digitais”.

Eu sou professora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), e coordeno, junto com a professora Laura Schertel, um laboratório de pesquisa em regulação da inteligência artificial e governança da inteligência artificial. Convido-os a consultar o nosso site e assinar o nosso boletim informativo mensal sobre governança da inteligência artificial.

Quero iniciar falando sobre a internet, tema do nosso painel, que foi um surgimento muito celebrado, porque rompe com o poder de fala concentrado em mídias tradicionais, e que, hoje, ao mesmo tempo, tem essa dualidade que vivemos. Ao mesmo tempo em que vivemos em uma sociedade chamada, desde Manuel Castells, de sociedade da informação, ou sociedade em rede, nós vivemos na era da desinformação. Então, é algo muito paradoxal. O senador Eduardo Gomes fala que a internet é essa rua com bilhões de pessoas. Quem controla o que há nos conflitos entre liberdade de expressão, discurso

de ódio, crimes na internet? A ideia é discutirmos essas questões que passam também pelos algoritmos.

Domingos Farinho



Professor da Faculdade
de Direito da Universidade
de Lisboa.

Nos últimos três meses, eu tenho preparado um *paper* sobre este tema. A minha apresentação tem, evidentemente, mais interesse para quem acompanha ou quem tem interesse na regulação de plataformas no espaço da União Europeia. Portanto, ela é única e exclusivamente dedicada ao espaço da União Europeia, embora existam pontos, por exemplo, com o Projeto de Lei (PL) das *fake news* no Brasil. Ela também é dedicada a um tema muito específico, ou seja, a intersecção de três diplomas legais fundamentais da União Europeia. Um é o General Data Protection Regulation (GDPR), que influenciou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) brasileira. Outro é o Digital Services Act (DSA) – em português, o Regulamento dos Serviços Digitais –, que tem alguma semelhança ou alguma proximidade ou alguma influência sobre a PL das *fake news* no Brasil. Finalmente, o Regulamento da Inteligência Artificial. Portanto, a ideia era tentar perceber para um tipo muito específico de moderação e recomendação de conteúdos – ou de *content moderation* e *content recommendation*, ou *recommender systems* – qual é o regime jurídico aplicável na União Europeia, ou seja, os juristas, intuitivamente, pensari-

am que, como estamos falando de regulação de conteúdos, por moderação ou por recomendação algorítmica, que é a que me interessa, provavelmente, seria no DSA e no Regulamento da Inteligência Artificial.

Uma das primeiras conclusões é que sempre é falso, ou seja, o diploma que, na União Europeia, regula de forma mais eficiente a moderação de conteúdos e a recomendação de conteúdos em plataformas online é o GDPR. Isso é surpreendente, sobretudo para os juristas que trabalham na área, mas parece-me que é verdade, e pelo menos é a minha reivindicação principal neste *paper*. Nós estamos falando de plataformas *on-line* no sentido da União Europeia e defendo que o coração da regulação de plataformas é, no fundo, a regulação de conteúdos através da moderação ou da recomendação de conteúdos. Normalmente, dá-se mais importância ao chamado *content moderation*, mas o nosso foco não deve estar aí. É muito mais importante e mais problemático a recomendação de conteúdo do que o trabalho de moderação de conteúdo. A desinformação é muito mais provocada por *recommender systems* do que por *content moderation systems*, sejam eles algorítmicos ou não. Vou centrar-me no aspecto que é a segunda *claim* do meu *paper*, que é a ideia de que o grande problema, com a entrada em vigor do Regulamento de Serviços de Inteligência Artificial, é que vamos ter uma “cacofonia institucional” na União Europeia, que aliás deverá servir de exemplo para o Brasil não copiar, em que teremos oito reguladores, ao mesmo tempo, para tratar do mesmo problema, a nível nacional e da União Europeia, mas é absurdo do ponto de vista regulatório.

As *very large online platforms* (VLOPs) e *very large search engines* (VLOSEs) precisam ter mais de 45 milhões de utilizadores no conjunto dos Estados-membros da União Europeia. Isto é atualizado regularmente e, portanto, à luz do DSA, são grandes plataformas. Vou tentar explicar como é feita a moderação de conteúdo algorítmica neles. O primeiro dado interessante é tentar perceber que a moderação de conteúdo algorítmica é, obviamente, a maioria da moderação e recomendação de conteúdo que existe. A Comissão Europeia disponibiliza o Digital Services Act Dashboard, que pode ser controlado em tempo real, e explicita o número de razões invocadas pelas plataformas que têm que ser publicitadas para moderar conteúdo – por exemplo, para

apagar conteúdo, suspender contas de usuários. Neste momento, estamos na casa dos 13 bilhões e 673 milhões. Destas, 9 bilhões, o que dá mais ou menos 70%, ou seja, dois terços, foi feita totalmente por algoritmos, ou seja, o que nós podemos concluir é que os humanos nunca fazem a primeira linha de moderação de conteúdo. Pode haver uma ou duas plataformas no mundo que ainda façam, mas, em regra, nenhuma das grandes plataformas faz moderação de conteúdos humana.

Isso quer dizer que nós precisamos saber a qual regime jurídico estes algoritmos que estão moderando conteúdo por conta das plataformas vão estar sujeitos. Há três opções. A primeira é dizer que esta moderação de conteúdo é feita pelo Regulamento de Inteligência Artificial. Se forem analisar esse regulamento – isto também é interessante para a experiência comparada brasileira –, vão perceber que ele não abrange os algoritmos das plataformas *on-line*. Ele exclui esses algoritmos, pois está baseado em uma abordagem de risco, que não trata daquelas que não apresentam risco nenhum, proíbe as que são de risco para os seres humanos e regula fortemente aquilo que considera ser a inteligência artificial de alto risco. É considerado, pela União Europeia, que os algoritmos que moderam conteúdo nas plataformas *on-line* não são de alto risco. É verdade que há algumas regras que foram colocadas na fase final do regulamento, sobre Generative Artificial Intelligence (GAI). Isso significa que se considerar que os algoritmos destas plataformas são GAI, então, há deveres de informação, ou seja, as plataformas têm de informar que os conteúdos estão sendo moderados por inteligência artificial. Por exemplo, no Instagram já é possível colocar nas publicações a etiqueta IA para que conteúdos foram feitos com IA. Isto já é a Meta a preparar-se para o Regulamento de Inteligência Artificial.

Nós temos um problema institucional que temos que resolver na União Europeia. O Brasil não tem a mesma estrutura institucional que a União Europeia, apesar de ser uma estrutura federativa, mas tenham muita atenção ao modo como, por exemplo, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) vai ter que interagir com qualquer outra entidade que seja criada no Brasil para regular este tipo de conteúdo. Isso é muito importante, por um lado, para os utilizadores não terem uma cacofonia e saberem a quem apresentam queixas e, por outro, para os regulados saberem perante quem têm que prestar *compliance*, senão teremos um custo de transação enorme que vai dificultar o mercado, que, no caso brasileiro, é um mercado muito dinâmico e interessante.

Tainá Junquillo

O painel tratou de questões globais e locais, a interoperabilidade interna dentro de cada país, que já tem legislações protetivas de outras áreas que acabam abrangendo

a regulação de plataformas, por exemplo, e como e quem fazer. O Chico, do Internet Lab fala que cabe à nossa geração, que vive nesse tempo e espaço da aldeia global, independentemente da idade que se tenha, regular. Então, que bom que estamos tendo essa oportunidade.

Eu gostaria que o professor Domingos, já que ele comentou sobre essa “cacofonia institucional”, comentasse um pouco e falasse qual seria, então, a solução. Quem controlaria? Deve haver, na sua opinião e nas suas pesquisas, um órgão central para coordenar tudo isso? Como funcionaria para evitar essa cacofonia?

Domingos Farinho

Eu acho que a União Europeia caminha para um modelo federal ou de tipo federal regulatório, isto é, se não houver uma inversão de política na União Europeia, o que vamos ter, e isso até aproximaria a União Europeia de países como o Brasil, por exemplo, é uma clara concentração de regulação em instituições da União Europeia e não no nível nacional. Isso já é mais ou menos visível na proteção de dados, em que, na passagem da diretiva pós-GDPR, se deu muito mais poder ao que é, hoje, o Comitê Europeu de Proteção de Dados, que está quase como uma autêntica entidade de regulação europeia. Eu diria que esse é o primeiro traço, ou seja, no futuro, que não parece que seja muito longínquo, vai depender também da evolução política da União Europeia, mas vamos ter, provavelmente, um reforço da regulação de tipo federal e isso vai diminuir a “cacofonia”. Eu diria que, em alguns domínios, isso é absolutamente necessário. É impossível, por exemplo, que a regulação da proteção de dados na União Europeia, só porque a maior parte das empresas norte-americanas têm sede na Irlanda, seja feita pelo regulador irlandês, quando, na verdade, aquela matéria implica ou importa a todos que vivem na União Europeia. É absurdo. Não faz nenhum sentido que o regulador de um dos países, que não é dos mais ricos, seja onerado com essa regulação.

Eu proponho, no meu artigo, aquilo que eu designo por *one-stop documents*, inspirado na doutrina do *one-stop shop*, que obriga as várias entidades reguladoras em *back-office* a falar antes de produzir documentos regulatórios, ou seja, as orientações regulatórias, em vez de serem produzidas de costas voltadas e ter uma série de documentos para obter em termos de *compliance*, passaria apenas a ter um que era resultado da conversa em *back-office* das várias entidades reguladoras. Portanto, como entidade regulada só teria que me relacionar com um tipo de orientação. Acho que é esse o futuro.

Lorena Coutinho



Economista na Organização
para Cooperação e
Desenvolvimento
Econômico e pesquisadora
afiliada do Instituto de
Investigação Econômica e
Social sobre Inovação e
Tecnologia na Universidade
das Nações Unidas.

Este tema é muito oportuno, dada a velocidade das transformações digitais que vemos hoje em dia, que trazem impactos tão importantes para a economia e para a sociedade e que devem ser monitorados de perto. Dada a velocidade dessas transformações digitais, nós sabemos que nem sempre as regulações e a governança conseguem estar à frente e ao lado dessas mudanças. Um dos trabalhos que promovemos na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é tentar aproximar os principais *stakeholders* nessa área, como a indústria, que é o principal motor da inovação tecnológica, a academia e os formuladores de políticas públicas para tentar avançar nesse tema da governança digital.

Eu vou trazer uma mudança tecnológica que já tem sido muito utilizada nas plataformas digitais, mas que ainda tem sido pouco debatida nesse âmbito de governança e que é pouco usada como objeto de políticas públicas, que são as tecnologias de realidade virtual, o metaverso. Essas tecnologias já existem há algum tempo, mas a entrada de novos *players* no mercado, como a Apple, que lançou agora o Apple Vision Pro, e a diminuição de custos dessas tecnologias

trazem um novo senso de urgência para os *policy makers*. Já tem estudos dizendo que essas tecnologias estão em um *tipping point* de ampla aderência.

Por que estamos nos debruçando tanto sobre esse assunto? Eu não sei se já tiveram a oportunidade de testar óculos de realidade virtual. Eu estava grávida do meu primeiro filho quando testei um e fiquei muito impactada com o nível de realidade que essas tecnologias trazem. Eu tinha que performar uma atividade simples, que era passar em um guindaste entre dois prédios altos, mas eu não conseguia me mover, apesar de saber que eu estava em um ambiente virtual. Isso é para demonstrar um pouco da potencialidade dessa tecnologia e o tanto que ela pode impactar na vida das pessoas. Ela traz inúmeras oportunidades. Hoje, já tem muitos estudos dizendo o quão importantes elas são para treinamento, por exemplo, e têm sido muito eficazes para treinar médicos a performarem cirurgias de alto risco. Elas também têm sido usadas para curar traumas psicológicos. No entanto, tem o outro lado dessa moeda.

Se elas têm um poder tão grande, a ponto de até curar traumas psicológicos, também têm os seus riscos. O principal risco que eu gostaria de chamar a atenção – e que foi um dos principais riscos que identificamos no OECD Digital Economy Outlook – é o risco de privacidade. Por que? Essas tecnologias, além de rastreamos os dados comportamentais, como já são rastreados nas plataformas bidimensionais que estamos acostumados, também rastreiam muitos dados emocionais e biométricos, como o rastreamento da íris, das suas expressões faciais e dos movimentos. Isso tem um poder preditivo muito maior do que, hoje em dia, conseguimos ver nessas plataformas dimensionais. Então, a privacidade é um risco que deve ser levado em consideração. Hoje, estudos indicam que, em apenas cinco minutos de uso de realidade virtual, já consegue-se prever, com precisão, 95% dos usuários. Logo, a privacidade é uma questão que deve ser levada a sério nessas plataformas. É muito importante que se desenvolvam maneiras mais eficazes de limitar os riscos à privacidade, como o desenvolvimento de produtos que levem em consideração a privacidade desde a sua concepção, os chamados *Privacy by Design Technologies* e os *Privacy Enhancing Technologies*. Vários desses produtos já estão sendo utilizados por muitas plataformas digitais e é uma coisa que deve ser levada à frente.

Outros riscos são aqueles relacionados ao desenvolvimento cognitivo de crianças, por exemplo. Nós já vimos que as crianças são muito mais suscetíveis à persuasão nesse tipo de ambiente. Os controles que temos, hoje em dia, como os parentais, de moderação e de idade, são muito importantes nesses ambientes. O último risco para o qual eu gostaria de chamar a atenção é o de assédios nesses ambientes. Um assédio em um ambiente de realidade virtual é muito mais impactante do que um assédio em um ambiente bidimensional. Por quê? Porque uma pessoa vai sentir um assédio. Ele é muito mais forte do que ler palavras violentas em uma tela, por exemplo. Isso deve ser levado muito a sério e os grupos que são especialmente suscetíveis a esse tipo de assédio, como as mulheres, devem ser priorizados. A proteção deles deve ser priorizada. As tecnologias que levam em consideração a proteção do usuário desde a sua concepção devem ser priorizadas. Os mecanismos de *safety by design* são ainda mais importantes nessas tecnologias.

Eu os convido a lerem o OECD Digital Economy Outlook, que traz *insights* sobre novas tecnologias, inclusive sobre a realidade virtual.

Tainá Junquillo

O painel tratou de questões globais e locais, a interoperabilidade interna dentro de cada país, que já tem legislações protetivas de outras áreas que acabam abrangendo a regulação de plataformas, por exemplo, e como e quem faz. O Chico, do Internet Lab fala que cabe à nossa geração – que vive nesse tempo e espaço da aldeia global, independentemente da idade que se tenha – regular. Então, que bom que estamos tendo essa oportunidade.

Eu queria que contasse um pouco sobre o seu trabalho na OCDE, nesse sentido de governança global das plataformas.

Lorena Coutinho

Nós acreditamos que, para a formulação de políticas públicas eficazes, para promover a governança digital, precisamos nos basear em dados, em evidências. Então, parte do nosso trabalho é prover dados e evidências. Nós fazemos um trabalho de desenvolver indicadores para medir a performance digital dos países. O OECD Digital Economy Outlook traz inúmeros indicadores sobre a performance dos países em inúmeras áreas. Por exemplo, temos os indicadores de níveis de *cyberbullying* e de *problematic social media use* entre os países. A partir disso, vimos que as mulheres são muito mais afetadas por esses assédios *on-line* e, portanto, isso fornece subsídio para os países desenvolverem políticas para uma governança nessa área.

Outra área que tem um enorme interesse hoje em dia é a da inteligência artificial. Nós também temos uma plataforma que chama o OECD AI Policy Observatory, que traz o monitoramento, por exemplo, das regulações em inteligência artificial. Lá tem muitos dados sobre, por exemplo, a capacidade de os trabalhadores dos países aplicarem inteligência artificial. Isso é muito importante para o desenvolvimento da governança digital.

Francisco de Abreu Duarte



CEO da The Legal Place e
Doutor em Direito pelo
Instituto Universitário
Europeu.

Eu vou tratar das plataformas digitais, sobre as quais fiz o meu doutorado e me debruço quase todos os dias, com o meu chapéu de *startup founder* e com o meu chapéu de acadêmico. Por ser um fórum transatlântico, eu trouxe modelos de governança das plataformas que não fossem só da União Europeia, mas que pudessem expandir e falar de três modelos potenciais para a expressão global. Esses três modelos eu apeli-do de modelo administrativo, modelo do Fediverso e modelo dos curadores. No fundo, são três formas de responder a questões que são fundamentalmente simples e que parecem básicas, e que, em qualquer outro contexto regulatório, seriam básicas, mas que, infelizmente, no contexto da governança do discurso *on-line*, são profundamente complexas. Essas perguntas são: o quê, quem e como. Quando dou aulas sobre o metaverso, por exemplo, começo sempre com os óculos de realidade virtual e um dos nossos alunos entra na realidade virtual e, depois, começo a perguntar quais são as regras que regulam o metaverso, quem regula o metaverso, como esses múltiplos atores procedem a essa regulação. No caso das plataformas digitais, nós podemos responder uma de três coisas. Estamos em 2024 e

a primeira e única resposta seria que as plataformas digitais regulam tudo o que se passa em termos de liberdade de expressão *on-line*. No entanto, se eu perguntasse a alguém com 60 anos ou mais, responderia que os atores públicos devem ser os responsáveis, porque, quando as coisas correm mal, são as Cortes, os tribunais, as agências, que, em última instância, defendem os direitos fundamentais. Se eu perguntasse a alguém mesmo muito mais velho, provavelmente já fora das nossas faixas etárias, ele responderia que a internet foi criada verdadeiramente como um espaço de liberdade, e, em última instância, quem regula a internet somos nós, através de *developers*, *coders*, CEOs etc. Portanto, eu tentei no meu doutorado, e em outros *papers* que escrevi, responder a essa questão de quem, na verdade, tem, em última instância, o controle da regulamentação. Eu não sou economista, mas fui muito influenciado por teoria econômica, nomeadamente teoria dos jogos, e pensei sempre estas questões como se fosse o que os americanos chamam de *bargaining game*, um jogo de puxar e empurrar, na tentativa de controlar e de ter controle sobre a regulamentação da liberdade de expressão. Os Estados querem, ao máximo, puxar para eles o poder de regulamentar, mas, obviamente, as empresas, ao mesmo tempo, querem a liberdade total para autorregular e, portanto, puxam elas próprias, e nós, muitas vezes, com menos poder regulatório, tentamos dizer qualquer coisa quanto a essa regulamentação. Foi assim que muitos dos autores que influenciaram muitas das coisas que fazemos aqui na União Europeia, e tenho certeza que será igual no Brasil, colocam esta influência como um triângulo. Nesse triângulo, estamos, por um lado, nós, ali embaixo, sempre com uma capacidade muito limitada de influenciar a regulamentação. Do outro lado estão os Estados-nação e, no caso europeu, a União Europeia com grande peso. Também estão as tais várias empresas que, hoje, chamamos de *social media platforms*, plataformas digitais, que, na verdade, são muito mais só do que aquelas que o Digital Services Act (DSA) fala, mas, também, em relação à infraestrutura, da *cloud*, da cibersegurança, na parte infraestrutural da internet, há partes muito importantes. Todas elas têm um certo poder regulatório.

Uma forma de resolver a questão é o que estamos fazendo – ainda de modo confuso – na União Europeia, e os próximos 10 anos vão ser complicados para qualquer pessoa que se mexa nestas áreas. Este modelo eu chamo de modelo administrativo. O

que o modelo administrativo tenta fazer? Nós sabemos como as coisas funcionam na administração pública. As plataformas digitais, neste momento, são tão grandes e têm um poder regulatório que nos faz lembrar uma administração pública e, portanto, a resolução é simples. Tudo o que nós, como juristas, advogados etc., pensamos para, de alguma forma, coarctar o poder da administração pública, vamos aplicar o mesmo às plataformas digitais. Portanto, o DSA é a transparência, o *due process*, as estruturas de governança onde há a separação de poderes – algo que parece Direito administrativo para qualquer pessoa. Eu acho que não é a melhor possibilidade, mas é a que temos, hoje em dia, na União Europeia.

Uma outra alternativa que os americanos, especialmente os *developers*, gostam muito, é o chamado modelo do Fediverso. Existe um aplicativo chamado Mastodon, que ficou muito famoso quando o Elon Musk comprou o Twitter e, de repente, muitos usuários saltaram para esse aplicativo, que tinha uma estrutura descentralizada. Está dependente de um protocolo livre, que nenhuma empresa e nenhum Estado controlam, o que normalmente chamam de ActivityPub. Eu posso criar com os meus colegas de painel uma comunidade e, de repente, dizemos que nessa comunidade não entram pessoas que são de um determinado time. À luz do modelo administrativo, isto é um problema, porque o modelo administrativo diz que temos que explicar porque alguns não entram. Temos que lhes dar a possibilidade de fazerem algum tipo de recurso, para, depois, decidir se é ou não meritório ter um deles na nossa comunidade. Nesta comunidade, nada disso acontece. Nós decidimos que não entram e acabou. Obviamente, este também é um modelo que tem imensos problemas. O problema disto é que se fizer mau uso do poder, de repente, a única coisa que o usuário pode fazer é saltar de uma comunidade para uma outra.

Na minha tese de doutorado, um livro que vai sair em 2025, eu propus um novo modelo inspirado no que um dos fundadores do Twitter disse em 2022, que achei muito interessante. Ele disse o seu maior arrependimento, como fundador do Twitter, é que a rede social tenha se tornado uma empresa. O que ele queria dizer com esse arrependimento? É que a responsabilidade do Twitter na governança da liberdade de expressão tinha atingido um patamar que para o próprio Jack Dorsey era excessivo, ou seja, era o papel que os Estados, as administrações públicas, teoricamente, teriam, e, agora, temos uma empresa norte-americana, que ele tinha fundado como um divertimento na Califórnia, e, de repente, estava a tomar decisões fundamentais. Portanto, eu pensei que nós podíamos criar um sistema que dividisse a moderação de conteúdo e a curadoria de conteúdo das próprias plataformas. Porque eu estou convencido que o problema com estas plataformas não é propriamente a infraestrutura, ou seja, nós gostamos de estar no Twitter, no X, no Instagram e no Facebook. O que nós não gostamos é ter total falta de escolha sobre como estas plataformas escolhem o que é que nós vemos.

Portanto, eu e algumas pessoas de Silicon Valley, de Stanford, e outras pessoas do meu instituto, decidimos tentar fazer um teste em que separamos a infraestrutura, por exemplo: os usuários continuam no X ou no Facebook, mas, de repente, podem clicar no The New York Times e todo o conteúdo que eles veem, em vez de ser curado pelo Instagram, passa a ser curado pelo The New York Times; assim, só vamos ver notícias que são *fact-checked*. Isso pode ser feito também para fins comerciais.

Na minha tese de doutorado, os membros do júri fizeram questão de dizer todos os problemas deste modelo, mas eu continuo a achar que é isto que nós devemos fazer, enquanto acadêmicos, enquanto *players* neste universo: pensar fora da caixa. O DSA e o Fediverso não são “pensar fora da caixa”. Isto apresentado, acho que pode ser uma possibilidade do futuro.

Tainá Junquillo

O painel tratou de questões globais e locais, a interoperabilidade interna dentro de cada país, que já tem legislações protetivas de outras áreas que acabam abrangendo a regulação de plataformas, por exemplo, e como e quem fazer. O Chico, do Internet Lab fala que cabe à nossa geração, que vive nesse tempo e espaço da aldeia global, independentemente da idade que se tenha, regular. Então, que bom que estamos tendo essa oportunidade.

Eu queria entender um pouco sobre o papel da academia nessa cooperação e queria que você contasse mais sobre a sua tese, sobre esses curadores, que eu achei muito interessante. No Tribunal Superior Eleitoral (TSE), nós temos uma resolução nova de propaganda que fala sobre as agências verificadoras.

Francisco de Abreu Duarte

A Academia e esta nova geração têm uma oportunidade de ouro, porque o que nós sentimos durante muitos anos, enquanto fazíamos este trabalho de campo nas academias, era que nós não tínhamos verdadeiramente acesso aos dados destas grandes plataformas digitais para sequer retirar conclusões que depois pudessem ser usadas em contexto regulatório ou de assessoria política, por exemplo. Nós, simplesmente, não sabíamos por que as plataformas não se sentiam pressionadas para abrir nem um décimo das suas estruturas internas para que pudéssemos fazer algum tipo de análise empírica. Isso, agora, mudou. Há trabalho empírico a ser feito, quer por advogados e advogadas, quer por *computer scientists*.

Uma das boas coisas que o regulamento dos serviços digitais traz na Europa, que vai obrigar que estas plataformas criem estruturas globais, e, portanto, vai ter aquele efeito que nós chamamos de efeito Bruxelas, é abrir, de alguma forma, parte das suas estruturas internas ao escrutínio dos pesquisadores e dos acadêmicos. Na área que eu trabalho, especificamente, a área da desinformação, acho que nós podíamos ter, por exemplo, um curador que fosse *nonprofit*, que, com o apoio dos Estados, desenvolveria um algoritmo, e este ficaria único e exclusivamente responsável por fazer um verdadeiro filtro do que são ou não notícias credíveis. O The New York Times, por exemplo, tem um piloto, mas nunca conseguiram. Agora, com ferramentas como o DSA, eu acho que nós temos, verdadeiramente, pela primeira vez, uma oportunidade de olhar o que acontecendo lá dentro e, depois, chegar a conclusões e políticas com maior senso.

Gabrielle Sarlet



Professora da Pontifícia
Universidade Católica do
Rio Grande do Sul.

Eu inicio tratando sobre este tema de absurda complexidade e colocando alguns pontos que serão alvo da minha atenção. Em face desta complexidade, nós estamos diante de uma espécie de fenômeno que nos confunde um pouco. Por vezes, muitos de nós costumamos falar de governança das plataformas digitais como se fosse da própria internet. Este é um ponto de partida importante, porque tamanha a expressão das plataformas digitais, hoje em dia, e do impacto que elas têm no mundo real, que nós temos, por vezes, a sensação de que estamos falando da mesma coisa. Na verdade, as plataformas digitais são uma parte da internet. Como um ponto de partida, eu acho que é importante fazer essa distinção e trazer como um elemento relevante a questão da assimetria informacional. Este é um elemento determinante para qualquer ponto de discussão acerca de governança, sobretudo dentro de um ecossistema em que seja possível analisar essa assimetria e ver que, quando nós estamos falando dessa assimetria, precisamos tornar cada vez mais clara a posição de algumas empresas que costumam, em termos de velocidade, de escalabilidade e de volume, tornar esse processo informacional ou complicado ou totalmente opaco, ou tornam a vida do cidadão um mar de desinformação, que vai ser impactado por discurso

de ódio, e a vida do cidadão passa a ser completamente distorcida em termos de uma vivência cívica e participativa por conta dos chamados *dark patterns*.

Esses chamados modelos obscuros, que fazem parte de uma arquitetura informacional, precisam ser colocados à tona pelo fato de que muitos de nós, inclusive da Academia, temos a impressão de que, quando se trata de governança, nós precisamos de instrumentos regulatórios e esforços legislativos específicos, colocando dentro de uma perspectiva de que só há vácuo legislativo. No nosso caso, muitas vezes, nós esquecemos os impactos e temos um olhar muito voltado à ideia de que governança algorítmica é algo que se trata única e exclusivamente dos efeitos virtuais, quando, na verdade, os impactos são reais. Eu falo de um ponto bastante recente no Brasil, porque estou como professora na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) e nós sentimos os impactos tanto da desinformação quanto das campanhas de *fake news*, que impactaram terrivelmente no combate das enchentes que agravaram a situação do nosso estado. O que eu gosto de mostrar quando falamos sobre esse tema é que os efeitos são reais. Eles são perversos e é possível determinar isso quando conseguimos alcançar que, hoje, nós temos, no Brasil, por exemplo, algo que é extremamente paradoxal, porque se, por um lado, nós temos uma sociedade hiperconectada, uma vez que se estima que há 187 milhões de usuários da internet no Brasil, ou seja, quase 90% da população, por outro lado, nós temos uma brecha digital, quando nós olhamos tanto para a quantidade e, sobretudo, para a qualidade do acesso à internet. Isso significa que nós temos que voltar a nossa atenção para o fato de que as plataformas digitais são um modelo de negócio. Portanto, nós já temos uma série de instrumentos legislativos que precisam ser revistos e reaplicados, porque um dos pontos da governança é também meios de *enforcement*. Não é só a previsão específica, como infelizmente vimos abortadas com o Projeto de Lei (PL) nº 2630. Na verdade, nós já temos o Código de Consumidor, a Constituição com seu belo catálogo de direitos fundamentais, os vários tratados que o Brasil é signatário, as leis *antitrust*, e todos esses mecanismos e grandiosos esforços legislativos podem dar conta, quando nós olhamos, por exemplo, que estamos diante de modelos de negócios que têm uma repercussão que, de fato, acaba trazendo para a população não só impactos, mas também externalidades, que são aqueles impactos negativos que sequer foram aferíveis quando do seu desenvolvimento. No Brasil, nós temos ainda o WhatsApp como o maior serviço de mensagens e, portanto, uma dessas

plataformas que tem se notabilizado e que, na verdade, nós temos um grande problema que é o fato de que, quando se trata de governança, nós podemos trazer momentos gravíssimos que acabaram impactando a nossa realidade. Eu trago, além do combate das enchentes recentes, o 8 de janeiro, que deve ser lembrado como um momento em que a falta de uma governança efetiva acabou por trazer impactos muito significativos em relação ao Estado Democrático de Direito. Além do que nós vimos em termos de ataques às escolas, o que nos obriga a pensar sobre governança das plataformas digitais, não apenas como governança algorítmica, mas uma série de esforços que precisam estar, desde políticas públicas efetivas, educação midiática e instrumentos que possam, assim como nós estamos vendo o PL 2338, despontando com as suas possibilidades.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), recentemente, trouxe algumas diretrizes para a governança das plataformas digitais, dizendo que elas devem ser vistas como princípios fundamentais abordados em uma perspectiva multissetorial e pautada nos direitos humanos. Por que nós temos que observar a governança algorítmica como um dos elementos dessa governança das plataformas digitais? Porque ela vai evocar princípios e deveres de cuidado que já estão inscritos na nossa Constituição e nos instrumentos em vigor. Por exemplo, a transparência, no sentido de que os algoritmos sejam compreensíveis. A responsabilidade, no sentido de que esses modelos de negócio possam trazer condições de responsabilização dos atores em todo o processo de desenvolvimento, implementação e uso dos algoritmos. Privacidade e proteção de dados, que já vem sendo amadurecido dentro dessa perspectiva que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) coloca, tanto a sociedade civil como o próprio poder público, enredados nessa série de direitos e, portanto, de deveres. Inclusão e equidade, que está desde 1988 no artigo 3º da nossa Constituição.

Por fim, não podemos esquecer de forma alguma que, se a governança algorítmica não é única e exclusivamente a pedra central da governança das plataformas digitais, por outro lado, ela é, talvez, um elemento de extrema importância, que mostra que a avaliação contínua, ou seja, as condições de monitoramento, também passam pela própria atuação da sociedade civil. Na medida em que pensamos a construção de uma cidadania digital, nós também podemos sair do plano abstrato e pensarmos de maneira mais efetiva em termos de governança. Depois, podemos falar um pouco sobre algo que vem ocupando a nossa atenção, que é pensar em termos de governança a partir das lentes do PL 2338, que está em tramitação no Parlamento brasileiro e que, talvez, possa trazer lentes mais claras e mais adequadas para esse panorama de Torre de Babel, que, infelizmente, tem situado o debate não só no Brasil, mas no mundo inteiro. Na Torre de Babel, a grande questão não é detectar o objetivo, que é a construção da própria torre, mas criar possibilidades de consenso, que implica a possibilidade e a disponibilidade para ouvir.

Tainá Junquillo

O painel tratou de questões globais e locais, a interoperabilidade interna dentro de cada país, que já tem legislações protetivas de outras áreas que acabam abrangendo a regulação de plataformas, por exemplo, e como e quem faz. O Chico, do Internet Lab fala que cabe à nossa geração, que vive nesse tempo e espaço da aldeia global, independentemente da idade que se tenha, regular. Então, que bom que estamos tendo essa oportunidade.

Eu queria entender o papel do PL 2338 para a regulação das plataformas digitais. Qual a importância desse PL que estamos discutindo, até para que ele não se torne o PL 2630?

Gabrielle Sarlet

A pergunta trata sobre soberania. Ao tratar sobre o PL 2630, nós estamos falando sobre a posição do Brasil em relação a um momento em que se detecta o tecnoautoritarismo, que é um fenômeno típico dos nossos tempos e que está diretamente vinculado à atuação das chamadas *big techs*.

Por outro lado, nós vemos uma espécie de Torre de Babel, na medida em que temos esforços legislativos em curso que não dialogam entre si, ao mesmo tempo em que nós temos um anteprojeto do Código Civil, que quer regular tudo ao mesmo tempo, com uma ânsia e uma fúria que vão desde o direito ao esquecimento até a responsabilidade civil em torno de aplicação de módulos de inteligência artificial. Nós temos também, paralelo a isso, o PL 2338 que, para aqueles que já trabalham há bastante tempo, é uma esperança, uma ideia alvissareira naquilo que tem se tornado essa grande rifa em torno do direito digital.

O PL 2338 tem uma espécie de lume nesse momento. Por quê? Ele está sendo cozinhado com um pouco mais de tempo. Então, ele traz algo que, para sintetizar, me parece que já é próprio do momento que é pensar em termos de um sistema nacional de regulação e governança da inteligência artificial (IA). Se pudermos destacar dentro de várias circunstâncias que envolveram a tramitação e que ainda envolvem esse PL, a ideia de urdir um sistema nacional de regulação e de governança da inteligência artificial passa, necessariamente, também pela reflexão a respeito do papel e da finalidade que se deve pensar quando se produz, pesquisa, desenvolve e aplica uma tecnologia, seja ela qual for. É essa reflexão que eu acho que está no cerne da estruturação desse sistema nacional de regulação e governança de IA que vai implicar em esforços para termos novas estruturas digitais que sejam compatíveis.

Raúl Echeberría



Diretor-executivo da
Associação Latino-
Americana de Internet.

Eu vou fazer um comentário sobre a regulação das plataformas digitais, não só a governança. Nós estamos na Europa e é impossível ter discussões sobre regulação de plataformas, moderação de conteúdos, regulação de inteligência artificial, sem considerações aos modelos europeus, pois a Europa é a região que mais tem avançado na regulação dessas áreas. Naturalmente, pela proximidade entre Europa e América Latina, temos uma grande influência dessas discussões políticas e regulatórias, não só no Brasil, mas em toda região latino-americana.

Eu estou muito feliz por ter ouvido muitas vezes neste Fórum pessoas de variados perfis, do governo, parlamentares, profissionais, falando da necessidade de o Brasil – nesse caso, da região da América Latina – encontrar caminhos próprios de políticas e de regulações. A situação entre a Europa e a América Latina são muito diferentes. As necessidades e o nível de desenvolvimento são diferentes e a existência de um ecossistema de empreendedorismo e inovação é muito mais vibrante na América Latina, nesse momento, que na Europa. Há muitas preocupações na Europa e muita gente pensa que as regulações atuais vão causar uma desvantagem no

desenvolvimento tecnológico e econômico nos próximos anos para o continente. Eu estava lendo um *paper* do Banco Santander, uma empresa europeia, que falava que, entre os anos de 2017 e 2022, a economia da Europa cresceu 21%. Ao mesmo tempo, a economia na China cresceu 290%; nos Estados Unidos, mais de 70%; e no Brasil, 150%. Então, temos que ser muito cuidadosos com quais são os modelos regulatórios vamos copiar, e temos que encontrar o caminho próprio. O Brasil está em uma posição incrível de liderar essa matéria na região da América Latina.

A maioria das empresas que integram a Associação Latino-Americana de Internet (Alai), muitas daquelas que são identificadas como *gatekeepers* de acordo com a legislação europeia, já são *compliance*, porque tem que ser *compliance* com essa regulação na Europa. Então, não é um grande desafio para eles. A pergunta não é se esta regulação pode ser atingida pelas companhias no Brasil e na América Latina, mas se esta é a regulação que nós queremos, se esta é a regulação que nós precisamos e que melhor contribuirá para o desenvolvimento, não só econômico, mas também social e humano dos países de nossa região. Muitas vezes, essas regulações terminam sendo barreiras para a inovação e empreendedorismo. O número de unicórnios que tem no Brasil, hoje, é muito importante. Nós fizemos, há pouco tempo, um estudo sobre qual seria o impacto econômico do projeto de lei (PL) nº 2768, caso fosse aprovado no Brasil. O impacto econômico seria gigante e as empresas seriam muito mais atingidas que os *gatekeepers* da Europa, porque no Brasil, na América Latina, existem grandes empresas como o Mercado Livre, Decolar, Hotmart, Quinto Andar, que estão crescendo e que seriam também atingidas, causando um dano significativo para a economia brasileira, não só atual, mas também olhando para o futuro.

Hoje, vemos que a transformação digital é absolutamente transversal. Temos plataformas digitais em setores muito variados, com modelos de negócio diferentes. Na nossa associação, temos empresas de *travel tech*, *prop tech*, *marketplaces*, também empresas de conteúdos criativos, como a Hotmart, o Gig Economy, a Rappi. São empresas muito diferentes e todas têm que cumprir com as regulações dos setores de atividade onde estão atuando, além daquelas regulações mais gerais, como proteção de dados pessoais e concorrência. Muitas empresas são atingidas até por regulações da

Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por exemplo, por conta dos conteúdos das plataformas, da informação que é compartilhada e dos produtos que são vendidos.

O Brasil, acho que não só pelo tamanho, mas também pelo nível de desenvolvimento institucional, tem um arcabouço político, regulatório, institucional, muito moderno e muito forte. Tem instituições como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que são referentes na região com modelos modernos. Tem a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que é uma organização criada recentemente e aprendeu com os erros e as virtudes das outras organizações da região. Essas organizações têm que acompanhar a transformação que estamos vivendo, evoluindo, mas, antes de pensar em criar novas organizações, temos que ser muito cuidadosos, porque não podemos criar uma organização para autoridade de moderação de conteúdos, outra para inteligência artificial e uma para computação quântica.

Tainá Junquillo

O painel tratou de questões globais e locais, a interoperabilidade interna dentro de cada país, que já tem legislações protetivas de outras áreas que acabam abrangendo a regulação de plataformas, por exemplo, e como e quem faz. O Chico, do Internet Lab fala que cabe à nossa geração, que vive nesse tempo e espaço da aldeia global, independentemente da idade que se tenha, regular. Então, que bom que estamos tendo essa oportunidade.

O Raúl falou das necessidades diversas, para a regulação, e queria que o senhor contasse um pouco sobre essas diversas necessidades regulatórias que enxerga, até sendo latino-americano, como nós. Como o senhor tem visto, coordenando essa instituição latino-americana, a governança das plataformas?

Raúl Echeberría

Primeiro, a transformação digital dá a oportunidade de a nossa região construir modelos de desenvolvimento muito mais inclusivos. É isso que a América Latina precisa. Tem uma forte necessidade de modelos de desenvolvimento mais inclusivos e a participação das pequenas e médias empresas e de indivíduos na economia através da transformação digital dá uma oportunidade para mais comunidades, especialmente para aqueles que tinham menos oportunidades.

A agenda de discussão de políticas digitais na América Latina, hoje, não é muito lançada. Tem muita discussão sobre regulação e muita pouca discussão sobre como

aproveitar essas mudanças tecnológicas para acelerar a estratégia de desenvolvimento. Na América Latina, tem mais de 300 projetos de lei sobre a regulação da inteligência artificial. Só no Congresso Federal do Brasil tem mais de 150, além dos projetos nos congressos estaduais. O mesmo acontece no México, que tem 70 nacionais e tem muitos projetos nos estados. Há pouquíssima discussão de como aproveitar essas tecnologias para o benefício de toda a população. Isso que são necessidades próprias da nossa região. São diferentes as necessidades dos Estados Unidos, da Europa e da Ásia. É uma realidade diferente e temos que aproveitar isso. Então, regulação é importante. Nós não somos contrários à regulação. Estamos contribuindo, agora, no Brasil e no Chile, para ter as leis de regulamento e promoção de inteligência artificial, que possam ser referências para o resto da região. Também contribuimos muito em todo o processo do PL nº 2630, que muita gente pensa que fracassou pela ação do setor privado. Respeito muito as pessoas que pensam isso, mas a realidade é que esse projeto virou algo muito complexo, com muita coisa dentro que não tinha nada a ver com moderação de conteúdo jornalístico, imunidade de pessoas públicas, parlamentares, direitos autorais. Eu acho que essa foi a principal razão. Nós, duas vezes, logramos acordos sobre o conteúdo de regulação de plataformas, mas depois fracassamos.

MESA XXIII

23

MODERADOR - JOÃO PAULO BACHUR¹

FORÇAS ARMADAS NA DEMOCRACIA

¹ Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa e do Instituto de Educação e Pesquisa. Tem pós-doutorado em Direito pela Freie Universität Berlin.

João Paulo Bachur



É uma honra recebê-los no nosso XII Fórum de Lisboa. É um prazer ver a casa cheia para discutir um tema tão importante, como Forças Armadas na Democracia. Eu tenho o prazer de moderar esta mesa extremamente qualificada. Hoje, nós lemos notícias sobre a Bolívia e temos uma memória fresca e uma preocupação constante do papel das Forças Armadas na democracia.

Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa e do Instituto de Educação e Pesquisa. Pós-doutor em Direito pela Freie Universität Berlin.

Jaques Wagner



Senador da República
Federativa do Brasil.

Dizer que o painel, tristemente, acontece alguns dias depois de mais uma tentativa de golpe na América Latina. Felizmente, frustrada. Eu fui pesquisar e, em 80 anos, na Bolívia, foram 17 golpes. Nove prosperaram, oito foram contidos, mas é para dar uma dimensão como algumas Forças se envolvem constantemente naquilo que não deveriam se envolver. Neste último caso da Bolívia, diferente do que aconteceu no 8 de janeiro no Brasil, as Forças derrotadas nas últimas eleições se uniram na defesa da democracia e do Estado Democrático de Direito. Pessoas de direita, até alguns de extrema direita, que entenderam que a regra deve ser mantida. Eu acho isso muito bom, porque a beleza da democracia é exatamente a pluralidade de ideias com que nos confrontamos. O ruim é quando alguns acham que tem que impor sua única vontade à força a todos. Eu acho que, hoje, cada vez mais, talvez, não depende tanto das Forças Armadas, e, sim, das redes sociais para fazer dominação de outros povos ou internamente. Cada vez mais se doutrina pessoas e, talvez, não precise do uso da força. Por isso, eu chamo a atenção que, apesar de o nosso painel não tratar da matéria, eu acho extremamente preocupante e, portan-

to, deve chamar a atenção de todos os democratas, de todo o espectro político ideológico, essa questão para aqueles que pretendem manter a democracia.

Eu fui aluno do Colégio Militar do Rio de Janeiro, porque eu queria ser militar, apesar de não ter nenhum militar na minha família. Infelizmente, nos idos de 68, um ano antes de quando eu iria para a Academia Militar dos Agulhas Negras (Aman), houve o Ato Institucional nº 5 (AI-5), o endurecimento do regime, e eu desisti. Quis o destino que, apesar de ter abandonado meus estudos e não ter me formado em Engenharia – já estava no último ano –, acabei me tornando ministro da Defesa e disse isso aos militares quando eu fui assumir o cargo. Eu digo que eu não posso nem reclamar, porque, talvez, se eu tivesse ficado na universidade, eu fosse um engenheiro. Quando eu tive que sair, a veia política predominou, acabei sendo governador, deputado e virando ministro da Defesa. Então, era uma certa ironia curiosa naquele momento. Isso é só para dizer que eu tenho apreço profundo pelas Forças. Eu acho que, como profissionais de Estado, os nossos diplomatas e aqueles que cumprem o texto constitucional de ter as Forças Armadas como protetora e não como ameaça à democracia são quadros que se formam de muita importância.

Esse XII Fórum consagra um acurado debate jurídico às novas figuras da atualidade, trazendo a cada ano uma contribuição inestimável aos operadores do Direito, magistrados, estudantes da ciência jurídica e todos que pelejam na democracia, preocupados com a paz e a justiça social para as próximas gerações. Quando se estabelece o tema central desse conclave, versão sobre os avanços e recursos da globalização e suas novas fronteiras com as transformações jurídicas, políticas, econômicas, socioambientais e digitais, se define claramente um radar concentrante com a nova realidade da sociedade, prestando excelente contribuição não apenas ao mundo jurídico, mas a toda coletividade. O tema Forças Armadas e democracia é momentoso e se relaciona com a âncora desse encontro. Refiro-me a globalização, cujas avançadas transformações demonstram uma significativa alteração nas estruturas dos Estados nacionais. Com o advento de novos blocos regionais, mudanças na correlação de forças da geopolítica mundial, novas rotas comerciais, novas cestas de moedas em diversas relações bilaterais, são fatos que alteram o entendimento do pós-Segunda Guerra, da velha doutrina da segurança nacional.

O nosso debate não pode olvidar do anacronismo da ultrapassada doutrina de segurança nacional, oriunda do pan-americanismo em busca da hegemonia americana, expansão territorial, econômica, política e ideológica, nos primórdios da Guerra Fria, com o desfazimento da aliança na guerra contra o nazifascismo. A doutrina de segurança nacional, que moldou o comportamento de diversas Forças Armadas pelo mundo, surge com a bipolaridade e a busca de hegemonia mundial, adotada como linha política para a cooperação de governos e Forças em todas as Américas, incluindo, com destaque, o Brasil. Quando fui ministro da Defesa disse aos chefes militares que era preciso desprogramar a cabeça, porque ela foi programada na dicotomia que havia na época, no mundo, entre Estados Unidos e União Soviética. Não estamos mais nesse mundo e parece que querem voltar para esse mundo da bipolarização. Se isso acontecer, eu ficarei extremamente preocupado com os adventos posteriores. Nós estamos vivendo um ambiente mundial que empurra para um anacronismo como esse. Interno e externamente, nós estamos vivendo de novo a polarização e a bipolarização de ideias, que são inimigas mortais da democracia. A democracia é a terra dos argumentos. A bipolarização é a terra dos clichês, do título das matérias ou daquilo que se faz, hoje, nas redes. Em 2025, nós vamos completar 80 anos do final da Segunda Guerra e estamos com uma ambiência mundial que eu não sei muito bem para onde vamos, mas não me parece a melhor forma de tocar a democracia com a bipolarização que nós temos.

O seu lastro da doutrina de segurança nacional tem como marco o Plano Marshall, visando à reconstrução da economia europeia, e a Doutrina Truman, evitando a influência soviética e a presença das Forças Armadas norte-americanas em qualquer país do mundo, em caso de ameaça comunista ou subversão interna, o chamado “inimigo interno”. A nação é uma comunidade abstrata, solidária e fraterna e não há hipótese de ser entendida como inimiga em sua nacionalidade territorial. A quebra da legalidade em 1964 impediu a resistência de nacionalistas brasileiros que rejeitavam essa conspiração externa, e a própria tutela golpista de que foi vítima desse processo, as nossas Forças Armadas. João Amazonas e Celso Furtado, ao se debruçarem sobre essa natureza do golpe de 1964, diziam que duraria muito tempo esse domínio ilegítimo no Brasil e que a repressão aos nacionais seria uma constância por muitos anos, tudo em alinhamento com o combate ao perigo vermelho nas instituições de trabalhadores populares, ou mesmo nos meandros do Estado. Assim formou-se uma parcela significativa da elite no seio das Forças Armadas, com essa formação aparentemente superior às instituições, cujo conteúdo-síntese revelava-se um hipotético Poder Moderador das Forças Armadas sobre os demais Poderes da República. Aliás, os únicos e verdadeiros admitidos no Direito e na comunidade das nações são o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Seguramente, o ex-ministro Nelson Jobim tem muito mais proximidade com o debate do artigo nº 142 da Constituição Federal, onde a briga era o reconhecimento das Forças como Poder Moderador.

Esse fenômeno intervencionista atravessou décadas, desde a sua origem, no início da República, quando diversos episódios de repressão interna afloraram em nosso país. Todos que buscavam reformas do Estado, avanços sociais e combate às desigualdades, eram vistos como inimigos perigosos e subversivos que deveriam ser combatidos internamente. Quando convivemos com a mística de família militar, podemos entender como a exclusão da vida civil do controle democrático da sociedade que mantém as Forças Armadas e todo o Estado Nacional, sugerindo uma instituição fora do marco legal constitucional. Esse debate é oportuno e necessário, sobretudo após os lamentáveis acontecimentos de 8 de janeiro de 2023, quando a ruptura da ordem democrática, incentivada e protegida nas portas dos quartéis, por muito pouco não coloca o Brasil nas trevas e no retrocesso da civilização humana. Entre o fim de 2022 e o início de 2023, o Brasil conviveu com ameaças e ataques constantes ao regime democrático. Os constantes insultos à Suprema Corte se avolumaram dia após dia. Inconformados com o resultado das urnas, milhares de brasileiros que foram derrotados nas eleições, foram para as portas dos quartéis e passaram a reivindicar a intervenção militar. Nos cartazes, as palavras de ordem pediam e defendiam abertamente, sem nenhum constrangimento, um golpe de Estado. Queriam um país só deles, um Brasil de poucos, em que não há lugar para alternância política, pluralidade e adversidade. Um Brasil em que só vale um tipo de voto, o voto no candidato das forças conservadoras. Um Brasil que não é de todos os brasileiros. Diziam defender a liberdade, mas, na verdade, pediam a ditadura. Diziam jogar dentro das quatro linhas da Constituição, mas conspiravam contra o Estado Democrático de Direito. Esse período de turbulência culminou na invasão e na depredação da sede dos três Poderes no dia 8 de janeiro de 2023. O episódio ainda está sendo investigado pelas autoridades policiais e judiciárias e foi objeto de uma comissão parlamentar de inquérito que reuniu membros do Senado e da Câmara dos Deputados. As conclusões parciais já permitem afirmar com alguma certeza que setores das Forças Armadas foram coniventes com a tentativa de derrubada do regime democrático. Algumas lideranças militares chegaram a articular a decretação do estado de sítio no Tribunal Superior Eleitoral. Comandantes se omitiram no dever de reprimir e dissolver os acampamentos golpistas que se formaram em frente aos quartéis. Várias autoridades insuflaram, encorajaram e respaldaram a tentativa de ruptura democrática. Felizmente, o movimento foi localizado e encerrado. No entanto, para cada militar golpista haviam dezenas de outros militares ou centenas de outros militares ansiosos de seus limites e seus deveres constitucionais. Para cada comandante militar que queria atirar o Brasil a um novo regime de exceção, havia dezenas de outros que sabiam que já não havia mais espaço na comunidade internacional das nações para novas aventuras autocráticas. A democracia brasileira prevaleceu e saiu fortalecida. Eu não tenho dúvida que, para o cerceamento da tentativa de golpe, foram fundamentais o posicionamento de várias orças de diversos países, amigos do Brasil, e que deixaram claro que não embarcariam em uma aventura golpista que se fizesse. Alguns chegaram a dizer que não estamos mais em 1964. Esse ambiente da comunidade internacional foi também extremamente importante para a frustração do golpe.

O que nos traz ao tema desse painel, que trata do papel das Forças Armadas na democracia? Desde o processo de redemocratização, na década de 80, o Brasil vem insistindo que o papel das Forças Armadas é a defesa contra ameaças externas, o suporte em situações de crise humanitária e a participação em missões de paz. A insistência tem sua razão de ser. O Brasil conviveu durante muitos anos com a ideia de um inimigo interno a ser combatido, base da doutrina de segurança nacional, que justificou toda sorte de abusos militares. Os brasileiros que discordavam do regime foram perseguidos, silenciados e exilados. Nossas Forças Armadas foram instrumentalizadas e usadas, por muito tempo, contra o povo brasileiro. Nosso texto constitucional também prevê o emprego das Forças Armadas para garantia da ordem interna, mas de forma apenas subsidiária e sob supervisão ou convocação das autoridades civis. Em julgamento recente, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou por unanimidade a interpretação de que o uso das Forças Armadas para controlar tumultos tem vocação excepcional e alcance localizado. Não há, em nenhuma hipótese, a possibilidade de intervenção política das Forças Armadas nos poderes da República. A dúvida, é preciso que se diga claramente, nunca existiu, mas entre as ameaças recentes à democracia estava a teoria estapafúrdia de que nosso desenho constitucional reservava às Forças Armadas o papel de Poder Moderador. Como se a própria Constituição não afirmasse taxativamente que as Forças Armadas são órgão do Estado subordinado ao controle civil, sob autoridade suprema do presidente da República. Para os brasileiros, é sintoma preocupante que a hipótese de intervenção militar tenha sido novamente mobilizada como estratégia para preservar a democracia. É sinal de que estamos falhando na construção de uma cultura verdadeiramente democrática.

Eu gosto sempre de lembrar o episódio que aconteceu nos Estados Unidos da América, onde um importante chefe militar se posicionou, em certo momento, a favor de um determinado candidato à presidência da República, durante uma manifestação que havia. A cultura, a doutrina, era tão preponderante que esse chefe militar foi à rede de televisão para pedir desculpas à nação. Então, é importante ver como a doutrina vai moldando a construção de uma instituição. O episódio reforça a necessidade de investimento em uma educação voltada para a proteção dos direitos humanos e dos valores democráticos, mostra a necessidade de enfatizar o papel das Forças Armadas como órgão de Estado e não de governo e aponta a necessidade de evitar a partidização dos militares, cuja neutralidade é condição indispensável ao exercício constitucional de suas funções. Infelizmente, o Brasil vive, hoje, a politização das forças de segurança, não só das Forças Armadas como, principalmente, das polícias militares. O número de candidatos policiais militares cresce a cada eleição. Nas eleições de 1922, tivemos cerca de 1.700 candidatos vinculados às Forças Armadas, às polícias e ao Corpo de Bombeiros, que, estranhamente, no Brasil, também é Corpo de Bombeiro Militar. Talvez seja o único do mundo em que o Corpo de Bombeiros é também considerado militar. Desse total, 38 foram eleitos para a Câmara dos Deputados. Ou-

tros 72 foram eleitos para cargos nas Assembleias Estaduais. No Congresso Nacional, o aumento foi da ordem de 35,7%. Agentes públicos armados não podem estar a serviço de um partido político. Não há espaço no regime democrático para forças de segurança comprometidas com projetos de poder. Os militares servem ao país, protegem o Estado e toda a população e precisam estar fora e acima de interesses corporativos e de uma visão particularista e excludente de nação. No Brasil, a Constituição Federal veda aos militares da ativa afiliação partidária, mas permite que sejam candidatos. Pela regra atual, militar alistável deve deixar definitivamente a função apenas se for eleito. Aí mora o perigo, na minha opinião, porque quando não é eleito, ele vai retornar às Forças. Ele não vai retornar para ser militar, mas para ser um político dentro das forças militares. Ele, provavelmente, vai continuar fazendo campanha durante quatro anos para tentar se eleger na próxima vez.

Por isso, nós apresentamos uma emenda constitucional, que não é de minha autoria, mas que foi uma convocação do ministro da Defesa atual e dos chefes militares que queriam dar um sinal à sociedade de que entendiam o que aconteceu no 8 de janeiro e que era preciso fazer uma prevenção àquilo que tinha acontecido. Essa emenda ainda não foi votada e ela diz que, uma vez candidato, tem que ir para a reserva e sair das Forças. A emenda só falava de Forças Armadas porque, para mexer nas polícias militares, teremos que ter uma preparação maior pelo número incomensurável delas entre nós. Proposta semelhante está em discussão no projeto de lei do novo Código Eleitoral, também em discussão no Senado. Em ambos os casos, há o reconhecimento de que não tem cabimento a reincorporação ao serviço militar de um agente que deixou de ser um agente do Estado para assumir uma carreira política. O caso ilustra o risco para as democracias de contaminação política das Forças e destaca a importância de um sistema de freios que coíba a captura ideológica.

Tive a oportunidade de ser ministro da Defesa do Brasil durante boa parte do ano 2005. Não foi uma experiência longa, mas foi importante. Aprendi ali que as Forças Armadas não são, não podem ser, pela própria natureza da função, um órgão democrático, plebiscitário e político. Estão alicerçadas nos valores da hierarquia e da disciplina, e é fundamental que estejam. O desafio é o de integrar a estrutura democrática com uma instituição hierárquica e disciplinar. Muitos países já o fizeram, e o caminho é um só, o da neutralidade e da profissionalização das nossas forças militares, que deve ser a garantia da proteção dos direitos humanos, da soberania nacional e do Estado Democrático de Direito. É o que todos esperamos e buscamos. É óbvio que esse tema não se esgota em uma mesa, mas eu acho que é importante que a preocupação não finalize e se mantenha para que consigamos fazer, na negociação, na busca de consciência, o nosso entendimento para fazer a prevenção contra eventuais aventuras como o do 8 de janeiro.

Raul Jungmann



Diretor-Presidente
do Instituto Brasileiro
de Mineração.

A minha tese central é de que grande parte dos problemas que nós temos com os militares advém do fato que o poder civil, e, particularmente, o Congresso Nacional, mas o subsistema político, que inclui políticos e partidos, não exerce as suas funções de dar rumo para os militares no país. Geralmente, o foco é muito dirigido e tem razão de se voltar para os militares a sua ação. Porém, as pessoas se esquecem que, constitucionalmente, compete ao Congresso Nacional a defesa nacional, ou seja, a definição da defesa do rumo dos militares. Fiscalizar, acompanhar e monitorar o Executivo e fazer as leis é o papel do Congresso, mas ele não exerce isso, como uma parte das elites brasileiras. Elas não tornam claro qual é o papel dos militares no Brasil. O Congresso Nacional também não o faz, ou seja, ele se aliena da sua responsabilidade constitucional com o país de dar rumo às Forças Armadas. É isso que tem que ser colocado em pauta.

Nós tivemos intervenções ou participações militares em 1922, 1924, 1930, 1932, 1935, 1941, 1945, 1956, 1961, 1964 e 2010 ao longo da nossa história. É fato que, sobretudo depois do fim do regime militar, e com a Constituição de

88, nós entramos em um processo democrático que foi abalado recentemente, mas se virem os debates que nós tivemos na Constituinte sobre militares e forças policiais, praticamente nada foi alterado. Os constituintes de 88 fizeram a Constituição que redemocratizou o país, mas mexeram pouquíssimo nisso. É importante também dizer que os militares não são um Poder Moderador, como era o imperador na Constituição de 1824. No entanto, sempre foi deixada uma faixa de discricionariedade, ou de interpretação de discricionariedade, dos militares na vida brasileira. Porque no artigo 142, e esse é o *leitmotiv*, por assim dizer, da interpretação do papel moderador. Lá está dito: “garantia dos poderes constitucionais e a solicitação de qualquer um deles, defesa da lei e da ordem”. Essa fórmula foi repetida, das sete, em quatro Constituições. Aquilo que levou Rui Barbosa a dizer que era como se o poder civil não confiasse em si próprio e deixasse um papel político discricionário, ou de interpretação discricionária, para os militares. Isso, evidentemente, não ajuda a esclarecer o papel que tem os militares no país.

Um exemplo muito claro de que o poder político, o Congresso Nacional, deputados e senadores, se alienam do seu papel – e isso só conduz à confusão, a interpretações, e, evidentemente, tem o seu papel no 8 de janeiro – é que o ministro Nelson Jobim propôs ao Congresso Nacional, pela primeira vez na nossa história, que a política nacional de defesa e a estratégia nacional de defesa, além do Livro Branco – que é uma espécie de mostruário de tudo que nós temos nas Forças Armadas, a política é o quê e a estratégia é o como – passassem pelo crivo do Congresso Nacional. É bom lembrar que a defesa nacional representa o território, a soberania, o povo, a cultura, os nossos recursos. Eu fui o relator do que hoje é a Lei Complementar nº 136, que modificou sobretudo a Lei Complementar anterior, nº 97. Guerra e paz são atribuições constitucionais do Parlamento brasileiro. Fazer a guerra e declarar a paz é atribuição do Congresso Nacional. Por que? Porque tanto a guerra quanto a paz envolvem a todos os brasileiros, não só a presidência. A presidência é eleita por uma parcela majoritária dos brasileiros, mas a representação de todo o país está no Congresso Nacional. De quatro em quatro anos se revê a estratégia e a política nacional, qual o rumo das Forças Armadas. Se querem outro rumo, a orientação está lá. Quando eu estava no Ministério da Defesa, em novembro de 2016, o ministro Jobim e o general Etche-goyen, assessor dele, fizemos uma proposta e chegou a hora de o Congresso Nacio-

nal, representante do povo brasileiro, discutir qual é o papel, o lugar e a destinação das Forças Armadas do Brasil. Isso nunca aconteceu. Depois do regime militar, abriu-se um vácuo enorme porque nós tínhamos a Lei de Segurança Nacional, que era obviamente ditatorial e, evidentemente, autoritária, e que estava ligada, sobretudo, ao conflito leste-oeste e outras coisas mais. No governo Fernando Henrique saíram, pela primeira vez, as diretrizes para a defesa. O governo Lula ampliou depois, mas ainda continuava algo muito esquálido em termos do que deveria acontecer. Assim, vem a crise dos controladores, o Jobim assumiu e propôs isso. Nós discutimos e, com a anuência dele, levamos ao Congresso e aprovamos. Em novembro de 2016, nós mandamos ao Presidente da República, que mandou para o Congresso Nacional. Em dezembro de 2017, ocorreu sem uma discussão, um debate, uma audiência pública, nenhuma emenda, com um relatório absolutamente pífio, em votação simbólica, o que quer dizer que não era matéria tão importante. Há uma diferença de votação. A votação que vai no painel é nominal e a votação simbólica, que é só levantar a mão.

A política e a estratégia nacional de defesa foram para o Presidente da República, que entendeu, à época, que o governo dele tinha terminado e que aquilo era matéria para o novo presidente, que entendeu que era do governo anterior e não assinou. Em 2020, aconteceu a mesma coisa. Nós estamos, hoje, por favor, com a política e estratégia nacional de defesa de 2012. Nada foi colocado no lugar ou foi debatido, ou seja, a visão militar, se me permite ser interpretativo, é que o poder político e representativo do país é irresponsável com os destinos da defesa nacional, que é soberania, território, pessoas, recursos etc. Isso fortalece a visão de que as Forças Armadas são um Poder Moderador e que a elas cabe a tutela do país e da República.

Eu concluo fazendo uma observação final sobre o 8 de janeiro. Sem sombra de dúvida, nós tivemos militares que participaram. O Bolsonaro, quando assumiu, resolveu trocar o presidencialismo de coalizão pelo presidencialismo de colisão, dizendo que tinha a espada, que são os militares, e as massas. Quando apareceu no horizonte a possibilidade do impeachment dele, fruto de denúncias de corrupção, mas também do horror que foi a administração da pandemia, ele abriu o governo para o centrão, que, de certa forma, consegue segurar esses impeachments. As Forças Armadas, enquanto instituição, não deram um passo na direção. Embora se fale de alguns, mas nenhum fala pela instituição e elas, na verdade, terminaram sendo um garantidor da continuidade democrática. Evidentemente, também, com o Supremo Tribunal Federal (STF), mesmo que hipertrofiado pela defesa que faz, foi fundamental para garantir a democracia, além da sociedade, partidos, empresários etc. Logo, enquanto nós não recuperarmos ou não superarmos essa lacuna, não teremos clareza. Os militares brasileiros se profissionalizaram. As escolas, efetivamente, transmitem um pensamento democrático e isso ficou formado de que as instituições militares, hoje, são pró-demo-

cracia. O contexto internacional também ajudou. Nós tivemos, nos últimos anos, apenas três golpes ou tentativas de golpes na América do Sul, que foi, em 2019, com o Evo Morales, em 2022, o Pedro Castillo, no Peru, e na Bolívia, em 2024, mas há uma enorme queda das possibilidades de intervenção em golpes militares depois do fim do conflito leste-oeste.

Nelson Jobim



Membro do Conselho
de Administração do
BTG Pactual.

Hoje, há uma coisa curiosa. Se verificarmos, a palavra democracia está servindo para tudo. Se o sujeito resolve vender charuto, fala que vai democratizar a venda de charuto. Então, eu queria só situar em que contexto eu uso a palavra democracia. O professor Robert Dahl estabelece sete requisitos para ter um Estado democrático completo. Primeiro, cargos públicos eleitos. Segundo, eleições livres e imparciais. Terceiro, sufrágio universal. Quarto, direito a concorrer a cargos públicos. Quinto, liberdade de expressão. Sexto, variedade de fontes de informação. Sétimo, liberdade de associação. Cada um desses elementos é absolutamente necessário, mas não é suficiente. A necessidade é o conjunto habilitado. Assim, pode-se falar em democracia, estabelecer níveis – o que Pontes de Miranda chamava de cargas de eficácia, para dizer que tipo de democracia nós temos através da verificação desses dados.

A definição constitucional da destinação das Forças Armadas foi fixada na Constituição de 1991, que estabeleceu a defesa da pátria no exterior, manutenção das leis no interior e obrigada a sustentar as instituições constitucionais. Essa redação deu espaço a dizer que

estava constitucionalizado o direito ao golpe, porque o juízo da necessidade da defesa da pátria no exterior, de necessidade da manutenção das leis do interior e da sustentação das instituições democráticas era para quem foi destinado, ou seja, as Forças Armadas tinham o juízo para haver da necessidade. Por isso, Rui Barbosa chamou isso de direito ao golpe. Isso se repetiu em todas as outras, com alguma mudança de linguagem, mas acabou ficando tudo isso, incluindo a famosa Carta de 46. Quando chegou em 1988, nós tivemos uma situação curiosa. Houve uma reunião. Primeiro, o relator havia conversado com o ministro da Guerra e tinha referido qual era o texto que ele ia oferecer. Depois, o relator recebeu o grupo da esquerda, liderados pelo [José] Genoíno [Neto] e pelo líder do Partido Comunista do Brasil (PC do B), na Bahia, e ele, então, aceita o novo texto da minoria. Houve uma notícia do jornal que dizia que o relator foi a uma festividade da Marinha, para negócio de medalhas, e o representante do Exército dá uma passada e volta apavorado para a Secretaria de Tecnologia da Informação (Prodasen), onde nós estávamos trabalhando junto com o Eduardo Jorge. Ele dizia que teria um golpe de Estado, brigava comigo etc. O Fernando Henrique e eu éramos os assessores, junto com o Eduardo Jorge, e conseguimos tentar compor aquele problema. O Fernando foi conversar com os militares, com o Sarney etc. Nós conseguimos contornar a situação, mas estabelecemos um requisito, que era o problema do direito ao golpe, ou seja, para a garantia da lei e da ordem, só poderiam fazer por iniciativa de qualquer um dos Poderes. Assim, assegurou que não cabia aos militares saber quando deveriam intervir para a lei da ordem e que isso dependia dos Poderes. Houve algum problema, em determinado momento, já vigendo a Constituição, em que estavam discutindo como seria feito esse pedido, se tinha que ser feito pelo presidente da República, ou poderia, por exemplo, o presidente Supremo Tribunal Federal (STF) determinar às Forças Armadas fazerem intervenção, mas acabou não tendo necessidade de chegar a esse ponto.

Depois, por circunstâncias, eu acabei sendo ministro da Defesa e a primeira coisa que eu aprendi é que a esquerda brasileira não queria tratar sobre defesa e segurança pública porque estava no seu imaginário de que aquilo era identificado com perseguição política. Então, não se podia falar nesse assunto. Nós entramos e eu constatei uma coisa curiosa. Historicamente, os militares, até 1967, tinham uma participação

brutal na política. Os generais tinham um tempo enorme de estadia no generalato e formavam guetos, tornavam-se líderes políticos e faziam política. Quando Castelo Branco assumiu, que não era do grupo político, ele resolveu acabar com os “generais chineses”, como ele chamava, que eram os generais que mandavam em tudo. Ele começou a fazer alterações em relação à participação dos militares na política. Porque não é o discurso que faz, mas a criação de situações que impedem legalmente. No caso, pela Constituição de 1946, o militar que fosse eleito seria agregado à Força, e, se não fosse reeleito, voltava à Força. Castelo Branco pretendia o que se pretende hoje, ou seja, dar um tratamento aos militares como se dá a um juiz de direito e à promotoria. Ele não conseguiu, à época, estabelecer essa fórmula. Ele teve que negociar internamente e gerou a fórmula que nós conhecemos, que é aquela em que o militar só vai para a reserva se diplomado na eleição. O Tribunal Eleitoral teve que fazer uma leitura de como se consideraria o militar filiado a um partido político, já que a Constituição estabelecia que só poderia ser candidato se fosse indicado pelo partido político. Nós resolvemos esse assunto e ficou resolvido que, se aprovado na convenção, ele seria considerado membro do partido que o aprovou na convenção. Assim, ele ia para a eleição e, se perdesse, voltava. Foi a solução que o Castelo Branco conseguiu. Se ele fosse eleito, ia para a reserva imediatamente, o que já era uma medida importante. Mas Castelo Branco não ficou só nisso. Ele mexeu na estrutura do generalato para acabar com as lideranças individuais. Ele estabeleceu que um oficial não pode ficar no generalato por mais de 13 anos – agora, são 12. Sendo que, em cada subconjunto, o general de brigada, duas estrelas; o general de divisão, três estrelas; e o general de Exército, quatro estrelas, seriam renovados, anualmente, em uma quarta parte. Qual foi a consequência disso? A profissionalização dos militares.

O presidente Sarney soube fazer isso quando assumiu a presidência da República. Ele estava fraco politicamente, mas conseguiu tirar os militares da administração a partir de um expediente importante, a criação do Projeto Calha Norte, porque o grande problema dos militares é a soberania, para criar as defesas da Amazônia. Isso deu uma função profissional aos militares, mas não ficou só nisso. Ele tinha medo de que os generais de então virassem governadores dos estados e pensava no general Lott, como candidato a governador do Rio de Janeiro, no general Amaury Kruehl, como candidato a governador de São Paulo, e no general Justino Alves Bastos, candidato em Pernambuco. O que ele inventou? O presidente Sarney era governador do Maranhão. O líder do Partido Democrático Social (PDS) chamou o presidente Sarney dizendo que precisam afastar os generais da política, senão virariam governadores. O Sarney tinha, na época, um capitão que brigava com ele no Maranhão. Ele criou uma coisa que nós mantemos até hoje, diminuindo a importância, a inexistência, ou melhor, o domicílio eleitoral. Ele estabeleceu um domicílio eleitoral de quatro anos, de forma tal que nenhum militar pudesse ser candidato a governador e só poderia ser candidato a deputado depois do

segundo mandato, porque também pegava quatro anos para o deputado. Assim, tirou o primeiro grupo contemporâneo ao processo do golpe de 64. Assim, o Castelo Branco estabeleceu as regras e o Sarney afastou os militares da política, criando estímulos.

Eu acabei assumindo o Ministério da Defesa e tive uma sorte absoluta. O Fernando Henrique me mandou de presente um livro que havia sido escrito pelo antigo ministro da Defesa da Espanha, Narcísio Serra, sobre transição militar na transição do regime de Franco para o processo democrático. A primeira fase da retirada da vinculação dos militares da política se dá pela exclusão da intervenção militar nas decisões políticas. O que significa isso? Redução da presença dos militares na administração, não participação em tarefas do governo e perda do direito de veto. Eram os três que nós tínhamos que buscar. A primeira coisa já tinha sido iniciada pelo Fernando Henrique, com a criação do Ministério da Defesa. O Fernando Henrique, em janeiro de 1999, nomeia como ministro extraordinário da Defesa o ex-senador Elcio Alvares. Quem foi encarregado de negociar com os militares a criação do Ministro da Defesa foi o general Benedito Leonel, que era o comandante do Estado-Maior das Forças Armadas. Nós começamos a fazer o jogo e foi criado, com certa dificuldade, o Ministério da Defesa, dando uma solução intermediária. Aí surge o problema. No regime anterior, o ministro era militar, porque era o ministro da Guerra, na época do Jango, e, depois, com o regime militar, virou o ministro do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. Só que as Forças não tinham comandantes. Por quê? O ministro tinha duas funções, a de membro do governo e a de comandante da Força. Ele se relacionava com o chefe do Estado-Maior. Os estados-maiores das Forças é que se relacionavam com o ministro, ele chefe, como comandante da Força. Por isso, quando chegou esse momento, nós tivemos dificuldades na discussão e na construção da solução, que se criou a figura dos comandantes do Exército. O Eduardo Jorge sabe que, naquela época, tinha um grupo que dizia que não dava para criar o Ministério da Defesa porque os militares, sendo membros do governo, seriam os representantes do governo junto às Forças, porque estavam voltando às Forças. Nós dizíamos que não e que tínhamos que ter o Ministério da Defesa, e a negociação política foi criar um comandante de Força, não foi a solução destituir os comandantes, que assumiram a parte correspondente aos antigos ministros como comandante da Força. A criação do Ministério da Defesa foi exitosa e, hoje, nós chegamos a um número de 17 ministros, desde a data da criação, junho de 1999. A tese que sustentamos, quando eu trabalhei no Ministério da Defesa com o Lula no segundo governo, era que tínhamos que pegar o Ministério da Defesa e estabelecer uma divisão entre a parte civil e a parte militar. A parte militar era do comandante do Estado-Maior Conjunto das Forças, que foi a figura que criamos. O fato é que nós conseguimos isso, mas, depois, com Bolsonaro, militarizou-se tudo de novo. Agora, o ministro José Múcio Monteiro está fazendo o caminho da desmilitarização do Ministério da Defesa, começando pela chefia executiva.

Outra função que nós tínhamos era dar ao ministro da Defesa algo que ele não tinha, que era o comando na estruturação da direção das Forças Armadas. Havia um decreto, da época do Figueiredo, que estabelecia que, na estrutura estratégica de guerra, tinha-se um nível político, um nível estratégico e um nível tático. No nível político, estava o presidente da República e os comandantes das Forças, os militares. No nível estratégico, só os militares, e, no nível tático, o executor das ordens. Nós conseguimos locar o ministro da Defesa para essa função importante, que era também atuar diretamente no que dizia a respeito à atuação das Forças. Não foi fácil. Houve também outra mudança importante, a gestão do orçamento. Eu me lembro que, quando eu assumi, apareceu o oficial que cuidava do orçamento dentro do Ministério e entregou os três orçamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, como o orçamento do Ministério da Defesa, e disse que eles já tinham combinado e que bastava eu assinar e mandar para o Planejamento. Eu disse que não, pois eles não combinaram comigo. Ele levou um susto e eu comecei a criar condições de discutir o orçamento porque é por ele que se verifica o que se quer na Força. Começamos a intervir no orçamento e iniciamos o processo que nós chamamos de consolidação. A consolidação se dava pela subordinação das Forças Armadas ao poder político constitucional, que foi a Reforma da Lei Complementar nº 136, ou seja, a subordinação com a redução da autonomia militar. Logo, o marco institucional foi essa lei ajudada por eles todos. Havia órgãos controlados pelos militares. A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) era um órgão militar da aviação civil e nós os tiramos de lá e o problema é que grande parte do Movimento Democrático Brasileiro (MDB) não queria tirar dos militares o controle do espaço aéreo, porque não confiava no problema de greve, que foi a causa com que eu entrei no Ministério da Defesa, que foi a greve dos controladores de voo.

Por último, vem a Estratégia Nacional de Defesa, que nós procuramos estabelecer o desenho. As Forças Armadas do Brasil não têm como cuidar de um território imenso. Não podemos aumentar o número, então criou-se três blocos. O primeiro foi monitoramento do território, com os planos da Amazônia Azul e o Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras (Sisfron) do Exército. Segundo, era a mobilização. O plano KC-390 Millennium, que é o nosso avião de transporte, com 12 toneladas. O Gripen é ataque, mas eu queria mobilizar as Forças do caso, e nós caminhamos depois. Também teve o Guarani, com força interior. Eles criaram esse mecanismo todo, principalmente com a França.

Assim, surgiu a Estratégia Nacional de Defesa. Nós também mobilizamos a criação de uma frente parlamentar de defesa e negociamos que fosse o Aldo Rebelo, do PC do B, o presidente, porque era uma sinalização de que as Forças não tinham nada a ver com isso.

Sobre o 8 de janeiro, houve uma tentativa imensa, inclusive, anterior, de envolver os militares no golpe. Não conseguiram. Por quê? Nessas coisas, o que interessa são os militares, os generais que têm tropa nas costas. General que comanda escrivania de gabinete não serve para nada. O que serve mesmo é o general que tem tropa. O que se fez? Uma negociação com os generais que tinham tropa, que eram os comandantes das regiões militares. Quem começava a sustentar isso era o pessoal da reserva e o general comandando o Exército, que nesse tipo de coisa é o mais importante, porque tem uma força de infantaria. Eu leio aquela bagunça do dia 8 de janeiro como a exteriorização de uma decepção porque as Forças não deram o golpe. No meu ponto de vista, fizeram aquela quebradeira toda não para dar golpe, mas para protestar que as Forças não deram o golpe. Golpe de civil não existe. Só existe golpe de militar. Os três comandantes das Forças, na época, e o ministro da Defesa, que era o Azevedo, foram demitidos porque não concordavam com o que queria ser feito pelo presidente da República. Eles acabaram saindo, nomearam outros, que também não entraram no jogo. Por quê? O alto comando não topava.

José Levi Mello do Amaral Júnior



Conselheiro do
Conselho
Administrativo de
Defesa Econômica
e professor da
Universidade de
São Paulo.

A minha exposição tem a seguinte estrutura: uma introdução, quatro colocações e uma conclusão. A introdução é para fazer uma citação, no intuito de dizer o que as Forças Armadas não são. É muito comum dizermos que toda questão de Direito comporta duas ou mais compreensões diferentes e, não raro, antagônicas. Isso é falso. Há, sim, algumas coisas em Direito que só podem ter uma única compreensão e uma delas é que, na Constituição brasileira de 88, não há nenhum Poder Moderador que supostamente teria sido confiado às Forças Armadas. Não há nenhum Poder Moderador que supostamente teria sido confiado às Forças Armadas. As Forças Armadas são muito importantes, mas são subordinadas ao poder civil eleito. Isso é um truísmo, é uma obviedade.

O que seria um Poder Moderador? Poder Moderador, ou seja, um poder neutro, um poder árbitro entre Poderes, um poder que idealmente existe apenas em potência, que agiria muito episodicamente para colaborar com o movimento geral, se e quando este fosse perturbado. Essa fórmula de "movimento geral" eu aprendi nos bancos acadêmicos com o professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho, é uma expres-

são que Benjamin Constant, francês, usou na sua célebre exposição sobre princípios de política, precisamente para descrever o poder neutro.

Poder Moderador, no Brasil, foi amadurecido na prática inglesa, descrito por Constant, e, detalhe curioso, veio a ser previsto pela primeira vez em norma constitucional escrita no artigo 98 da Constituição do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Carl Schmitt, na sua teoria da Constituição, quando vai referir um exemplo de Poder Moderador, dá o exemplo do artigo 98 da Constituição de 1824. Esse Poder Moderador de 1824 foi descartado pela Constituição de 1891, como se ele não pudesse ser republicano, como se não pudesse existir em uma república. Na verdade, nós sabemos que existem repúblicas que o adotam. Portugal, por exemplo, tem uma chefia de Estado separada da chefia de governo. Este é o caso também da Alemanha e da Itália. Nesses três países, com formato republicano, presidentes eleitos e temporários. Aliás, esse Poder Moderador fez falta à nossa Primeira República, a República Velha, que envelheceu muito cedo, foi permeada por uma série de intempéries e, em boa medida, precisamente, pela falta do Poder Moderador. Tanto é assim, que o Poder Moderador, ainda que de modo muito sutil, encabulado, voltou na Constituição Brasileira de 1834, que não usava a fórmula tradicional e recorrente entre nós, Poderes dependentes e harmônicos entre si, mas sim, Poderes independentes e coordenados entre si. Quem era esse coordenador? Era, em boa medida, e ainda é, sobretudo em matéria federativa, o Senado da República. É o que dizia de modo literal o artigo 88 da Constituição de 1834, que remetia as competências desse coordenador, o Senado como coordenador, aos artigos 90, 91 e 92, que são dispositivos muito presentes na Constituição vigente, hoje, no artigo 52 da Constituição de 88. Sobre tudo em matéria federativa, mas não só. O Senado tem também uma prerrogativa da espécie, retratando o nº 34, por exemplo, na nomeação de altos cargos para o poder público.

As Forças Armadas nunca elas poderiam ter, ao menos em termos constitucionais democráticos, Poder Moderador. No debate brasileiro, isso é uma coisa uníssona. Na verdade, há uma voz absolutamente isolada, que sugere uma coisa diversa. Essa voz cita, em um livro publicado, como exemplo do que supõe ser um Poder Moderador, o famoso caso do Café Filho. O presidente que se afastou por razões de saú-

de e, quando tentou voltar, dizendo que estava bem, foi impedido pelo ministro da Guerra. Houve uma decisão famosa do Supremo Tribunal Federal (STF), mandado de segurança nº 3557, em que o STF reconheceu a simples e objetiva impossibilidade de o tribunal ir contra uma insurreição armada. Aqui, nós não estamos no campo do Direito, mas no campo dos fatos, e fatos fora do Direito. Um verdadeiro estado da natureza. Agora, nós evoluímos muito. O constitucionalismo democrático – e esta expressão é até um pleonasmo, porque o constitucionalismo é uma técnica da liberdade contra o poder arbitrário – evoluiu de modo muito mais construtivo, recusando a crueza daquilo que La Salle falava, sobre os fatores reais do poder, que se resume a um: o canhão. O constitucionalismo recusa isso. O constitucionalismo é amigo da força normativa da Constituição, para usar a expressão antagônica, do Konrad Hess, que é para se contrapor à narrativa do canhão, ou seja, a busca de condições normativas de uma maneira saudável que se relacionem com a sociedade e com a política. O STF, recentemente, baseado em informações do Ministério da Defesa, da subchefia para assuntos jurídicos, da Advocacia-Geral da União (AGU), com informações e reiteração de informações, afirmou o óbvio. Não há Poder Moderador nas Forças Armadas. Houve muitas dúvidas em relação a uma coisa que vinha sendo usada há muito tempo, a Garantia da Lei e da Ordem (GLO). Dúvidas com razão. A última vez que eu vi uma contagem de GLO de 88 para cá, eram mais de 90 casos. Me parece que uma prova da normalidade do nosso modelo é que houve uma GLO recentemente e ela não envolve nenhum poder extraordinário. Aliás, isso é uma coisa que o professor Manuel fala em sala de aula, nem sequer intervenção federal gera poder extraordinário. Não há poderes extraordinários soltos no nosso país, felizmente. A circunstância lamentável do dia 8 de janeiro é uma tragédia, mas sobrevivemos a ela por persistência democrática de uma cultura de um povo democrático. Isso não é pouca coisa.

Fala-se que, eventualmente, o STF seria um Poder Moderador. Poder não conhece vácuo. Se não há um Poder Moderador formal, alguém ou algum órgão exerce aquilo que seria uma função de arbitragem entre Poderes que, eventualmente, entrem em conflito. No Brasil, de fato, parece que o STF tem sido esse órgão a exercer um poder moderador. Isso não exclui que perguntemos se essa seria a melhor opção. Certamente não seria a melhor opção, a começar pelo próprio STF. Por que? Ele se vê em meio ao debate político cotidiano e, por isso mesmo, sujeito a críticas de lado a lado. É da natureza das coisas que o STF exerça um poder moderador, por exemplo, em relações federativas. Supremas Cortes foram criadas para isso. A Suprema Corte americana foi criada, em larga medida, para arbitrar conflitos federativos. Isso passa para o STF. Quando há uma decisão nesse tipo de matéria, há dúvidas e quem fica insatisfeito, mas faz parte do jogo. A grande questão é como harmonizar isso, tornar isso mais palatável.

Eu penso que para ajustar o cenário descrito seria preciso duas coisas. Primeiro, fortalecer a chefia de Estado. Em que sentido? Resguardar o chefe de Estado da política cotidiana. Segundo, fortalecer o próprio Poder Legislativo, sobretudo, para que não só o Presidente da República como a própria maioria parlamentar sejam ambos formalmente responsáveis pela chefia de governo. Essa é uma outra história que levaria a outra exposição, a que alguns no Brasil têm chamado, de uma maneira muito construtiva, de semipresidencialismo.

Ilton Norberto Robl Filho



Advogado e Professor
do Instituto Brasileiro
de Ensino,
Desenvolvimento e
Pesquisa.

Eu vou fazer uma introdução, falar sobre quatro itens e uma conclusão. Em primeiro lugar, a nossa Constituição e as discussões que nós temos no direito constitucional buscam a defesa da paz. É um ideal relevantíssimo que as democracias constitucionais têm e no nosso direito constitucional positivo se encontra também a defesa da paz. Agora, o que infelizmente nós observamos são conflitos bélicos e guerras que têm eclodido intensamente. Na Europa, temos as guerras da Ucrânia e da Rússia. Também temos a situação de Israel com a faixa de Gaza, uma situação complexa na Ásia, de animosidade entre Taiwan e China. Na América do Sul, temos uma animosidade entre Venezuela e Guiana, e uma série de situações. O fato é que, infelizmente, nós não vivemos em uma situação de paz, que é aquilo que nós devemos buscar.

Nesse contexto todo, é ainda mais relevante se discutir sobre o papel das Forças Armadas, especialmente em uma democracia constitucional. Dahl, na sua poliarquia, trata de um conceito essencial que tem sido aprofundado contemporaneamente com diversos autores. O argentino O'Donnell discutiu o importante tema da democratização do Brasil e da Argentina,

no final da década de 80 e início da década de 90, e, atualmente, Adam Przeworski, em um livro muito importante sobre crise da democracia, aprofunda esse conceito de Dahl. Eu trabalho com o mesmo conceito. Quando eu pensei em Forças Armadas na democracia constitucional, nesse conceito que alguns chamam de minimalista, mas é bastante importante e robusto. Essa é a discussão que se desenvolve no que chamamos no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), em um macro processo de pesquisa. A professora Ademara, a professora Marilda Silveira, o professor Vasconcelos e eu estamos em um projeto de pesquisa em cooperação com diversas instituições sobre democracia constitucional. Inclusive, semana passada, na presença do ministro Messias, ministro Lewandowski, ministro Gilmar Mendes e o nosso diretor-geral, assinamos uma cooperação com a Advocacia-Geral da União (AGU) e com diversos órgãos em relação a esse tema. Que nos impõe, então, a reflexão sobre o papel das Forças Armadas na democracia constitucional e, especialmente, na democracia brasileira.

Primeiro, vou tratar de soberania digital. Estamos em território europeu em que os órgãos da União Europeia têm discutido, desde pelo menos 2018, o tema da soberania digital. Isso é algo que consta em diversos documentos da União Europeia. Esse tema da soberania digital impacta intensamente no campo das Forças Armadas. Semana passada, diversos jornais brasileiros trouxeram notícias e considerações sobre contratos de antenas que teriam sido assinados pela Marinha brasileira, sem o aval de uma grande empresa global, para colocar, por exemplo, internet em alguns navios. O que esses jornais trouxeram é que, como essa empresa tem uma relação muito próxima com os Estados Unidos da América, necessitaria, se fosse para assinar da maneira pela qual essa empresa gostaria, o governo norte-americano queria um outro procedimento jurídico que não teria sido seguido. A desconformidade com essa forma que essa empresa quer, pode gerar, por exemplo, o corte do sinal da internet para esses navios. Então, se tem os navios e não tem os elementos mínimos para a sua atuação, isso é um grande problema, que nos traz o tema da soberania digital. O ministro Jobim nos colocou a questão da importância da indústria bélica. Sabemos todos nós da dificuldade de se estabelecer uma indústria bélica nacional, os seus custos e a questão da eficiência. Temos que pensar outros modelos de cooperação entre a iniciativa privada e o aspecto público, mas esse é um tema central. Nós sabemos que as intervenções militares cada

vez mais se fazem com tecnologia de ponta das três Forças. Então, é impossível pensarmos as Forças Armadas, hoje em dia, sem discutir esse tema. É verdade que no Parlamento brasileiro tem uma discussão sobre o aspecto digital, a soberania digital, ainda embrionária, necessitando de maior aprofundamento.

Há também é o tema da fronteira. A nossa fronteira só com a Bolívia, por exemplo, é maior que a fronteira do México com os Estados Unidos, e nós temos fronteira com diversos outros países. Obviamente, temos uma dificuldade de alocação de recursos e de pessoas, mas o que a literatura que estuda o tema das Forças Armadas aponta é que nós temos que, em diálogo com os estudiosos, mas no Parlamento, repensar a alocação das tropas, das instalações e da atuação das Forças Armadas na proteção da fronteira. Isso é feito em cooperação com outros órgãos importantes, como a Polícia Federal. Esse tema da alocação das Forças, das instalações, muitas vezes concentrada no Sudeste, é uma necessidade, pois temos que pensar a fronteira, especialmente no Norte.

O terceiro tema é o da hierarquia. É clássico nas discussões sobre Forças Armadas a relevância da hierarquia. Temos textos clássicos do Direito brasileiro, por exemplo, Seabra Fagundes, dizendo que a hierarquia é princípio fundamental e que aceitaria apenas uma única exceção, quando um superior hierárquico militar desse uma ordem de golpe de Estado. Nesse sentido, essa ordem deveria ser prontamente desacetada. Então, a hierarquia é algo, é central. Obviamente, a hierarquia, a luz do exercício é do poder e dos postos nas Forças. Uma questão relevantíssima é essa reprogramação, ou seja, pensarmos na relevância, na compreensão que as Forças têm, mas é importante que, de alguma maneira, hajam um aprofundamento sobre a relação da hierarquia com a força constitucional. As Forças Armadas, na democracia constitucional, têm um papel essencial, que é a preservação da soberania brasileira e do nosso território. Há uma necessidade de compreensão adequada da hierarquia constitucional como norma de conduta, sendo aliada ao princípio tradicional da hierarquia em relação aos membros das Forças Armadas.

A Garantia e da Lei da Ordem (GLO), muitas vezes, é estabelecida em virtude da necessidade, apesar do seu caráter subsidiário. Todos nós sabemos o problema que o mundo tem, e o Brasil especificamente, no âmbito da segurança pública. Na verdade, o que precisamos mesmo é uma discussão profunda sobre a segurança pública. Vejo com bons olhos que essa discussão começa a surgir sobre algo que tem se chamado de "SUS da Segurança Pública", com uma estruturação mais adequada entre os entes federativos no campo da segurança pública, procurando que ela seja ainda mais efetiva e adequada dentro dos estados constitucionais e buscando uma aplicação ainda mais subsidiária da GLO.

Eu penso que há ainda muito o que se fazer, mas, recentemente, o Congresso Nacional está terminando o processo de alteração do Livro Branco, das principais diretrizes em relação à política de defesa, e me chamou positivamente a atenção, parecer que foi, na verdade, lavrado em 2021, na Comissão Mista, que é responsável por essa análise, apontando reflexões relevantíssimas sobre a relevância de que a sociedade brasileira, os diversos Poderes, os estudiosos, deem uma maior importância à política de defesa e ao papel das Forças Armadas. Me parece que, sem isso, nós ainda não vamos avançar de maneira substancial nessa importante discussão sobre as Forças Armadas.

Jorge Bornhausen



Advogado.

Eu vou fazer uma consideração mais de natureza política. Da segunda metade do século passado aos dias de hoje, eu dividiria o papel das Forças Armadas e a democracia brasileira em duas fases. A primeira fase se inicia no pós-Segunda Guerra, quando os militares retiraram do poder, depois de 15 anos, o presidente Getúlio Vargas. O papel político dos militares era muito forte. A própria guerra tinha influenciado no conhecimento dos seus nomes. A primeira eleição, após 1947, para presidente da República, foi entre o marechal Dutra e o brigadeiro Eduardo Gomes, em que o presidente Dutra foi eleito, teve um mandato tranquilo, mas já o seu sucessor, o ex-presidente Getúlio Vargas, que ganhou o pleito, teve uma ação deveras tumultuada, com uma participação política inequívoca das Forças Armadas. Basta lembrar do episódio do Galeão, onde se faziam os levantamentos sobre as questões políticas que eram atribuídas ao governo na época. A própria sucessão, após o presidente suicidar-se, teve o envolvimento das Forças Armadas. Houve o impedimento do presidente Café Filho, do presidente Carlos Luz, a ação direta do marechal Lott, a posse do presidente da Câmara, Nereu Ramos, e, em seguida, o governo Juscelino Kubitschek, quando, também, ocorreram

manifestações isoladas de forças pertencentes às Forças Armadas, como no caso de Jacareacanga, que foi uma insurreição localizada e superada, mas que ocorreu numa demonstração de que a política estava dentro das Forças Armadas.

Com a renúncia de Jânio Quadros, o papel das Forças Armadas, politicamente, foi de alta influência também, a ponto de nós termos que fazer uma mudança, que seria certa, mas foi no momento errado, do regime presidencialista para o regime parlamentarista, em uma ação de coação das Forças Armadas. O papel das Forças Armadas tornou-se evidente e veio a se tornar mais presente a partir de março de 64, quando houve a ação de tomada no governo, aplaudida por uns, reprovada por outros, mas que durou até a formação da aliança democrática com o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) e o Partido da Frente Liberal.

A partir daquele momento, nós vivemos a segunda fase, que vai até os dias de hoje. Eu diria que as Forças Armadas foram testadas. Nós tivemos, nesse período, o *impeachment* do presidente Collor e da presidente Dilma, o vandalismo de 8 de janeiro, mas, com equilíbrio, com a maioria formada democraticamente, de maneira correta e constitucional, agiram as Forças Armadas. Hoje, as Forças Armadas brasileiras não trazem qualquer perigo à nossa democracia. Pelo contrário, elas são fiadores da nossa democracia. O que coloco é que nós temos que pensar e agir, e de forma muito mais rápida e coordenada no Brasil, evidentemente, contra o crime organizado. As recentes reportagens sobre o crime organizado no Brasil, as fortes facções existentes, a entrada no mercado formal brasileiro do crime organizado, torna-se um perigo iminente. Para isso, nós precisamos reunir as forças de segurança, sejam as polícias estaduais, ou as Forças Armadas. A inteligência tem que ser movimentada, mas o país tem que vencer essa dificuldade. Nós ainda estamos esperando essa ação e eu acho que as Forças Armadas poderão prestar, com seus conhecimentos, forte contribuição em uma ação indispensável, imediata e necessária.

MESA XXIV

24

MODERADORA - SIMONE HORTA ANDRADE¹

EDUCAÇÃO, DEMOCRACIA E SOCIEDADE

¹ Advogada e Professora do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Simone Horta Andrade



Neste painel vamos falar sobre um tema que é absolutamente apaixonante e com uma mesa composta por brilhantes educadores.

Advogada e Professora
do Instituto Brasileiro de
Ensino, Desenvolvimento
e Pesquisa.

João Costa



Presidente do Comitê
de Políticas Educativas
da Organização para
a Cooperação e
Desenvolvimento
Econômico.

Eu me proponho a trazer, a partir da experiência que tenho, em primeiro lugar como professor, depois nas funções que exerci no Governo de Portugal, mas, sobretudo, sob uma perspectiva global das discussões, tanto na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), como nas Nações Unidas e em vários fóruns internacionais, os desafios que os sistemas educativos enfrentam, que são sempre baseados nestas três palavras deste painel. Nós, muitas vezes, enchemos a boca com frases bonitas para dizer que a educação é um dos principais pilares da democracia, que a educação serve para modelar a sociedade que queremos – não a que temos, a que queremos. Por vezes, temos estas frases bonitas, mas depois somos pouco consequentes porque não temos a ousadia de dar passos que são sempre polêmicos e difíceis de transformação dos nossos sistemas educativos.

Eu proponho a fazer uma pequena passagem pelo passado, para poderemos entender estes desafios presentes e futuros que enfrentamos e estas discussões que estamos a ter a nível global. Eu tenho tido a oportunidade de participar em muitos fóruns internacionais, no âmbito da OCDE, das Nações

Unidas, da Organização dos Estados Ibero-Americanos, e, em qualquer contexto, nós estamos discutindo as mesmas questões. Um dos temas que mais apaixonam a opinião pública é a educação. Todos temos opinião sobre a educação, porque todos passamos pela escola, conhecemos um professor, temos filhos na escola, há sempre uma relação com a educação e isso faz com que, muitas vezes, as discussões sejam muito apaixonadas, mas pouco racionais. Por isso, interessa-nos ter debates que são, sobretudo, baseados em evidências. Há dimensões da educação que já não precisam de justificativa. A educação é um valor por si só porque é a experiência maior de humanização que nós temos. Pegando um pouco da imagem de Rousseau, nós nascemos selvagens, se somos bons ou maus selvagens já é outra questão, mas é através da educação que nós aprendemos a viver em comunidade, temos as nossas primeiras experiências de sociabilização fora da família, de partilha, de regras, de convivência e, sobretudo, de aquisição de conhecimento. A educação é também, reconhecidamente, a melhor oportunidade de mobilidade social, ou seja, a melhor oportunidade que nós temos para sair de contextos de pobreza. É muito lento. Nós gostaríamos que fosse muito mais rápido, mas, desprezando a educação nesse papel, não conseguimos chegar lá.

Há, neste momento, alguns movimentos, sobretudo nos Estados Unidos e em alguns países, em que se diz que não vale a pena estudar porque há carreiras que se consegue aceder sem a experiência de estudar. Uma vez, eu estava em um debate com alguém que dizia que não vale a pena estudar e eu perguntei se a pessoa tinha filhos. Ela disse que tinha e eu disse para tirar da escola, então. Ele disse: “Os meus não”. Está aí o equívoco do “não vale a pena estudar”. Isso se vale sempre para os filhos dos outros. Nunca é para os nossos filhos. Eu vou dar um exemplo do contexto português: nós celebramos este ano 50 anos de democracia e a história do nosso sistema educativo é um grande exemplo desta ligação estreita entre educação e democracia. Em 1974, Portugal tinha 26% de analfabetos. Há 30 anos, nós tínhamos mais de 50% de abandono escolar precoce. Tínhamos apenas uma elite residual que frequentava o ensino superior. Tínhamos uma taxa de participação no ensino secundário a partir dos 15 anos de cerca de 5%. Hoje, graças ao investimento em uma escola pública e democrática, nós temos o analfabetismo quase erradicado, temos a taxa mais alta de participação de jovens no ensino superior, uma es-

colaridade obrigatória de 12 aos 18 anos, e isso permite que haja, em Portugal, em muitas famílias, os primeiros licenciados e doutorados e mais riqueza também nessas famílias. Portanto, quando, por vezes, surgem alguns discursos muito conservadores que dizem antigamente é que era bom, eu os chamo de “antigamentistas”, porque era bom apenas para alguns e para um sistema educativo que era desenhado só para uma elite.

Com este passado, é possível nós tomarmos consciência daqueles que são os principais desafios do presente e do futuro. Em primeiro lugar, e isto está sendo discutido em todos estes fóruns, é impossível, hoje, pensar em dizer que um sistema educativo tem qualidade se ele não for desenhado com princípios de equidade e de inclusão, ou seja, o princípio meritocrático dos sistemas educativos não serve os propósitos de uma educação para a democracia, porque vai apenas verificar privilégios à partida e não vai corrigi-los. Esse mérito, na maior parte das vezes, não depende do aluno, mas das suas condições de partida. Portanto, uma parte significativa do debate é como construir sistemas educativos que se adaptam às necessidades específicas dos diferentes alunos, em vez de termos sistemas educativos que estão desenhados para a elite que tem tudo e depois o aluno que não encaixa, azar, não conseguiu. Esse é um dos desafios principais. Nós continuamos a ter, e estudos como o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa) mostram isso, em todos os países do mundo, com maior gravidade em uns do que em outros, o contexto socioeconômico das famílias continua a ser o principal fator de um sucesso escolar. Isto significa que nós não podemos dizer que temos sistemas educativos plenamente democráticos se eles não forem justos, porque não há democracia sem justiça e não basta ter acesso para todos, é preciso garantir que todos tenham sucesso.

Isso leva-nos ao outro desafio que é o significado da palavra sucesso. Sucesso não é só ter aprovação no final do ano, porque eu posso ter um professor que me dá uma excelente nota, mas eu não aprendi nada. Isso não é sucesso. Nós, hoje, temos grandes desafios que já não passam apenas por ter uma escola que é um lugar de desenvolvimento de conhecimento enciclopédico, esse conhecimento também faz falta, mas nós temos desafios sociais que nos convocam para o desenvolvimento de competências, que são muito mais exigentes, como pensamento crítico e analítico, a capacidade de trabalhar em grupo e de resolver problemas. Neste desencontro que existe entre o que é a imagem clássica de um bom aluno e aquilo que a sociedade espera de quem sai da escola. Quem era o bom aluno? Era aquela criança que estava muito caladinha na aula, muito competitiva, porque queria ser a melhor de todas, e que era muito bom em dizer exatamente o que o professor tinha dito. O professor disse e ela, no dia do exame, repete. O que nós queremos dos nossos cidadãos? Queremos pessoas que são ativas, participativas, que conseguem aplicar o seu conhecimento a novas situações, que são capazes de trabalhar em equipe e em comunidade. Este não é o aluno caladinho, competitivo e que só sabe repetir.

Estes desafios destas competências tornam-se ainda mais prementes quando nós pensamos naquilo que é um grande desafio para os sistemas educativos, que é a transformação digital. Os desafios da inteligência artificial e da avalanche de informação em que vivemos. Os jovens que estão hoje na escola são hiperestimulados com a informação, mas informação não significa conhecimento. Como diz um humorista português: informação é saber que o tomate é um fruto e conhecimento é não colocá-lo na salada de frutas. Esta transformação da informação em conhecimento, a capacidade de eu navegar sobre a informação e saber se estou recebendo informação fidedigna ou *fake news*, se estou sendo manipulado ou não, é uma competência que a escola tem de passar a desenvolver, com um desafio enorme para a formação dos professores. Este trabalho é muito sensível para a qualidade das democracias. Nós, hoje, sabemos como a manipulação através do mundo digital tem sido utilizada para prejudicar processos democráticos e como os populismos e radicalismos têm ganhado terreno nos nossos países, e Portugal e o Brasil são um ótimo exemplo disso, a exemplo de uma fraca literacia digital e da vulnerabilidade a que os jovens, em particular, também os adultos, estão, se não forem trabalhadas estas dimensões.

Finalmente, tudo isto se cruza com uma dimensão que é sempre muito polémica nos sistemas educativos, eu introduzi essa componente no currículo em Portugal, que é [o seguinte]: nós não conseguimos ter uma educação boa se a educação não incluir educação para a cidadania. Os grandes temas das nossas democracias, da nossa sociedade, são temas como alterações climáticas, sustentabilidade do planeta, empatia que temos que estabelecer entre todos, e isso não está fora dos muros da escola, mas dentro. São temas em que a interdisciplinaridade é fundamental. Qual é a disciplina das alterações climáticas? É biologia, geografia, economia, ética, é percebermos, por exemplo, a demografia, a partir do crescimento de refugiados climáticos por todo o mundo. Trabalha-se este novo tema na escola, além de debatê-lo, para transformar a ansiedade climática dos jovens em consciência e ação climática.

Um tema que está, neste momento, mobilizando muito os debates a nível global é a falta de professores. Que sociedade é esta em que nós nos transformamos em que os jovens não querem ser professores? Há questões que têm a ver com as carreiras dos professores e os salários, mas há, também, questões com o crescente individualismo que nós cultivamos nas sociedades ocidentais, que fazem com que haja muitos jovens que não pensem que dedicar a sua vida aos outros, em ensinar, seja um bom caminho. Portanto, este é também um debate em curso. Nós estamos a discutir isto na OCDE e nas Nações Unidas e tudo isto se prende, essencialmente, não com a sociedade que temos, ou para preparar a sociedade que temos, mas, sobretudo, para responder a uma pergunta sobre qual é a sociedade que queremos.

Otávio Luiz Rodrigues Jr.



Professor Associado da
Faculdade de Direito da
Universidade de São
Paulo e da Universidade
de Coimbra.

A minha fala se dividirá em três partes. O primeiro capítulo tem um título muito inusitado: “São poucos os chamados e poucos os escolhidos”. Estamos tratando, portanto, neste primeiro momento, de uma fase inaugural da educação no Brasil. Vou fazer uma narrativa dessa evolução da história educacional brasileira no século XIX, a partir da nossa independência política e da nossa constitucionalização em 1824, a completar 200 anos. Nós tivemos, naquele momento, no artigo nº 179 da Constituição do Império, o artigo de ouro da Constituição, um catálogo de direitos fundamentais, extremamente avançado para a época, em comparação com muitos dos países da Europa, no qual havia uma norma expressa: “É assegurada a instrução pública e gratuita nas escolas do Império”. Em outubro de 1827, foi aprovada uma lei, também com caráter de regulação da educação, que tem uma norma de caráter muito significativo. O ministro do Império, que viria a se tornar, posteriormente, um primeiro-ministro quando o parlamentarismo foi introduzido por meio de uma mutação constitucional no Brasil, também foi ministro da instrução pública, o que denotava uma preocupação formal das normas do Império com a formação brasileira. A nossa experiência universitária começou

em 1808, com a Real Academia Militar de Marinha e as Reais Academias Médicos-cirúrgicas da Bahia e do Rio de Janeiro, em 1808 e 1809. Em 1827, as duas Faculdades de Direito, criadas em Olinda e São Paulo. Este momento, portanto, era de uma oferta fictícia de educação a uma parcela insignificante da nossa população.

Viramos o século XX e vivemos até a reboque de uma grande mudança ocorrida em todo o mundo, um outro movimento que nós poderíamos chamar de “Muitos os chamados, mas poucos os escolhidos”. As assimetrias sociais encontraram uma renovada oferta de vagas, especialmente da educação superior, que não era concebível em momentos anteriores, especialmente após o segundo pós-guerra. Nós tínhamos uma abertura educacional bastante significativa após as décadas de 60, 70, em todo o mundo, com a expansão das universidades, mas, ainda assim, com uma baixa eficácia na entrega dessas pessoas ao mercado de trabalho. Finalmente, nós chegamos a um momento em que há muitos os chamados, muitos os escolhidos, e, talvez, tenhamos uma terceira característica bastante peculiar do século XXI, que é uma ruptura da sociedade, particularmente, com a universidade e, de maneira geral, com a escola. Isto é verificável e é preciso que nós todos, que fazemos a educação, tenhamos essa autocrítica permanente. Há uma espécie de divórcio silencioso, por uma série de razões, entre a universidade e a sociedade, entre a educação em sentido *latu* e a sociedade. O fenômeno das redes sociais, da participação na sociedade de um modo eletrônico e digital, tem acentuado este virar as costas para a universidade por grande parte da população. Este não é um fenômeno Sul-Sul, mas é um fenômeno Norte-Sul. A população de diferentes classes sociais não se vê representada, especialmente na universidade. Ela não acredita no conhecimento produzido na universidade, por quem a produz e teme os efeitos que ela pode causar em seus filhos e em suas filhas, criando uma espécie de mundo educacional paralelo através das redes sociais, com lógicas próprias, “método científico” próprio, e uma visão de mundo completamente própria. A universidade e, portanto, a escola, de um modo geral, precisa compreender as causas desse fenômeno e, sob pena de haver essa ruptura definitiva com o próprio modelo de universidade *humboldtiana* que nós conhecemos, não haver recuperação possível sem um conflito neste modelo.

A pós-graduação talvez seja o assunto mais grave nas sociedades mais avançadas, nas sociedades de serviços. Nós vivemos, hoje, no caso brasileiro, o atendimento das metas

nacionais de educação com uma clara eficácia da expansão da pós-graduação no Brasil, mas com um problema central, que vem a ser a própria ideia de empregabilidade dos pós-graduandos, que permanecem no sistema, muitos deles com bolsas e incentivos públicos, à espera de uma formação que pouco resulta em termos de mudança sensível das condições de vida ou mesmo das condições de trabalho. Isso leva-nos a uma segunda reflexão muito importante: a necessidade de uma redefinição do papel da pós-graduação, em especial nas ciências humanas, que vivem, fortemente, uma crise de identidade e que precisam, efetivamente, de incentivos públicos para que não tenhamos uma ruptura mais acentuada. As ciências humanas exercem um papel de mediação com a sociedade muito mais efetivo, mais próprio e que precisa ser preservado.

Há um espectro que ronda a Europa, que é a crise do financiamento da educação. Eu não me refiro a recursos orçamentários, mas a problemas crônicos de natureza de financiamento ligado aos jubileamentos em Portugal, às aposentadorias, e no Brasil, à manutenção das estruturas públicas, dos prédios e das unidades de oferta do ensino, e, fundamentalmente, a própria ideia de um repensar econômico do modelo de oferta de conhecimento. Esta, talvez, seja, à semelhança do que ocorre no campo da saúde, um grande desafio para os próximos 20 anos. A rediscussão do financiamento da educação pública de um modo específico, mas também da educação privada. Há um problema orçamentário, mas há mais do que isso, um problema de regulação do modelo, que tem levado, em algumas experiências universitárias que são consideradas mais avançadas, como é o caso do Reino Unido, a uma rediscussão do próprio papel do docente, com uma discussão de que docentes não pesquisadores deveriam ter uma carga horária agravada e uma redução da sua remuneração em face dessa própria crise de financiamento.

Portanto, nós estamos diante, hoje, de três grandes desafios: financiamento, legitimidade da educação, em especial da educação superior, com as rotas de fuga geradas por meios de conhecimento alternativos – e, com a inteligência artificial, isso se tornará ainda mais efetivo –, e o futuro funcional da pós-graduação diante da crise de empregabilidade. Essas reflexões não são reflexões críticas ou pessimistas, mas que devem estar na linha de frente dos mais importantes debates de políticas públicas e educacionais no Brasil, mas também no mundo Norte-Norte.

André Lemos Jorge



Presidente da Comissão
Nacional de Avaliação
do Ensino Superior do
Ministério da Educação
do Brasil.

Eu gostaria de destacar alguns dados extraídos da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do Plano Nacional de Educação (PNE), do Censo da Educação Básica, do Mapa do Ensino Superior, dentre outros, que são documentos recentíssimos. No ensino fundamental, de acordo com o PNAD, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), há uma queda acentuada na taxa líquida de matrículas, com índice de 94,6%. Estamos, portanto, retraindo a níveis anteriores a 2016. No ensino médio, uma profunda desigualdade regional, mais proeminente na taxa líquida de matrículas. Enquanto são 81% no Sudeste, no Norte apenas 65%. No PNE, de 2014 a 2024, apenas quatro das 20 metas foram atingidas nesses últimos dez anos. O Censo Escolar da Educação Básica 2023 demonstra que 68 milhões de brasileiros, de todas as faixas etárias, não concluíram o ensino básico. Ao se considerar a idade normal de escolarização, o Censo revelou que 8,8 milhões de brasileiros de 18 a 29 anos não terminaram o ensino médio e não frequentavam nenhuma instituição de ensino básico. O Mapa do Ensino Superior mostra que o índice de evasão da educação superior, no Brasil, chega à média de 57,2%, to-

mada todas as especificidades, entre as redes pública e privada, ensino presencial ou a distância (EAD). A evasão é observada ainda com mais força na rede privada de ensino, que presta um grande serviço ao Brasil, pois 88% das instituições de ensino superior são da rede privada. Hoje, são 2.595 instituições de ensino superior no Brasil. Entre as modalidades EAD e presencial, nós temos uma evasão de 52%, na média, no ensino presencial, contra 64% de evasão no EAD. Nas privadas, a evasão chega a quase 61% em média, e, nas públicas, cerca de 40%, mesmo sendo o ensino gratuito. Na Espanha, essa média de evasão é 30%, e, em Portugal, é em torno de 20%.

Por esses números, nós facilmente identificamos que não há no Brasil a garantia de igualdade de oportunidades de acesso efetivo à educação, o que inevitavelmente atinge em cheio o nosso regime democrático. Nas palavras de Amartya Sen, é onde a liberdade encontra seu campo de expansão. Eu me refiro à liberdade não apenas teórica, a nossa liberdade discutida na academia, mas à liberdade de acesso efetivo àquilo que damos valor. Essa é uma das quatro liberdades presentes no discurso histórico de Franklin Delano Roosevelt, em 1941, “For Freedom’s Speech”, *freedom from want*, ou seja, de ter direitos humanos básicos, que está no preâmbulo da nossa Constituição Federal, instituir um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais. Eu trago o fundamental pensamento de John Rawls, para quem fatores moralmente arbitrários, como a família em que cada um de nós nasceu, algo que nós não podemos mudar, não devem determinar as chances e oportunidades na vida de cada qual. Portanto, uma sociedade justa deve garantir igualdade de oportunidades, o que obviamente inclui acesso universal a uma educação de qualidade.

Eu quero fazer uma leitura de um pequeníssimo trecho da fala do ministro Camilo Santana. Ao entregar o Plano Nacional de Educação, ele diz: “A novidade do plano é que ele está mais objetivo do ponto de vista das suas metas. Além disso, o plano foca na qualidade da aprendizagem, na questão da equidade e da inclusão para reduzir a desigualdade educacional no nosso país”. O que mais nos choca ao analisar os dados do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (Enade), que, embora sirva de avaliação aos métodos de ensino e aprendizagem das instituições de ensino, e não da avaliação dos alunos concluintes, como alguns desavisados ainda insistem em

propalar, é que já podemos encontrar grande parte dos seus resultados no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), ou seja, quanto melhor o desempenho no Enem, melhor será a performance no Enade. Nós temos de revisar urgentemente o Enade e uma nova cesta de indicadores. O que estamos dizendo é que a democracia não pode ser vista apenas no seu aspecto político, no direito de votar, mas, antes, como um regime a assegurar o exercício de plena cidadania, a garantia efetiva dos direitos fundamentais. Sem isso, nem mesmo o direito de ser votado será garantido, apenas o de votar. É um rompimento do direito ao sufrágio universal, o direito de votar e de ser votado. Aos que vivem nesse círculo vicioso de renda familiar baixa, ou pequena ou inexistente escolaridade dos pais, jamais ocuparão posições acessíveis a todos em igualdade de condições.

Por fim, nosso futuro é urgente. O Brasil necessita, e nós temos tentado isso nas posições que, transitoriamente, ocupamos no Conselho Nacional de Educação (CNE). Todos unidos, mesmo com nossas divergências e diferenças de formação, buscamos o bem comum, que é de uma educação de qualidade. Eu proponho sempre, tanto na Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior (Conaes) quanto no CNE, alguns pontos que eu gostaria de deixar para reflexão. A escola em período integral a todos os brasileiros em ensino básico e a segurança alimentar são importantíssimas. Não é mais possível que convivamos com crianças que ainda não têm direito a uma merenda de qualidade, com segurança alimentar, com boa nutrição e bem balanceada. O acesso à saúde é fundamental. Precisamos de creches integralmente oferecidas em todos os municípios brasileiros. A valorização dos professores é importante. Nós recebemos um dado impressionante no Mapa, que quase 80% dos professores disseram que pensam em abandonar a carreira docente. Algo chocante. Quando se pergunta o porquê insistem, a maioria diz que é por amor à profissão, por vontade de construir um mundo melhor. Nós precisamos valorizar, cada vez mais, os nossos professores e, hoje, não se encontram muitos jovens que querem ser professores. Precisamos de ensino técnico de qualidade, em cooperação com o setor produtivo, como na Alemanha, Suíça, Estados Unidos. Temos que ter programas de acesso como o bem-sucedido Programa Universidade para Todos (Prouni) e, atualmente, o chamado de “Pé de Meia”, que garante uma mensalidade de 200 reais às famílias das crianças que se mantiverem no ensino médio e, a cada final de ano, um depósito de mil reais em uma conta poupança. Portanto, esse aluno receberia, ao final do ensino médio, quase 10 mil reais para auxílio à sua família e desenvolvimento dos seus ensinos superiores. São trilhas que nós devemos percorrer com mais dedicação e mais velocidade.

Raphael Carvalho



Professor e Coordenador
Acadêmico de Pós-
Graduação do Instituto
Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e
Pesquisa.

A pauta proposta na minha apresentação dialoga bastante com uma perspectiva de política pública educacional e uma mais do setor privado, uma perspectiva mais do mercado. O recorte que eu proponho vem da conexão entre esses dois universos. Talvez, a experiência também como advogado tenha me levado ao caminho de debater a importância do aprimoramento da segurança jurídica e do nosso marco regulatório no ensino superior, que me parece ser um dos grandes desafios da educação. Eu proponho uma análise a partir de duas premissas que, certamente, serão compartilhadas pela maioria das pessoas que acompanham o setor. A primeira premissa é a da importância do mercado e do setor privado para o desenvolvimento do ensino superior no Brasil. Isso vem de uma abertura dos anos 90, fundamentada em dispositivos constitucionais que preveem a educação como um direito fundamental social, conforme o artigo 209 da Constituição, que estabelece que o ensino é livre à iniciativa privada. A própria Constituição estabeleceu alguns parâmetros de aproximação do setor privado no desenvolvimento do ensino e, dos anos 90 para cá, essa realidade se impôs no Brasil. É uma realidade muito particular do Brasil e, hoje,

cerca de 90% das instituições de ensino superior no Brasil são instituições privadas. Então, a primeira premissa que eu gostaria de ressaltar é a importância do setor privado no desenvolvimento do ensino superior no Brasil, e é um mercado enorme. Talvez, o mercado brasileiro de ensino superior seja um dos maiores do mundo, e o poder público sabe da relevância do setor privado para o desenvolvimento da educação. A segunda premissa é que o funcionamento desse mercado, como o crescimento da oferta do ensino superior no Brasil, depende de um fortalecimento da segurança jurídica. Eu poderia aprofundar o debate de segurança jurídica, mas esse não é o objetivo. Resumidamente, podemos entender segurança jurídica como a exigência de estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas. Por estabilidade, entende-se a busca pela redução dos conflitos entre o passado e o presente, nessa transição. Por previsibilidade, entende-se a redução dos conflitos entre o presente e o futuro, em uma nova regra que for debatida. A centralidade da segurança jurídica é uma decorrência lógica desse modelo constitucional, que depende muito do setor privado no Brasil.

O ponto principal que eu gostaria de levantar a reflexão é que precisamos reconhecer – em um ambiente acadêmico é importante trazer essa questão – que o nosso modelo institucional de regulação do ensino superior no Brasil tem sido insuficiente para garantir a segurança jurídica. A consequência dessa insuficiência é a judicialização do setor do ensino superior no Brasil. Eu poderia citar dezenas de exemplos que corroboram esse diagnóstico. Vou citar, sem juízo de valor da política pública, mas trazendo o debate para uma perspectiva da segurança jurídica, a questão recente da abertura de cursos de Medicina no Brasil. Em 2013, com a Lei dos Mais Médicos, estabeleceu-se um novo modelo, novas regras de abertura de cursos de Medicina que até então dispensavam o chamamento público. O Poder Público aprovou uma lei, no Congresso, e estabeleceu um novo marco. Então, entre o passado e o presente, esperava-se uma estabilidade das normas ao longo do tempo. Não foi o que aconteceu. Primeiro, houve um processo de judicialização natural dos próprios editais, as disputas entre as instituições de ensino, e que, olhando de hoje, é realmente insignificante frente ao que surgiu de judicialização posteriormente. Em 2018, ou seja, cinco anos após a mudança do marco regulatório, o Ministério da Educação, o Poder Público, estabeleceu uma moratória, suspendeu todos os processos – na verdade, bloque-

ou qualquer pedido de abertura de curso novo de Medicina. Assim, em um intervalo de cinco anos, houve uma mudança, o estabelecimento de uma nova política de abertura de curso de Medicina no Brasil, e, depois, a suspensão total dessa política. Não preciso dizer qual foi a consequência que conseguimos identificar de lá para cá. Uma judicialização extrema, em massa, no setor educacional superior novamente no Brasil. Por que? As instituições de ensino, que estavam apoiadas nessa mudança do marco regulatório, se viram surpreendidas com uma suspensão abrupta e total. Desde então, são mais de 300 decisões judiciais no Brasil de liminares autorizando as instituições de ensino a darem início ao processo administrativo junto ao Ministério da Educação. Este é um exemplo para demonstrar as dificuldades que existem, hoje, no desenvolvimento do ensino superior privado no Brasil. Poderia dar uma série de outros exemplos, mas o caso da medicina é o caso mais recente, foi parar no Supremo Tribunal Federal (STF) e, até hoje, discute-se o que vai acontecer. Isso impacta no setor privado, no desenvolvimento, na previsibilidade de investimento, na previsibilidade, inclusive, de formação de novos professores para o setor, porque é um marco regulatório muito imprevisível.

Se esse é o problema, a regulação precisa ser aprimorada. Qual é o caminho? Eu não faço nenhuma indicação a uma proposta específica, mas me parece que o debate sobre a mudança do marco regulatório precisa ser enfrentado e, talvez, até já um pouco atrasado no Brasil. Há uma discussão sobre a criação de uma agência reguladora também. Eu diria que é um debate necessário, sem escolher um projeto A, B ou C que tramite ou não. A ideia em si é estabelecer um modelo regulatório diferente, porque o modelo atual, realmente, tem ensejado uma série de inseguranças dentro do mercado. O Brasil tem uma experiência ampla na formação de agências reguladoras, desde os anos 90. Me parece que é um debate necessário, pois tem vários modelos – várias armadilhas, inclusive. Também não é uma panaceia, vai se criar uma agência reguladora e vai resolver o problema do ensino superior do Brasil. Não é isso, mas é um debate que precisa ser enfrentado.

Recentemente, a discussão é só sobre qual é o novo problema do setor, qual é a nova judicialização. Como advogado, eu poderia dizer que acho isso ótimo, mas, sinceramente, também como alguém que trabalha no setor educacional em uma instituição de ensino, acho que traz transtorno para o setor privado, para o poder público que tem que enfrentar a judicialização, para o Poder Judiciário que tem que debater temas que não são afetos a ele, temas muito específicos, como a alocação de vagas de medicina no Brasil, critério regional ou municipal, fugindo muito da sua alçada. Diante disso, me parece inevitável que esse debate seja feito e convido todos e todas que reflitam sobre a importância de se mudar o modelo regulatório do ensino superior no Brasil.

Chaim Zaher



Fundador e CEO
do grupo Sistema
Educativo
Brasileiro.

Eu dividi esta conversa em duas etapas, uma privada e uma pública. Se fala muito em escola pública, não é a minha área privada, mas nós acompanhamos, e se faz muitas comparações equivocadas, com a melhor educação que tem no mundo, como a de Singapura, Finlândia, Canadá. Nós fomos conhecer todos esses países. Finlândia e Singapura têm 5,6 milhões de habitantes, ou seja, em número de alunos, eles têm cerca de 300 mil estudantes. Portugal vai ter 1,1 milhão de alunos voltando e saindo de escolas públicas, 200 mil de escolas privadas, e tem 10 milhões de habitantes. Só o Estado de São Paulo tem 44 mil habitantes. Nós estamos falando de mais de 21 milhões na grande São Paulo e de 12 milhões de estudantes públicos. Não dá para comparar, tem que se comparar iguais. Digo isso porque as pessoas fazem comparações equivocadas.

Portugal vai ter a primeira universidade privada de Medicina. Os alunos são todos de escola pública e tem vestibular, como no Brasil. A cada dez alunos, uma vaga, e os outros ficam fora. São pessoas que sonham. A condição financeira em Portugal, Finlândia e Singapura, ou seja, a renda *per capita* nesses países é

melhor. Já no Brasil, vai ter que dar dinheiro para os alunos estudarem em uma escola pública, gratuita, para não passarem fome. Em vez de pensarmos em melhorar a condição dessa população para poder estudar, teoricamente, está se buscando aluno para estudar na escola pública, porque as pessoas passam necessidade. Nós olhamos só a consequência, não a causa. Isso parte também quando se fala em escolas superiores. Há um contrassenso. As escolas públicas, em termos de superior, são as melhores, hoje. Desde sempre, era o sonho de todo mundo estudar em escola pública. Por isso, inclusive, surgiram os cursos de pré-vestibular, onde eu comecei, para preparar alunos que queriam entrar nas universidades públicas porque eram as melhores. As pessoas, antes, não tinham condições de fazer um preparatório, uma escola privada boa para poder entrar, porque a concorrência é muito grande. Então, o governo fez cotas e, mais uma vez, atacou a consequência, não a causa. Eu acho que tem que dar oportunidade para os alunos que não têm condições de estudar em universidades públicas de se preparar.

Qual a causa? Por que não melhorar as escolas de educação básica para que o aluno possa concorrer? Fala-se que o país é muito grande e que é muito difícil ter a qualidade que se tem em lugares pequenos e criou-se as cotas. O aluno entra, mas não tem condições de se manter. Será que ninguém percebeu o custo que o aluno tem para se manter em uma universidade? O aluno está estudando, mas tem que se virar para se manter. Eu acho que deveria se cobrar em escola pública, ou seja, aquele que pode pagar, paga. Basta olhar o imposto de renda. Quem não pode pagar, não só deveria ser gratuito, como deveria manter ele, dar condições para se manter. Esse poderia pagar ao concluir o curso, como prestar serviço da área. Então, são coisas difíceis das pessoas entenderem isso. Por que? Medida impopular, que ninguém quer, não importa o partido.

Qual o outro erro? Agora, está se autorizando uma nova norma para a educação, que vai ter um currículo bom. Isso já faz muito tempo. Sabe o que acontece? O Ministério da Educação não deveria ser político, deveria ser composto por educadores. Quando olhamos para Sobral, vemos um combinado entre a população, não importa quem entra, já tem uma norma e um plano a ser seguido. Eles fazem o feijão com arroz bem-

feito. Há bons professores, bem pagos, e o professor está ensinando em sala de aula. Isso é um exemplo do que acontece no país. Agora, quando se tem um educador acompanhando, é muito mais fácil. Nós temos governadores, mas se tivéssemos educadores – que podem se tornar políticos também – ficaria muito mais fácil, porque seriam da área.

No país, hoje, por que tem escolas privadas? Porque a pública não está dando conta. A escola privada já existe desde antes de nascermos. As escolas religiosas, por exemplo, são privadas, e cobram, mesmo sem ter fins lucrativos. Em Singapura e na Finlândia, o número de médicos é 5,8 médicos por mil habitantes. Em Portugal, a mesma coisa. No Brasil, querem copiar, mas nós temos 213 milhões de habitantes. Não dá para copiar, pois os outros países têm menos gente. No Brasil, precisa de mais médicos e assim se libera a criação de cursos.

Eu acho que o Ministério da Educação deveria se preocupar em não liberar as faculdades, já que eles não conseguem cobrir todo mundo. Temos tantas faculdades públicas, que deveria se cobrar a qualidade. As ruins têm que fechar mesmo. Não é que não pode ensino a distância. Em um país do tamanho do Brasil, por que não ter? Eu acho que nós temos que dar o remédio e a dose certa para o que nós temos na mão. Não é paliativo. Na verdade, deveríamos nos preocupar com outra coisa. Hoje, o nosso é o maior grupo de educação do país e estamos dando oportunidade para aqueles que não têm condições. Por que tem gente que paga? Porque eles querem uma qualidade diferenciada. Nós saímos do Brasil, com o nosso grupo Maplebear, e estamos no mundo inteiro transmitindo qualidade e condições. Em Portugal, vamos abrir, ao menos, 30 escolas. Em Singapura, 85% dos alunos de escolas são do Maplebear, que é de um brasileiro. Então, na verdade, na melhor educação do mundo, 85% de alunos de educação infantil são do Maplebear. Então, nós temos que ter orgulho do Brasil. Nós temos que ter orgulho do tamanho que estamos e fazemos ainda o que conseguimos fazer. Eu ainda sou da opinião que deveríamos, de fato, repensar a educação no país.

Cláudia Romano



Vice-presidente do Grupo Educacional Yduqs, presidente do Instituto Yduqs e vice-presidente do Sindicato das Entidades Mantenedoras de Estabelecimentos de Ensino Superior do Estado do Rio de Janeiro.

Eu vou contar um pouco da história do grupo educacional no qual eu atuo. A minha carreira como executiva no setor da educação já tem 20 anos, e eu estou representando 18 mil colaboradores, entre discentes e docentes, 1 milhão e 300 mil alunos que estão nesse momento nas nossas salas de aula. Nós somos um grupo que tem 16 instituições de ensino, um ensino exclusivo e inclusivo, e atendemos a todos os perfis de alunos. A Estácio é a nossa instituição de ensino que foi fundada há 53 anos e que abraça o acesso à democracia.

Primeiro, eu vou falar do nosso ensino exclusivo, que provavelmente a maioria daqui teve acesso, para ter um porto seguro e a oportunidade de pagar uma formação superior. Nós temos o Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (Ibmec), que tem um *ticket* médio de 5 mil reais, e a Faculdade de Medicina, que tem um *ticket* médio de 15 mil reais. Então, isso é para quem pode, para quem tem oportunidade de, de fato, na largada, conseguir estar nessa sala de aula tão especial, com uma formação, sem se preocupar em trabalhar para pagar a sua educação. São alunos da classe A e nós, realmente, acreditamos e investimos muito no ensino presenci-

al. Nós temos 100 unidades presenciais espalhadas pelo Brasil, com Ibmec, Damásio e o Instituto de Educação Médica (Idomed), que são instituições de ensino que foram fundadas há 50 anos e que têm uma reputação muito importante.

Aproveitando o tema, eu gostaria realmente de falar um pouco da Estácio, que foi fundada também há 50 anos, para dar acesso aos brasileiros e brasileiras. Há duas semanas, nós recebemos conceito cinco do nosso órgão regulador, isso quer dizer qualidade na veia, que é uma preocupação enorme, e nós contratamos os melhores docentes, mestres, doutores, para estar nessa jornada com cada aluna e cada aluno nosso, mas, às vezes, existe um certo preconceito em relação ao acesso. Quando nós falamos de acesso, infelizmente, muitas pessoas têm uma dificuldade muito grande em considerar qualidade quando tem a palavra acesso presente. Nós, na Estácio, não entendemos esse preconceito, porque realmente nós temos um grande celeiro. Há 53 anos nós fomos fundados e entendemos que o nosso aluno era um aluno do contraturno, que já trabalhava muito e sonhava com o ensino superior, mas não tinha condições financeiras para estar em uma sala de aula. São pessoas que não têm um pai e uma mãe que têm condições de dar uma formação superior para eles e nós nos preocupamos com o acesso, em garantir o ensino superior para esse aluno que já trabalhava e eles começaram a sonhar. Nós, realmente, não vamos deixar ninguém para trás. Nós vamos dar oportunidade para todo mundo e, de fato, não vamos desistir. Foi o que nós fizemos lá no começo, há 53 anos, e, até hoje, nós já formamos milhares de pessoas. Nós temos 500 mil alunos só no ensino a distância (EAD), que é uma modalidade extremamente importante, porque, por meio dela, nós conseguimos chegar com os nossos 2.500 polos, que representam a nossa unidade presencial, em cidades com cerca de 15 ou 20 mil habitantes. Como poderia ter uma unidade presencial em uma cidade com essa população? Seria quase impossível, mas nós chegamos com o polo a distância, com o mesmo investimento de qualidade e de todas as atividades extensionistas que nós fazemos. O nosso aluno de EAD não estuda 100% a distância. Há atividades extensionistas e estágios presenciais. Nós temos uma série de ações que faz com que o aluno tenha essa experiência presencial. Então, nós acreditamos muito que temos que dar oportunidade para todo mundo e isso só acontece por meio de uma ferramenta espetacular, que é a tecnologia.

Nós fazemos um investimento absurdo com o melhor conteúdo para o nosso aluno, contratando os melhores mestres e doutores para estarem ali fortalecendo o nosso aluno e a nossa aluna com as melhores habilidades e competências. Como nós fazemos um trabalho muito importante de personalização e de engajamento, vale mencionar que a Estácio é a instituição de ensino mais diversa do Brasil. Isso é a agenda ESG na veia, porque 65% dos nossos alunos são negros e negras e mulheres. Nós fazemos um trabalho muito forte de diversidade e, na nossa agenda de ESG, dez, das 25 metas, são de diversidade, visto a importância e o valor que nós damos. Nós acreditamos que a ESG não é *branding*, mas é, de fato, um investimento, as melhores práticas e a melhor governança.

Falando um pouco do nosso aluno, nas nossas salas de aula, tanto presenciais quanto a distância, todo investimento que fazemos com tecnologia, com os nossos professores, com os melhores conteúdos, nós estamos de mão dada com o nosso aluno, especialmente esse aluno que é tão frágil. Oitenta por cento dos alunos da Estácio vêm do ensino público, com muitas fragilidades. No primeiro ano, nós damos reforço de português e matemática para ele não desistir, para não evadir. Então, nós temos um cuidado absurdo com ele, porque nós queremos entregar legado para a nossa sociedade, e não tem ferramenta maior que a educação. A educação é a maior ferramenta de transformação. Nós, de fato, acreditamos nisso e, há 20 anos, eu vejo essa transformação: o nosso aluno saindo das salas de aula, se formando, indo para o mercado de trabalho, substituindo emprego por carreira, porque nós queremos que ele seja feliz. Nós fazemos um trabalho de fortalecer a autoestima do nosso aluno, porque ele vem muito frágil, não acreditando que uma sala de aula de uma faculdade é para ele. Nós dizemos que é para ele, sim, e que não vamos desistir dele, vamos dar as mãos, vamos estar com ele até o último segundo e ajudar no mercado de trabalho. Então, a maioria desses alunos que vem do ambiente frágil, que não tem condições financeiras e que nós damos todas essas oportunidades, logo nos primeiros períodos, já tem incremento de renda no emprego que ele está. Nós falamos para ele que não precisa ter só um emprego para ter um salário no final do mês, mas que vamos construir uma carreira e vamos te ajudar. Assim, temos parcerias, sobre empregabilidade, com empresas de todos os setores, sendo regionais ou nacionais, para garantir para uma carreira, um emprego, um *upgrade*, um incremento de renda, mas, muito mais que tudo isso, para ele ser feliz na carreira.

O que é mais bacana disso tudo, é que exemplo arrasta. Nós começamos isso com um aluno, com uma pessoa da família, e vem o primo, a irmã, o irmão, às vezes o pai e a mãe, que acreditam que se um conseguiu, ele também pode. Então, o ensino superior tem que ser para todos, sim. Quem quiser tem que ter as portas abertas para construir uma relação melhor, inclusive, com a sociedade, porque a educação liberta,

a pessoa fica mais preparada, mais empoderada, tem mais orgulho dela e, realmente, acredita que ela pode vencer na vida. Eu não tenho a menor dúvida de que a educação é a maior ferramenta de transformação. Nós vamos além dos nossos muros virtuais e presenciais das nossas salas de aula, fazemos um trabalho também com o Instituto, nós temos programas prioritários para ajudar o terceiro setor e são todos muito maduros. Nós sempre estaremos em uma jornada em evolução e cada vez queremos entregar mais para a sociedade, mas nós temos programas, como alfabetização e letramento, para minimizar o tamanho de analfabetos que tem no nosso país. Temos programas também como Rede de Valor, para ajudar os alunos *prounistas* de medicina a terem uma relação mais tranquila com a faculdade. Eu acho que o acesso e a tecnologia são realmente fortalezas do ensino moderno e tudo isso só tem sustentabilidade com qualidade, com os melhores conteúdos e docentes. Nós acreditamos e investimos nisso, e eu gostaria que conhecessem um pouco do nosso grupo e das nossas instituições de ensino que atendem todos os perfis de alunos do ambiente da educação exclusiva, aqueles que podem, e da educação inclusiva, que precisamos dar a mão e não deixá-los desistir.

MESA XXV

25

MODERADOR - ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA¹

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

¹ Superintendente-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Alexandre Barreto de Souza



Superintendente-geral do
Conselho Administrativo
de Defesa Econômica.

O impacto da inteligência artificial em temas diversos da sociedade é notório e há preocupação em diferentes setores sobre o impacto que haverá na inteligência artificial. Nós já sabemos que todos os setores da vida em sociedade, de uma forma ou de outra, serão impactados. Tanto na defesa da concorrência quanto na defesa do consumidor. São várias as reflexões sobre esse novo paradigma, essa nova ferramenta e realidade. De fato, é possível que o uso indevido de inteligência artificial possa trazer efeitos deletérios e nocivos para a defesa da concorrência e do consumidor. Esse é um debate que tem sido levado a cabo em diversos fóruns.

Caio Mário da Silva Pereira Neto



Professor FGV
Direito SP.

Hoje, nós estamos falando de um tema de futuro. Estamos falando para frente e olhando quais podem ser os desdobramentos a partir de inteligência artificial, de questões de defesa da concorrência e do consumidor. Então, estamos fazendo perguntas que vão aparecer no futuro e, com isso, é um tema bastante aberto. Nós ainda não temos casos concretos sobre isso. Nós estamos refletindo sobre qual é o impacto futuro e quais desafios que nós vamos ter. Dentro dessa reflexão, acho que é importante partirmos de uma visão dessa indústria de inteligência artificial, ver como ela está estruturada para pensarmos onde estão os desafios. Pensamos o que pode surgir de dúvidas e questões que vamos ter que olhar em mais detalhe para o futuro.

Acho que um dos grandes pontos relevantes é que essa é uma indústria bastante complexa e muito verticalizada. Se pensarmos em inteligência artificial generativa, geralmente, vamos olhar para essa indústria com algumas camadas ou alguns elos importantes. Tem um elo dos *inputs* dessa indústria, quais são os ativos importantes para desenvolver modelos e tecnologias nessa indústria, que, geralmente, temos refe-

rência a três grandes *inputs*. Um é poder computacional, capacidade computacional, e temos muitas discussões, por exemplo, sobre *chips*, nuvem e esse tipo de possibilidade de aumentar a capacidade computacional. Dados é o segundo grande *input*, e o terceiro é expertise. Uma segunda camada é que, com esses *inputs*, várias empresas estão desenvolvendo modelos fundacionais, ou seja, modelos que, a partir desses *inputs*, geram inteligência e produzem novas informações. Esses modelos fundacionais são, por exemplo, o GPT-4, Gemini, Lama 2. A partir dos modelos fundacionais, temos uma terceira camada, que são as aplicações. O ChatGPT, por exemplo, é uma aplicação que usa o GPT-4 e podemos construir várias aplicações a partir do GPT-4. A partir disso, também temos todas as outras tecnologias que são usadas para embarcar essas aplicações e chegar ao usuário final. Pode-se, por exemplo, emparcar o ChatGPT em outras aplicações, em outros *softwares* para os usuários finais usarem. Todas essas quatro camadas, em múltiplos níveis, são integradas, ou seja, várias empresas estão em diversos momentos dessas camadas. Isso traz questões bem conhecidas da defesa da concorrência, de perguntas sobre as integrações verticais.

O que isso pode gerar de discussões? Em um primeiro momento, eventuais discussões de acesso a *inputs*, aos ativos necessários para gerar novos modelos e competir dentro desses novos modelos. Nós temos visto discussões, por exemplo, de acesso a *chips*, em que o foco na NVIDIA, que produz certos chips muito importantes para a inteligência artificial tem sido grande e ela tem dado chips para todo mundo no mercado, mas tem tido uma escassez. Dependendo de como isso evoluir, por exemplo, se houver uma exclusividade na produção de chips, pode-se ter discussões potenciais. Uma segunda discussão é a de acesso ao caminho para o mercado, de acesso ao embarque dessas tecnologias em, por exemplo, tecnologias legadas que têm alguma posição dominante, em que se vai, de alguma forma, embarcar essa tecnologia nova de inteligência artificial em uma tecnologia legada. Isso vai ser importante para atingir usuários finais. Aqueles que têm, hoje, tecnologias legadas e maior capacidade de atingir usuários finais, podem também integrar, de forma bastante intensa, suas ferramentas de inteligência artificial com a distribuição. Eu acho que esse é um outro ponto que pode surgir de discussão também em eventuais fechamentos de mercado e discriminações. Devem surgir também explicações importantes para isso, por exemplo, como o embarque

de inteligência artificial em tecnologias legadas pode ser um aperfeiçoamento dessa tecnologia legada. Então, tem ali um processador de texto e vai usar a inteligência artificial para melhorá-lo, por exemplo. Vai ter discussões se isso é um processador de texto melhorado ou um processador de texto com o embarque de uma outra coisa ali dentro. Discussões importantes que podem, eventualmente, surgir.

Além dessas discussões, das relações verticais entre esses vários níveis, podemos ter também discussões mais contratuais. O que, em geral, em defesa da concorrência, avalia-se como venda casada, *bundling* ou empacotamento – como construir a oferta conjunta de múltiplos serviços. Isso pode gerar discussões importantes nesse mercado também. Recentemente, a União Europeia anunciou uma investigação olhando para o *bundling* entre o chat do Teams e o Office 365, com seus aplicativos de trabalho da Microsoft. Isso vai ser investigado. A acusação é de que a Microsoft estaria “pegando carona” na importância do Office 365 para o Teams se propagar. Isso também pode ser alvo de discussões no futuro e outros tipos de empacotamento. Em um *paper* recente – talvez o mais detalhado de outras defesas concorrentes que saiu até agora, o da Competition Market Authority (CMA) –, um dos apontamentos é sobre a possibilidade de um *feedback loop*, de uma certa retroalimentação nesse mercado, em que se casa uma nova aplicação de inteligência artificial com uma aplicação legada que tenha muita penetração. Isso pode gerar mais aperfeiçoamentos naquela mesma aplicação de inteligência artificial, porque vai ter mais dados, mais *inputs* de treinamento. Com isso, aquela aplicação de inteligência artificial também ganha uma posição melhor no mercado. Essas são discussões estão se abrindo nesse mercado e vamos precisar acompanhar muito de perto.

Nós estamos falando de uma cadeia em uma indústria que é altamente verticalizada, que pode gerar questões de fechamento de mercado e de discriminação. Estamos falando também da abertura de possibilidades de venda casada e empacotamento, ou seja, condutas que já conhecemos, mas podem assumir novas formas nessa indústria. Finalmente, há muitas discussões sobre potenciais parcerias. Essa é uma indústria de muitas parcerias. Nós temos visto parcerias de todos os tipos acontecendo nessa indústria. Algumas, eventualmente, vão ser fusões ou, no caso do Brasil, que pode ser avaliada como um contrato associativo. Outras vão ser parcerias que não envolvem, por exemplo, nenhum tipo de compartilhamento de risco ou de resultado e não serão contratos associativos. No entanto, podem ser muito positivas. Uma venda exclusiva, por exemplo, sendo parcerias com múltiplas empresas, pode gerar aspectos muito positivos e a própria CMA aponta isso, mas pode também gerar preocupações, dependendo de como algumas dessas parcerias venham a ser eventualmente estruturadas. Esse é um outro aspecto que a Autoridade de Defesa da Concorrência está acompanhando de perto e que vai exigir reflexões.

Nenhum desses pontos, hoje, é um grande problema. Nós estamos em um momento incipiente dessa tecnologia, de muita experimentação, de bastante abertura, inclusive, mas, também, como em poucas outras grandes mudanças tecnológicas, estamos vendo as autoridades mapearem potenciais problemas junto ao desenvolvimento tecnológico. Algo que não víamos e sempre as autoridades estavam correndo atrás do desenvolvimento tecnológico. Hoje, estamos vendo um acompanhamento muito detido, muito próximo de como está se desenvolvendo a própria tecnologia. A CMA publicou esse *paper* muito detalhado no ano passado e, seis meses depois, veio uma atualização, indicando que entende que o mercado está bastante competitivo, muito aberto, mas acompanhando de perto todos os desenvolvimentos. Esse é um ponto extremamente interessante de vermos como é que as autoridades vão se posicionar ao longo do tempo.

Diogo Thomson de Andrade



Conselheiro do
Conselho Administrativo
de Defesa Econômica.

A inteligência artificial pode encontrar os temas da defesa da concorrência e esse é um tema de futuro. De alguma maneira, as autoridades no mundo e no Brasil têm acompanhado esse desenvolvimento, mas nem sempre foi assim. Eu me lembro que em 2018, 2019, quando começamos a discutir esse tema em concorrência, parecia ficção científica. Aquela ideia de robôs que possam fazer um cartel e coisas do gênero era algo que parecia muito distante. Hoje, já existem problemas que são muito vivos e já existem ações das autoridades de defesa da concorrência acerca desses problemas. Nos últimos anos, nós ganhamos, no Brasil, a maturidade de pensar a questão digital, inclusive a inteligência artificial, como uma agenda de Estado. Quando eu falo de Estado, há iniciativas – talvez não como na União Europeia, em que existe uma agenda do Parlamento Europeu para uma Europa digital e que se divide em várias iniciativas. No nosso caso, temos iniciativas do Judiciário, do Legislativo e do Executivo, recentemente, com a criação da Secretaria de Direitos Digitais, no Ministério da Justiça, com a tomada de subsídios acerca da regulação de plataformas no Ministério da Fazenda, que, de alguma maneira, se conver-

sam e que exigem de nós, enquanto Autoridade de Defesa da Concorrência, contribuição naquilo que nos concerne. Essa agenda de Estado é importante e deve escutar as diferentes nuances dessas discussões, para que, justamente, não se contamine entre si. Quando falamos de inteligência artificial, o que vem à cabeça é uma regulação sobre os riscos atrelados à ela e sobre o que isso pode gerar do ponto de vista social e dos direitos humanos. Talvez, não seja a regulação econômica a primeira e mais urgente que vem à mente. De fato, é difícil desatrelar um abuso de poder econômico das consequências também de risco que tem a inteligência artificial.

Nesse sentido, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), diante da solicitação do senador Eduardo Gomes, para que participássemos do grupo de trabalho que estava estudando o Projeto de Lei (PL), indicou alguns pontos de atenção dessa estruturação da indústria de maneira muito verticalizada. Há a camada da infraestrutura, dos modelos, das linguagens, dos produtos, e de usuários, que não necessariamente são só consumidores finais, mas, às vezes, empresas que necessitam daquilo também para desenvolver seus negócios. Pensando nesses pontos, o Cade procurou, dentro daquilo proposto pelo senador Eduardo Gomes, dar algumas das contribuições pontuais, mas que tocam um ponto bastante interessante, que é a questão da verticalização, do acesso ou da possibilidade de fechamento a um mercado de inovação e da garantia de que esse mercado de inovação seja fomentado. Então, nós conseguimos dividir a contribuição proposta pelo Cade em quatro pontos. O primeiro ponto é tentar organizar dentro das regras de governança. O PL traz um sistema de governança de inteligência artificial que inclui várias autoridades, e uma delas é o Cade. Tentar organizar como que a cooperação inter-agência e entre regulação e concorrência pode acontecer de tempestivamente, e de uma maneira que se tenha acesso a dados de teste, de validação e de treino dessas ferramentas de inteligência artificial para que se possa, efetivamente, fazer uma fiscalização tempestiva em caso de um risco de dano concorrencial.

O outro ponto é a sugestão de *sandboxes* regulatórios para que, antes de determinadas aplicações serem implementadas, dado o potencial e o alto grau de risco que isso pode ter, e esse risco não é só um risco econômico, mas também à sociedade, para

que isso seja sempre um requisito, e, ao mesmo tempo, permitir que, para *startups*, tenha menos regras ou regras menos rígidas e custosas para que elas possam continuar exercendo seu papel inovador, inclusive em relação a *compliance*. Um dos focos que procuramos trabalhar é permitir que as regras rígidas atinjam os grandes conglomerados que, de alguma forma, já estão presentes nessas quatro camadas, mas que também permitam a inovação por meio das *startups*.

Eu acredito que ainda estamos falando de futuro, mas, de certa maneira, já incorporando discussões que não são isoladas da inteligência artificial, mas que podem ser impactadas por esse novo contexto digital. Estamos falando de algo complexo e dinâmico, então é necessário que possamos, de uma maneira razoavelmente coordenada, fazer com que as diferentes iniciativas se conversem. Assim como na Europa, o Digital Markets Act (DMA), que é a nossa regulação econômica dos mercados digitais, o grupo que é responsável pelo *enforcement* do DMA também tem um trabalho atrelado ao regulamento de IA, assim como o Cade deve fazer isso também, não só na regulação das plataformas digitais, mas também na regulação de IA – lembrando que a regulação de IA, não é uma regulação econômica por si só, mas é uma regulação de risco.

Francisco Costa-Cabral



Professor da Universidade
Nova de Lisboa.

Eu já estou vendo um problema grave, porque isto tudo me lembra as discussões políticas de concorrência nos anos 2000. A situação é familiar. Quando as Big Techs atuais, as empresas de grande tecnologia, surgiram, ninguém achou que era um problema. Pareciam supereficientes e davam serviços de graça. Quando o Facebook comprou o Instagram, foi analisado pela Comissão Europeia e disseram que eram dois mercados relacionados, mas que não eram concorrentes próximos. Nós nem percebemos por que eles estavam a pagar tanto dinheiro por esta aquisição. A compra do Instagram não foi notificada. A compra do Google Double Click passou. Todas as aquisições que cimentaram a posição das Big Techs passaram. Só mais tarde se percebeu que exigiam novas teorias de dano. As teorias do dano herdadas pela Chicago School não serviam, que era um problema sobre se estavam no mesmo mercado, se alteraram o preço. Mais tarde, descobriu-se que eles estavam adquirindo concorrentes nascentes, que estavam usando, ilegalmente, os dados pessoais e procurando benefícios de mercados ligados.

Há já um problema e eu o vejo quando há dificuldade em enquadrar da mes-

ma forma, como houve dificuldade em enquadrar estas aquisições de concorrentes nascentes, segundo o regime das concentrações, estes acordos de parceria. Isto é uma *red flag* tremenda porque as teorias de dano que nós temos, hoje em dia, para os casos de abuso, são arcaicas. Estamos falando de exclusividade total, ou seja, o concorrente não pode ter acesso a nada. As teorias que nós sabemos da *essential facilities*, do Bronner, não estão acontecendo. Os casos de *bundle* é um *leveraging* entre dois mercados, que estão ligados. Também não é isso que está acontecendo. As coisas estão acontecendo na cadeia vertical e o que ocorre com estas parcerias são vantagens estratégicas. Não são vantagens de excluir os concorrentes diretamente. Não é discriminação direta. O que dizem é se nós fazemos uma parceria com um produtor de chips, eles podem continuar a vender aos concorrentes, mas nós vamos comprar mais. Isso faz sentido porque temos esta ligação estratégica e importamos. Só que esses chips vão alterar a corrida e vão dar vantagem. A grande questão é, será que estes mercados vão ser concentrados ou não? Nós corremos o risco de ver estes mercados concentrados, quando, neste momento, é uma concorrência saudável entre diferentes algoritmos e *players*, correndo o risco disto de se concentrar em um instante e quem vão ser as empresas que vão estar no topo desta concentração? As do costume, as *Big Techs* atuais, que, através destas parcerias, estão transferindo a dominância deles para os novos mercados e impedindo que haja concorrência dinâmica, destrutiva, no ponto de vista do Schumpeter.

A colusão algorítmica é algo que me causa problemas porque a definição de algoritmo é uma receita. É um *set* de instruções. Eu chamo a atenção para o seguinte algoritmo: subo os preços, vejo se os meus concorrentes acompanham, se não acompanham, deixo. Se acompanham, mantenho. Isto é um algoritmo. É um algoritmo que é aplicado há décadas nos mercados oligopolistas. Qual é o resultado para o *welfare*, para o bem-estar do consumidor, de o direto a concorrência não fazer nada relativamente aos mercados oligopolistas, tirando e evitando-os pelo regime de concentração? Nós toleramos os mercados oligopolistas e eles estão por trás dos aumentos do custo de vida, sobre os quais eu apresentei um relatório ao Parlamento Europeu recentemente, que estão por trás de quase tudo o que está mal, hoje em dia, politicamente. Temos que ver o aspecto social. Portanto, nós toleramos esta colisão algorítmica.

ca e não fazemos nada relativamente a ela. Agora, estamos preocupados com casos que são, em termos de bem-estar do consumidor final, insignificantes porque as decisões de preço por algoritmo apanham o que nós chamamos em Portugal de raia miúda. São sempre os casos de pessoas que estão a fazer *on-line shopping*, *e-commerce*. Eles não podem ter um gabinete de preços. Eles usam o algoritmo. O caso de E-turas que era uma agência de viagens em um país báltico. Em uma empresa grande há um diretor de preço. Há uma cadeia de preço. Ninguém vai usar um algoritmo. No entanto, essas empresas grandes, como as petrolíferas, de grande alimentação, as agroquímicas etc., já praticam a colisão algorítmica e ninguém faz nada.

O direito à concorrência procura a realidade econômica e vê as empresas como um conjunto de recursos humanos e recursos materiais. Portanto, qualquer *software* que atua no âmbito de uma empresa, é facilmente integrado, em termos de imputação do comportamento à empresa. Não interessa se é uma pessoa ou se é uma máquina porque as empresas são conjuntos de bens produtivos. Portanto, em termos de imputação, não há problema. Há problema em termos de garantias de presunção de inocência e imputação posterior, mas não há um problema de imputação do comportamento, mas de sancionamento e de garantias penais. Se esse problema afeta a sanção, não afeta a imputação do comportamento. Pode sempre dizer que aquela empresa é responsável por aquilo, por ter utilizado o *software*. Depois, se pode imputar a sanção ou não, é outra questão. O caso de E-turas, foi exatamente isso que o Tribunal de Justiça teve dificuldades em lidar.

Em último lugar, quanto ao aspecto social, há outro problema que não está sendo visto, que é o fato de que os algoritmos estão sendo treinados com base em *inputs* humanos que, em última análise, visam substituir. Isto já está causando imensos problemas nos Estados Unidos, porque as pessoas que fazem conteúdo artístico, escrevem livros ou músicas, veem o trabalho deles apropriado para treinar algoritmos sem a autorização deles. Estão em curso grandes processos de infração de propriedade intelectual e, se o direito à propriedade intelectual for aplicado como é hoje em dia, e não como os lobistas estão a tentar criar uma exceção, os algoritmos que nós conhecemos, como os do site GTP, baseados num terreno de dados ilegal. A curto e médio prazos pode acontecer a nós próprios, aos advogados e aos *inputs* que nós damos para treinar estes algoritmos, que poderão também pôr em risco a nossa posição, o nosso trabalho. Portanto, há que atentar a esta dimensão social e principalmente em um país como o Brasil.

Marcela Mattiuzzo



Advogada.

O meu foco vai ser nas práticas colusivas, ou seja, quando não necessariamente estamos falando de um agente econômico só, atuando no mercado para modificar as condições de concorrência daquele mercado, mas, sim, quando falamos de uma prática de múltiplos agentes fazendo isso ao mesmo tempo. No fundo, é um pouco como essa discussão surgiu, de colusão algorítmica e de manejo geral. Surgiu na defesa da concorrência um pouco com essa lógica de ficção científica. É importante dizer que tem um nível dessas preocupações colusivas que é bem menos ficção científica do que pode parecer, que é um nível dos casos típicos de colusão, ou seja, de acordos entre concorrentes que tem o uso de um sistema algorítmico para fins de melhor monitoramento e coordenação desse acordo. O que acontece é que se desenvolve um algoritmo para facilitar o processo de coordenação, permitir que aquilo seja fiscalizado melhor, por exemplo, se tem um algoritmo que consegue ver os preços que estão acontecendo no mercado e aplicar esse preço ao mesmo tempo para várias empresas, o mecanismo de coordenação fica muito facilitado, fica muito mais fácil de fiscalizar se os agentes econômicos estão se-

guindo o acordo colusivo. Esse tipo de caso é um tipo menos ficção científica também do ponto de vista do *enforcement* concorrencial. Existem exemplos de autoridades que condenaram casos desse tipo. Acho que o caso mais famoso aconteceu nos Estados Unidos que ficou conhecido como o caso Tompkins. Fundamentalmente, essa pessoa envolvida no caso, junto com outras, faziam uma fixação de preços de pôsteres de filmes e artes que eles vendiam *on-line* por meio de *e-commerce* e eles fizeram um acordo colusivo e desenvolveram um algoritmo para fiscalizar e ajudar a gerenciar esse acordo esse acordo anticompetitivo. Esse é um caso fácil. Nós temos os desafios basicamente iguais aos que temos na defesa da concorrência como um todo, que é provar que o acordo existiu e, uma vez que ele existiu, entendemos que os efeitos são negativos para a concorrência e condenamos isso.

Há dois cenários distintos desse que são relacionados ao desenvolvimento tecnológico e que são um pouco mais próximos dessa realidade tecnológica. O primeiro é um cenário que chamaria na literatura concorrencial de *hub and spoke*. Essa ideia não surgiu, necessariamente, no contexto da tecnologia, mas foi nele que ganhou muita relevância. A ideia é que se tem um *hub*, um centro, que, de alguma forma, coordena a atuação dos *spokes* na ponta e isso gera uma coordenação da conduta no mercado. O ponto interessante quando falamos de uso de inteligência artificial e de tecnologia é que não necessariamente precisamos ter uma intenção de todos, por exemplo, os *spokes* e, eventualmente, nem do próprio *hub* para pensar em um problema concreto no mercado. O que eu quero dizer? Se todos os *spokes* na ponta começam a usar o mesmo algoritmo de precificação, por exemplo, para colocar seus produtos no mercado e vender aqueles produtos, o resultado que podemos ter, ainda que eles não tenham necessariamente combinado nada entre eles, é que por conta do uso da mesma ferramenta, eventualmente chegamos a uma coordenação. As autoridades olhando para esse tipo de cenário tem considerado, via de regra, e acho que um dos primeiros casos que tivemos sobre isso foi um caso europeu, o caso E-turas, olhado para a questão da intenção para pensar no *enforcement* e na responsabilização dos agentes econômicos. Se não tem claramente uma intenção dos agentes econômicos em atingir aquele resultado colusivo, teria que ter evidências muito concretas de que eles sabiam que aquele resultado poderia ser atin-

gido, estavam se aproveitando daquilo para chegar no resultado colusivo e, só então, isso poderia levar a uma possível condenação.

Nós chegamos no, talvez, último cenário que é mais próximo da ficção científica, que é o cenário efetivamente de aprendizado de máquina que está mais fortemente associado com a inteligência artificial. Esse também é, do ponto de vista do *enforcement*, o cenário mais hipotético que temos por enquanto. Não existem enormes números de casos dizendo que isso efetivamente aconteceu, tendo evidências de que isso aconteceu e, portanto, levando a condenações. No entanto, é a que premissa que me parece muito importante de ser discutida, especialmente do ponto de vista de *polis*. Por quê? O que estaríamos falando seria um ambiente em que não tem nenhum tipo de acordo, combinação, conversa, nada entre concorrentes, mas, simplesmente, eles desenvolvem algoritmos inteligentes, no sentido de que se adaptam às condições de mercado, e esses entendem com alguma rapidez, porque quando se está no ambiente digital, esse processo de aprendizado, de jogo, é muito mais rápido do que no ambiente *offline*, que, eventualmente, o que maximiza os resultados daquela empresa são preços, por exemplo, super competitivos. Sempre existiu esse potencial. A literatura econômica antitruste sempre visualizou isso como uma possibilidade e que acontecia, de fato, em alguns mercados. O ponto importante é que a digitalização fez com que o potencial disso acontecer em um número cada vez maior de mercados, seja muito grande. Se isso podia acontecer muito pontualmente, e esse resultado do que costumamos chamar de colusão tácita entre os agentes econômicos era, portanto, uma coisa marginal na economia, o entendimento das autoridades costumava ser que, como é muito marginal, não tem uma intenção dos agentes econômicos e tudo mais, não vou se preocupava com esse tipo de situação. A dúvida é se isso começar a se observar com cada vez mais frequência, teria que ser investigada, não dá para dizer que, obviamente, isso vai acontecer, mas existe essa potencialidade, será que faz sentido alguma discussão de mudança da política pública? Eu não via isso como um problema e agora, talvez, eu deva ver como um problema. Assim, vem a discussão importante sobre o que qualificaria isso como um problema? A mera ocorrência seria suficiente para dizer que as empresas deveriam ser condenadas? Muito provavelmente, não faria sentido, até porque poderíamos ter uma discussão de padrão de prova etc. Acho que a reflexão sobre se existiriam elementos que qualificariam esse tipo de conduta como potencialmente anticompetitiva é uma discussão que vale a pena, e as autoridades têm tentado, em alguma medida, e acho que academicamente também vale pensar nela.

Esse é o cenário que temos hoje em termos de colusão tácita. Acho que tem muitas discussões possíveis intermediárias para fazer.

Victor Rufino



Advogado.

Este tema da inteligência artificial vai ser revolucionário em qualquer ramo do Direito. Eu vou falar um pouco sobre a colusão, dos problemas que vejo em relação à colusão e problemas que são universalizáveis para outros ramos do Direito e que podem ser atingidos, provavelmente, pela inteligência artificial. O direito da concorrência tem uma característica que faz com que estejamos sempre apaixonados, pois é um ambiente controlado, pequeno, uma comunidade, internacionalmente unificado ou harmonizado. Então, tem muita troca de experiência e de informação em um ambiente com relativo controle. Ele é muito propenso a ser pioneiro. Um programa de leniência foi implantado no ano 2000 e a primeira leniência ocorreu em 2003. Agora, nós estamos em 2024, no Brasil, com esse tema de leniência em outros ramos do Direito. Logo, muito do que se viu sendo discutido em defesa da concorrência, com o tempo, passou a ser trasladado para outros ramos do direito.

O que eu acho que é mais interessante em relação a essa possibilidade de algoritmos é a questão da fixação de preços. O processo de fixação de preços é, historicamente, muito humano, muito

definido, mas já de um tempo pra cá, muito do que vemos acontecendo, ou os problemas que tentamos antecipar em relação à inteligência artificial nascem de observações passadas. Sobre a questão da fixação de preços, eu me lembro quando eu comecei a estudar direito da concorrência, há mais de 20 anos, falava-se em colusão explícita e implícita. A colusão explícita é quando chega lá e combina o preço, a implícita é quando, sem se conversar, se coordena. O exemplo de manual era postos de combustível que diziam que a regulação de postos de combustível exige que o posto diga o preço, então é fácil monitorar o preço e consegue ver se está sendo fiel ou não ao acerto que se fez. Às vezes, não precisa de acerto nenhum, basta que um fique olhando para o comportamento do outro, para que faça uma colusão que é deletéria, em detrimento do consumidor. Depois, foi mudando para o algoritmo. A economia da internet forte tem menos de 20 anos. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem processos que já tratam de discriminação via algoritmo em relação ao mecanismo de busca, já tiveram casos também de empresas que estavam tentando se coordenar legalmente para vender *tickets* em uma plataforma comum. Toda a discussão que as autoridades de defesa da concorrência já vêm tendo em matéria de economia da internet, de certa forma prenunciam o problema que temos, embora eu entenda e imagine que a inteligência artificial vai ser um catalisador muito forte desses problemas.

O primeiro problema é a imputação. Como se imputa o comportamento? Imputa-se o comportamento da máquina ao dono da máquina ou a quem produziu a máquina? Existem vários elos. Tem quem fez a infraestrutura, quem fez o *software*, quem o comprou e está usando ele. Essa é uma temática que eu imagino que vai ser bastante problemática, não só no direito da concorrência, mas no Direito como um todo. Pensa-se em fixação de preços por máquinas e fica parecendo que é futurístico, mas é algo que já ocorre, só que com inteligência artificial estamos falando de um outro nível de capacidade generativa, da máquina aprender por si própria, de ela tomar decisões autônomas. Como que se transita, imputa, distribui responsabilidades em um ambiente dessa natureza? Como se trata da questão da colusão implícita, que é aquela em que a máquina vai ter muito mais condições de fazer a colusão, saber o preço que a outra está praticando, monitorar, do que a pessoa na moto do cartel do posto de combus-

tível, olhando quem está e quem não está cumprindo. A máquina vai ter isso em tempo real. É catalisador. Nós vamos ver os anos passarem e os problemas vão adquirindo uma velocidade e uma criticidade muito maior. Isso gera problemas no campo da imputação que são muito sérios. Por exemplo, o instrumental que temos para a colusão explícita, hoje, pegamos provas que existem no mundo material, ou no mundo eletrônico, pelo menos que sejam materializáveis, como um e-mail, uma mensagem de texto que mandou combinando, mas com as máquina, onde vai estar o registro? Vai ser registrável? Vamos ter condição de olhar para trás? As autoridades já estão começando a tentar dar respostas a isso. Em defesa da concorrência, isso é bem claro.

O fato é que, hoje, a resposta padrão, e me parece ser a resposta correta, é que quem está usando a máquina, se beneficia dela, logo, é responsável pelo resultado. Isso é a técnica de criação de responsabilidade objetiva, que está na raiz do direito da concorrência e de todos os âmbitos do Direito que lidam com problemas da fenomenologia da vida moderna. De fato, como não se consegue mais estabelecer em processos complexos, não se consegue derivar uma vontade de uma forma muito clara, é natural que a resposta estabeleça quem teria a responsabilidade de evitar que isso aconteça e assim o haja. Uma recomendação interessante que eu vi, que veio do último manual que a União Europeia mandou para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), era de ter revisões periódicas, auditorias nos sistemas, algum tipo de capacidade de ver para trás o que está acontecendo, porque a realidade é que se pode responsabilizar quem fez ou quem usa o sistema, ou os dois solidariamente, mas o fato é que o sistema com o nível de autonomia que a inteligência artificial promete, pode fazer isso a despeito das melhores intenções do criador e do operador, sobretudo do operador, que necessariamente vai ter menos ciência e capacidade de alterar os mecanismos de autoaprendizado dessas máquinas. Como se estabelece a responsabilidade, ainda que seja na responsabilidade objetiva, algum tipo de liame, não é uma mera objetivação em branco? Como se faz isso? Como se prova isso? Provar uma colusão tácita é quase impossível hoje, sem inteligência artificial. Como que vamos provar colusão tácita amanhã? Acho que essa questão, se vai provar colusão tácita ou não, eu instigo todos a fazerem, principalmente os não estudiosos da concorrência, nas suas respectivas áreas, como essas questões de imputação e de prova podem ser afetadas. Por isso, o direito da concorrência já está trabalhando, antes de a tecnologia chegar e se implantar totalmente.

MESA XXVI

26

MODERADORA - MONIQUE DE SIQUEIRA CARVALHO¹

O PAPEL DA MÍDIA CONTEMPORÂNEA NA ERA DIGITAL

¹ Professora Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Monique de Siqueira Carvalho



Professora Instituto Brasileiro
de Ensino, Desenvolvimento
e Pesquisa.

O tema desse painel é amplo e podemos falar de diferentes perspectivas e diferentes temas. Eu vou trazer alguns questionamentos para introduzir. Nós podemos pensar, primeiro, no essencial papel da mídia e o espectro dessa modernização tecnológica, com o desenvolvimento da sociedade e do Estado Democrático de Direito. A partir disso, uma questão muito importante é qual o desafio de distinguir as informações verídicas das *fake news*, das informações falsas, no Brasil, em Portugal, em todo o mundo.

Um outro questionamento é sobre quais são os limites da liberdade de expressão. Até que ponto uma pessoa pode dizer o que pensa sem citar a prática de algum crime? Trazendo um pouco mais para a área do Direito, e mais especificamente para o direito penal, o quanto a mídia contemporânea, como formadora de opinião, é capaz de interferir em todo o andamento de uma ação penal, desde o inquérito até o julgamento dos magistrados? Nós temos que pensar no princípio da presunção de inocência, do contraditório, da imparcialidade do juiz e nos princípios constitucionais brasileiros, por exemplo. Um exemplo muito antigo do Supremo Tribunal Federal (STF)

é o caso do Ellwanger. Ellwanger foi um gaúcho que escrevia, distribuía e editava livros que defendiam o Holocausto. Ele negava o antissemitismo, incitava o ódio e o desprezo contra o povo de origem judaica e fazia uma aberta apologia ao nazismo. Ellwanger foi denunciado em 1991. Inicialmente, foi absolvido e, depois, condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) a dois anos de reclusão, convertidos em prestação de serviços à comunidade. A defesa impetrou um *habeas corpus* para o STF, que foi julgado em 2003, que confirmou a condenação do Ellwanger a dois anos de reclusão, por crime de racismo, que é imprescritível e inafiançável. Por que este caso é importante? A TV Justiça foi inaugurada em 2002 e esse caso foi julgado em 2003. Ele foi o primeiro caso de grande importância transmitido pela TV Justiça brasileira. Como ele foi gravado e passado para que toda a sociedade assistisse, até hoje, nós conseguimos ver esse julgado muito importante.

Leonete Botelho



Grande Repórter do Público.

Eu distingo mídia, comunicação social e jornalismo porque, até pouco tempo, tudo era comunicação social e considerado jornalismo e fiável. Isso foi mudando ao longo do tempo e vieram muitos desafios. O jornalismo dos anos 80 e 90 vinha sempre acompanhado de publicidade, mas era bem diferenciado um do outro. Com o tempo, as linhas começaram a borrar-se. A publicidade foi invadindo o espaço editorial e novas formas de conteúdo patrocinado surgiram, o que foi confundindo os leitores. Depois, com a internet e as redes sociais, a situação complicou-se ainda mais. O jornalismo tradicional viu-se desafiado por *bloggers*, *influencers*, cidadãos-repórteres, que não seguem as mesmas regras éticas e a verificação de fatos, que é a missão do jornalismo.

Além disso, o modelo de negócios da comunicação sofreu uma transformação drástica. A receita publicitária migrou para as plataformas digitais e os jornais e revistas tradicionais tiveram uma crise financeira e de modelo. Muitos têm sido obrigados a fechar as suas portas e outros foram se reinventando. Hoje, nós vivemos em uma era de informação abundante, na qual a distinção entre jornalismo e propaganda nem

sempre é clara. Isto faz-me lembrar a história dos peixinhos que estavam no oceano. Passou por eles um peixe mais velho e perguntou: "Como está a água?". Eles continuaram o caminho e chegaram mais à frente: "Água? O que é a água?". Porque um peixinho que ainda não teve tempo não percebe em que mar está navegando. Eu penso que isso está acontecendo muito, hoje. Nós estamos consumindo informação sem sabermos o que é. Quando compramos uma torradeira, ela vem com um livro de instruções em cinco línguas ou mais e 50 páginas, para aprender a carregar em um botão. No entanto, quando nós consumimos informação, e estamos sempre fazendo isso, não fazemos o mínimo esforço e ninguém nos ajuda, muitas vezes, a saber o que estamos consumindo.

Os jornais nos Estados Unidos continuam desaparecendo cerca de dois por semana. O país perdeu quase dois terços dos seus jornalistas de imprensa escrita desde 2005. Com o desaparecimento dos jornais tradicionais, quem ocupou o espaço? Os sites falsos, de informação e desinformação. Portanto, como resultado, milhões de americanos ficaram sem informações locais autênticas. Um relatório do Observatório da Comunicação (OberCom), em Portugal, diz que mais de 70% dos portugueses estão preocupados em distinguir o que são conteúdos verdadeiros e falsos, só que apenas 12% pagam por notícias em formato digital e a média do mundo é de 17%. Logo, isto dá a noção de que nós demos por adquirido que a informação é gratuita. Nós, os profissionais do setor, também ajudamos a construir, ao longo do tempo, essa noção. Agora, quando começamos a dizer que o nosso trabalho é um trabalho com valor, é muito difícil recuperar esse mercado que antes existia e era pago nas bancas. Os temas mais frequentes, segundo este relatório da desinformação, são tão importantes como a política e, como nós sabemos, desde 2016, elegem presidentes, mudam o rumo dos países, como aconteceu no Brexit, e continuam a tentar influenciar eleições em todo o mundo. Este é o principal tema, mas também se multiplicam as más informações sobre temas econômicos, o custo de vida, as guerras, a invasão na Ucrânia, sobre Israel, sobre a imigração. Outra coisa que é importante é que apenas 16% dos acessos a notícias *on-line* são feitos através de marcas de notícias, marcas jornalísticas, e 84% é feito *everywhere*. A maior fatia da informação é, hoje, distribuída pelos motores de busca e as redes sociais.

Um tema que também hoje é muito relevante, e o relatório também cita, é sobre a inteligência artificial e mostra como apenas 18% dos portugueses se sentem confortável com notícias geradas por inteligência artificial e 43% desconfiam muito dessa informação. O problema é se eles sabem se a informação que estão consumindo é gerada por inteligência artificial. Há alguma ferramenta que lhes permita avaliar isso? Eu fiz uma pesquisa, quando comecei a preparar esta apresentação, sobre o futuro do jornalismo no chat GPT e em três minutos eu tinha 12 pontos, que são os mais importantes, sobre o nosso futuro e presente e como construir o futuro.

Neste relatório da OberCom, apesar de haver tão pouca gente a pagar por notícias ou a tentar informar-se em marcas jornalísticas, os inquiridos dizem que é muito importante o papel da comunicação social. Para se manterem atualizados sobre o que está acontecendo, sobre a profundidade de temas que querem conhecer melhor, para perceberem diferentes perspectivas sobre os assuntos que estão na sua cabeça, informações práticas e conselhos do dia a dia, também aspectos lúdicos, de diversão etc., as pessoas que querem e precisam de jornalismo, têm essa consciência, mas continuam a não querer pagar.

Há um outro relatório sobre o estado da mídia e os entrevistados foram jornalistas, mais de 3 mil em cerca de 30 países e eles fizeram apontamentos. A principal preocupação apurada é a de manter a credibilidade de ser uma fonte de notícias fiável e combater a desinformação. Logo em seguida, vem a adaptação às mudanças de comportamentos do consumo da comunicação social, como ter que competir com *influencers* nas redes sociais, criar conteúdos digitais atrativos, disputar audiências e usar os dados sem ser engolido por eles, ou seja, perceber o que as pessoas querem ler e como, mas o *click-bait* não ser o único critério para o seu exercício da profissão. Um em cada quatro jornalistas também disse que a inteligência artificial é um dos seus maiores desafios e tem alguns receios, mas quase metade deles estão alavancando-a de diferentes formas e níveis desde a recolha de ideias para histórias a ajudas na pesquisa. Eu também fui tentar perceber qual é o grau da atualidade do chat GPT porque, quando se tornou mais disponível, sabíamos que tínhamos dois anos de desfasamento e os assuntos atuais não estavam lá, então, eu perguntei ao chat o que era o caso das gêmeas luso-brasileiras que está em investigação em Portugal e ele me respondeu e disse quem que já tinha ido à comissão de inquérito, portanto a atualidade já está começa a estar lá. Assim, estamos olhando já para outro nível e fazer conteúdos com inteligência artificial é muito fácil e há muitos bons instrumentos. Não há nada como chegar de uma entrevista, descarregá-la no computador e ela aparece escrita e nós só corrigimos. A responsabilidade distinguir o que é verdadeiro jornalismo, hoje, recai, em grande parte, sobre os próprios consumidores da informação. São eles que têm que fazer no seu dia a dia a escolha e o discernimento de identificar fontes confiáveis e valorizar o jornalismo que se

compromete com a verdade e a transparência, mas como que nós ajudamos a que eles saibam o que estão consumindo?

Um outro ponto é jurídico, não na parte penal, mas na parte dos registros. Para além de todos os verificadores de *fact-checking*, todas as ações políticas, todas as ações que a Google deve fazer e que nós pedimos às plataformas que cumpram regras e que paguem também pelos conteúdos que distribuem, há um outro que, a nível nacional, era importante fazer e eu vou falar para Portugal, que eu conheço melhor, pois a realidade brasileira tem as suas especificidades. A entidade reguladora para a comunicação social, em 2019, em um relatório sobre desinformação, aconselhou que se fizesse uma alteração dos registros dos meios de comunicação social. Hoje, qualquer meio de comunicação, qualquer pessoa que queira criar um site *on-line* paga 40 ou 50 euros, faz o registro do domínio, cumpre minimamente alguns objetivos e pensa que é jornalista. Não é jornalista. É claro que há uma comissão da carteira e alguns critérios, mas eles vão bater à porta e o que a entidade reguladora propõe, e há estudos – e eu fiz parte também de um grupo de estudos – com os sindicatos jornalistas, comissão da carteira, entidade reguladora e associações do setor para fazer uma alteração da legislação da lei da imprensa e das outras que são muito antigas, do fim do século XX, e estão completamente desatualizadas e é preciso saber o que é um órgão jornalístico, o que é um órgão noticioso, se tem jornalistas e se cumpre os critérios que estão na lei. Nós somos das profissões mais sindicáveis e, em muitos fóruns, nós somos vigiados, então por que não distinguir este grau de ética que nos é exigido do resto da informação e dar aos peixinhos alguma ideia do que é a água em que navega?

Gaspard Estrada



Diretor-executivo do
Observatório Político da
América Latina e Caribe
da Sciences Po.

Eu sou cientista político, não sou jornalista, mas eu tenho um grande interesse pelo jornalismo. Eu interajo muito com jornalistas para comentar a vida política e acho que é fundamental entender as dinâmicas, as mecânicas do jornalismo para poder entender este vínculo entre mídia e, que é o mais importante, a democracia. Nesta era digital, os paradigmas mudaram por quê?

Eu acho que já vivemos uma enorme mudança, no que diz respeito à mídia, pela digitalização e isso está fazendo com que seja difícil de se traçar fronteiras. Esse é o primeiro conceito-chave. A ideia que a fronteira entre o que é jornalismo e o que não é está se diluindo, inclusive, se eliminando. Em primeiro lugar, porque é bem difícil identificar realmente, hoje, quem é o produtor dessa informação. Em um ambiente democrático e com o uso da tecnologia digital, em teoria, ou pelo menos de maneira superficial, poderíamos falar que há pluralismo. Antes, tinham alguns veículos tanto na imprensa escrita ou na mídia concessional, que dependia de uma concessão do Estado para operar TV e rádio, com custos de entrada muito altos porque se tinha que ter um veículo de imprensa, uma rotativa, encon-

trar uma folha de pagamento para contratar jornalista, os chefes das redações, ou, no caso da rádio, além de ter a concessão de Estado, tinha que ter também uma equipe de produção, correspondentes etc. Tudo isso requer uma infraestrutura que cria uma barreira de entrada. Com a digitalização e a chegada das plataformas, todo esse modelo econômico sumiu. É muito mais fácil, hoje, comunicar, como um indivíduo, pelas redes sociais e os veículos tradicionais sofrem a concorrência destes novos atores. Então, de modo geral, pode-se dizer que, quantitativamente – inclusive, as pesquisas sobre o uso de consumo de informação mostram –, com o decorrer dos anos, houve esse aumento da fragmentação e do pluralismo. No entanto, quando se vê quem, de fato, produz e como é disseminada a informação, percebe-se que não há tanto pluralismo assim. Em primeiro lugar, porque há um efeito de massa, onde as plataformas usam conteúdo e os próprios indivíduos que usam plataformas são grandes disseminadores de informação.

Nós, hoje, na indústria da mídia, temos o segundo grande desafio, que é a inteligência artificial. Já não há jornalistas produzindo informação, são as próprias máquinas que estão construindo não só a notícia, mas também a maneira como essa notícia é contada e, então, se criam narrativas e ângulos que, por princípio, são a essência do jornalismo, com fatos e versões. Desse ponto de vista, esse controle editorial ou essas linhas editoriais estão cada vez sendo mais determinadas por pessoas, que nem sequer são pessoas, mas máquinas, e, por outro lado, esta mudança total do ecossistema econômico dos veículos de imprensa cria também, paradoxalmente, problemas de liberdade de imprensa. Por que? Antes, havia um custo de entrada para entrar no mercado de informação e havia uma possibilidade de ter uma série de rentabilidade. Por exemplo, no que diz respeito às concessões, também se tinha marcos regulatórios para poder captar dinheiro. Hoje, o problema do modelo econômico dos veículos é cada vez maior. Nos Estados Unidos, com o fechamento dos jornais locais há uma sequência de informação em vários territórios. É um ecossistema jornalístico que está ruim com todo número de demissões de jornalistas. Logo, se não há um modelo econômico que funciona, o que está em risco, não só a qualidade do jornalismo, mas o próprio pluralismo em si porque quanto mais frágil se é no seu modelo econômico, mais é propenso a ficar preso em pressões políticas e econômicas para publicar um

conteúdo. Desse ponto de vista, esse aumento da fragmentação e aparente aumento do pluralismo dos veículos também está criando novas tensões e afeta, de modo geral, esse pluralismo.

Eu acho que essas fronteiras que estão desaparecendo também existem dentro dos veículos. Antigamente, tinha-se o veículo que era a marca, que dava credibilidade à informação e, hoje, os próprios jornalistas dentro dos veículos que tem as suas próprias marcas, as suas próprias redes sociais e isso também pode criar uma forte dificuldade para saber até que ponto é o jornalista ou o veículo que tem a credibilidade da informação. Por exemplo, quando se vê, nos Estados Unidos, no New York Times, o Nate Cohn ou alguns outros grandes jornalistas, que decidem sair do veículo para criar o próprio jornal, vê-se como esta fronteira sobre qual a informação repassada fica dúbia. Do meu ponto de vista, a sociedade precisa de informação, mas quando vê-se as pesquisas, os cidadãos não confiam na informação e, infelizmente, é uma tendência que está aumentando. Em um relatório da Universidade de Oxford, em 2023, 41% dos brasileiros evitavam ler notícias e, este ano, o número saltou para 47%, então estamos quase a um brasileiro sobre dois que evita se informar. Em um contexto de grande polarização política e tensão social dentro da sociedade brasileira, evitar se informar não é um dado bom. Quando observadas as métricas de engajamento dos próprios veículos de imprensa, inclusive nas redes sociais, no Brasil, há um declínio no engajamento a respeito das notícias que são veiculadas.

Com todo este contexto de fim dessas fronteiras e de pluralismo e a grande fragmentação, também chega um outro ponto que é fundamental: a regulação. Quando se tem o fim dessas fronteiras e o aumento do suposto pluralismo, mas que cria novos problemas, chega um momento no qual o poder público tem que intervir, inclusive porque há um aumento enorme dessas notícias falsas e do impacto que isso pode ter no debate público, não só na qualidade, como no resultado das próprias eleições. O Brasil é um caso emblemático, porque as mídias sociais impactaram muito nas últimas eleições, seja em 2018 ou em 2022, e a regulação que foi levada adiante é visto com muita atenção, não só na América Latina, mas também na Europa, pelo tamanho do país e pelas consequências que isso teve no resultado eleitoral. Assim, nós vemos de novo como essas fronteiras estão acabando, uma vez que as plataformas – que têm um debate muito ativo no Congresso brasileiro sobre esta regulação das notícias falsas e, de modo geral, da regulação das redes sociais – se posicionam em diversos aspectos. Em primeiro lugar, elas se posicionam como entes neutros, que não são, porque são atores da regulação. O Facebook, por exemplo, criou, há três ou quatro anos, uma espécie de Corte Suprema do que seriam os conteúdos publicáveis ou não. Então, ela tende a criar sua própria jurisprudência e pôr em cima, por exemplo, do nosso período eleitoral, que mudou a partir da eleição de 2022. Por outro lado,

são atores, mas também são reguladores e, por fim, também são patrocinadores e atores do jogo comercial. Elas também recebem dinheiro pela propaganda eleitoral, pela propaganda de atores, ONGs ou *lobbies*. Então, na verdade, elas agem como se fossem entidades neutras, mas são autoras que regulam e recebem dinheiro. Quando se vê o papel que elas podem ter frente a veículos de imprensa, que elas apenas estão tentando fazer a sua transição para fazer novas linguagens, novas maneiras de se engajar com o eleitor, para os veículos de imprensa é muito difícil fazer essa transição, porque eles não têm essa tripla capacidade que as plataformas têm. Então, quando nós vemos isso, o debate central é como essa regulação vai ser levada adiante. Nós estamos vendo as forças da sociedade atuando e, infelizmente, o jornalismo não está ganhando com isso, porque o poder de influência e do dinheiro das plataformas é muito grande. Então, eu acho que é muito importante acompanhar esse debate. Eu, não sendo brasileiro, só quero dizer que nós vimos com muita atenção o que acontece no Brasil, porque, realmente, além da regulação europeia, em particular o Digital Services Act (DSA), o que acontecerá no Brasil terá repercussões na América do Sul e na maioria dos países do Ocidente.

Luísa Meireles



Diretora de Informação
da Agência Lusa.

Este tema é, na verdade, vasto como o mundo e fica difícil escolher um ângulo. Em Portugal, 56% dos portugueses, de acordo relatório do Observatório da Comunicação Social (Obercom), confiam nas notícias. Isto tem abaixado mas são mais de metade. Já sabemos que são sempre os mais velhos, os que têm maior receita e maior nível de escolaridade, mas, com o tempo, nós confiamos que as coisas podem sempre melhorar. Depois, em relação ao chamado “evitar ativo de notícias”, no Brasil são 47% e 37% em Portugal, em 2024. Isto está ligado à pandemia, às eleições e a uma série de acontecimentos políticos, sobretudo, ao nosso ciclo de notícias de 24 horas sobre 24 horas e do esgotamento de um cidadão comum, face a um transbordar de notícias e de informações que, no fundo, se repetem nos vários canais. Em Portugal, são quatro canais de notícias permanentes.

Em relação ao deserto de notícias, nós temos o mesmo problema em Portugal. Um terço dos 308 conselhos de Portugal não tem uma única publicação periódica. Portugal tem 10 milhões de habitantes, não tem nada a ver com os 211 milhões de habitantes do Brasil, espalhados por 8,5 milhões de quilômetros

quadrados, mas a verdade é que isso nos preocupa. Há um problema de financiamento e de concentração que também já se verifica. Apesar de Portugal ser um país pequeno e de haver centenas de jornais regionais muito pequenos, a verdade é que apenas 14 empresas, que são 4% do total, representam 88% das vendas do setor e têm 83% dos lucros, ou seja, 96% das empresas têm apenas 12% das vendas. Isto é o lado pessimista.

Eu acho que as nossas sociedades e suas mídias não estão bem de saúde. Há exceções, sem dúvida que existem, mas, no geral, não estão e ninguém tem uma receita para isso. Todos nós vamos Tateando quais são as possibilidades sobre os meios de financiamento ou de sustentabilidade para o jornalismo e para as empresas de comunicação. Eu entendo mesmo, não estou a ser original, que o jornalismo na sua concepção e objetivo é um serviço público. A informação é um bem público, mas, na prática, é um negócio e, portanto, ambos têm que ser sustentáveis. Tem que haver um conjunto que tem que funcionar.

Nós já sabemos, da literatura, que a democracia e as mídias fortes andam interligados e de mãos dadas. Também sabemos que as democracias precisam de intermediação entre os poderes públicos, os políticos, povo e eleitores. Em um tempo em que as mídias deixaram de ser intermediários entre políticos e povo, em que face às redes sociais e à informação instantânea, que é aquilo que nós nos deparamos, desapareceu o papel do *gatekeeper*, ou seja, nós arrumávamos o mundo das notícias de acordo com os nossos critérios. Qual é o papel do jornalista, do jornalismo e dos meios? Eu, hoje, não sei. Nem o jornalismo nem o jornalista podem ser reduzidos a um mensageiro de notícias. O escritor inglês Aldous Huxley disse que os meios de comunicação social têm um papel a desempenhar no chamado mercado das ideias, que é a força de uma sociedade livre e democrática, na medida em que fornecem ou devem fornecer ao público informação relevante para analisar uma ideia e permitir-lhe fazer escolhas realistas. O que acontece se eles desaparecerem? A sobrevivência da democracia não depende da capacidade de um grande número de pessoas fazerem essas escolhas? Será que também não depende, por via disso, de um jornalismo são, informado, de qualidade, independente, credível e confiável? Eu acho que sim, mas isto

custa mesmo muito dinheiro e os jornalistas têm que viver. Eu acho que é possível pagar, pois se os jornalistas abdicarem do seu papel de escolha ou de pensar a informação, e só produzir a informação a que os leitores estão receptivos, leia-se a informação que vem via *clickbait*, ou apenas aqueles que podem pagar por ela, quais seriam as consequências para o mercado das ideias em que se alicerça a força das nossas sociedades? Quais seriam os custos para uma sociedade democrática de uma paisagem midiática onde a verdade é paga, mas as mentiras são livres? A frase não é minha, mas todos sabemos que as mentiras são muito mais fascinantes que a verdade. Uma sociedade poderia acabar dividida em uma miríade de bolhas moldadas pela ideologia, pela classe ou pelo interesse e cada uma servida pelo seu próprio nicho de notícias no qual, por essa via, se encontra a desinformação, a polarização e a discórdia social. Eu temo que já seja este o nosso mundo.

Denise Rothenburg



Colunista política
do jornal Correio
Braziliense.

Qual é o nosso papel daqui para frente? Na década de 80, nós tínhamos três grandes *freeways* da formação de opinião no mundo. Eram os impressos – revistas, jornais, livros –, rádio e televisão. De repente, vieram os e-mails. Nós tínhamos uma coisa falsa aqui, outra acolá, mas não viralizava, não tinha escala a entrada de outros atores e outras plataformas nessa questão da formação de opinião. Agora, as plataformas servem de ferramentas para que nós possamos atingir um público maior, assim como para as chamadas *fake news*, ou seja, essas ferramentas, que são importantíssimas, inclusive para o jornalista, também são usadas para de espalhar notícias falsas – *fake news* ou pós-verdade. Os exemplos são inúmeros. Nós tivemos, recentemente, no caso do Brasil, a primeira-dama Janja sendo colocada como se estivesse no show da Madonna. Ela não foi ao show da Madonna em Copacabana. Um outro caso foi do ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF), no qual pegaram um trecho de um discurso dele, em fevereiro, e colocaram como se ele estivesse propondo corroer a democracia por dentro. Ele fazia apenas uma referência ao que vem sendo usado pelos extremistas. Nós ainda tivemos a primeira-ministra Meloni, na reunião do G7, colocada como se estivesse recusando

um abraço ao presidente Lula. Isso é mentira, mas tudo isso circulou pelo WhatsApp. Então, nós temos um período de muito uso da inteligência artificial.

O que precisamos para sair? Das *freeways*, nós viramos um emaranhado de vias que ninguém sabe onde vai parar. O público fica completamente perdido. As pessoas não sabem mais o que é verdade e o que não é. A inteligência artificial vai tanto nos sites de mais credibilidade – e eu acho que é está uma veia para a mídia profissional pegar e seguir em frente – como na questão da *fake news*. Então, nós temos uma questão muito importante nesse período de pós-verdade. Jornalistas interessados em se informar com a verdade precisam de ambientes seguros. Não dá para entrar em qualquer lugar só porque é gratuito. Agora, como levar um jornalismo profissional de credibilidade às pessoas é o nosso grande desafio. Isso custa dinheiro, precisa ser financiado e é preciso garantir a segurança da informação. Nós, jornalistas, somos regulados. Se colocarmos alguma coisa errada, certamente alguém vai atrás para corrigirmos, senão dá processo. Nós não podemos brincar com a verdade, com a equidade e com a credibilidade da notícia. É muito importante que tenhamos essas *freeways* com capacidade de visibilidade, hoje, na internet.

A imprensa hoje é tão importante que até os criminosos que usam a internet para tentar passar informações falsas, usam o que sai na imprensa para poder pegar a realidade, dar uma entortada e jogar para o seu próprio público. A Daniela Lima, jornalista da Globo News, é uma profissional seríssima e pegaram uma fala dela na central Globo News de informação, em uma quinta-feira à noite, e colocaram como se ela tivesse dito que o ex-presidente tinha vencido a eleição de 2022, o que era uma mentira. As organizações Globo tiveram que fazer um esforço hercúleo para desmentir o que circulou, especialmente no WhatsApp. E será que o desmentido das organizações Globo, em todas as suas plataformas, chegou a todas as pessoas que receberam aquela informação falsa? Eu duvido. Nós precisamos regular essas questões. Não dá mais para ficar brincando de usar trecho de fala para torcer a realidade ao seu bel prazer e jogar isso nessa estrada horrível, cheia de buraco e intransitável que é o período que nós vivemos do pós-verdade.

Nós falamos muito da liberdade de expressão, que não se pode tolher. Liberdade de expressão é um bem que nós temos que carregar com muito carinho. Agora, liberdade de expressão não pode ser licença para matar a verdade. Isso não pode ser no jornalismo. A verdade é, hoje, o principal papel da imprensa nesse tempo de formação de opinião engarrafada nessas vias.

Miguel Matos



Presidente do Conselho
de Comunicação do
Congresso Nacional.

Eu não sofri esses problemas todos que os veículos tradicionais sofreram, que foi a nova linguagem da internet ocupando um espaço e o veículo tradicional tentando se adequar àquilo, usando uma linguagem que fosse adaptada ao leitor. Eu quero crer que isso, talvez, tenha sido um erro dos veículos tradicionais, porque eles tentaram usar uma nova linguagem e, neste momento, o modelo de negócios deles mudou porque passaram a tentar competir com os veículos que nasceram na época da internet. Então, começaram a viver de cliques e, para isso, tem que massificar, pasteurizar e simplificar a informação. O veículo perdeu o leitor e esse foi o grande drama. Todos os jornais tradicionais perderam seus leitores porque começaram a não se identificar mais com aquilo que estavam lendo. Eu acho que o caminho que os veículos devem fazer é dar um passo atrás, fortalecer, melhorar e especializar o conteúdo, porque o leitor quer pagar.

Os jornais tinham uma tiragem de 500 mil exemplares, mas agora, no Consultor Jurídico (Conjur), por exemplo, temos praticamente um milhão de leitores por dia. É um número absurdo, muito maior do que os jornais tinham. Os veículos que querem atender, hoje, 10

milhões, 20 milhões, 100 milhões, não têm esse público, a não ser que forneçam uma informação pior, que não é para o público dele. Eu acho que os veículos nichados acabam tendo certa facilidade nesse mundo e os tradicionais devem, cada vez mais, reforçar este conteúdo. Nós discutimos isso no Conselho de Comunicação do Congresso Nacional e debatemos todas essas mudanças sobre regulação das redes sociais e quem vai pagar por esse conteúdo – que está sendo utilizados pelas empresas de inteligência artificial. Como regular isso é um grande desafio e é algo a ser pensado sem que isso vá tolher a tecnologia. Eu critico um pouco o que foi feito na Europa, que regulou demais a internet e demorou para se adaptar. Nós adotamos o modelo norte-americano e conseguimos andar mais rápido nas coisas. Há uma preocupação grande com relação à inteligência artificial no mesmo sentido.

A grande questão, hoje, é a inteligência artificial. Eu acho que a internet vai ser um traço na História diante do que vai ser a revolução com a inteligência artificial. Recentemente, os jornais O Globo e Valor Econômico explicitaram quais os princípios éticos do uso da inteligência artificial que estão usando. Isso é só uma notícia de que eles estão usando a inteligência artificial para fazer, adaptar e agilizar as reportagens. Não só eles que estão fazendo, todo mundo está, e os modelos de inteligência artificial no jornalismo são muito úteis. Nós já estamos utilizando e eles trabalham com o nosso banco de dados e de informação. Ele escreve como eu teria escrito, porque vai no meu banco de dados, pega minhas informações e escreve aquele conteúdo de acordo com a informação.

Nós vivemos algumas épocas rápidas nesses últimos 20 anos. Antigamente, o jornalismo era um jornalismo de ir a campo, buscar informações e fazer matérias. A partir do advento da internet, as informações começaram a chegar muito rápido. Hoje, uma editora de política recebe informação sem parar. Vai atrás também, mas muitas informações chegam e o serviço é de filtrá-las. Com a inteligência artificial, nós estamos vendo outra situação. Não só as informações já chegam, como já chegam prontas. A inteligência artificial vai fazer o trabalho, acrescentar dados, complementar, trazer dados históricos e ajudar muito. Não é possível fechar os olhos para o que vai acontecer e que já está acontecendo. Como nós vamos lidar com isso é o grande desafio.

No Brasil, há um projeto de lei sobre regulação da inteligência artificial que está na Câmara dos Deputados para ser votado. É uma proposta bem interessante, mas nunca sabemos se vai dar certo ou não e só saberemos no futuro. É preciso não fechar os olhos e trabalhar com a tecnologia e com a modernidade e tentar aproveitar ao máximo isso, sem destruir os empregos, que é uma grande preocupação do setor, sobretudo do jornalismo. Isso vai acontecer no jornalismo e precisamos nos especializar e melhorar. No direito, vai acontecer a mesma coisa. Nós temos, no Brasil, mais de um milhão de advogados. Não é crível que isso vai continuar dessa forma com a inteligência artificial, que vai ajudar a melhorar. Eu sou otimista em relação a isso, acho que vai melhorar, mas precisamos só saber regular.

MESA XXVII

27

MODERADOR - JAIRO GILBERTO SCHÄFER¹

DIREITO À SAÚDE NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

¹ Juiz Federal da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Santa Catarina.

Jairo Gilberto Schäfer



Juiz Federal da 2ª Turma
Recursal dos Juizados
Especiais Federais de
Santa Catarina.

O Fórum de Lisboa, já na sua 12ª edição, é uma construção conjunta de dois países, dois povos amigos, que foi se reinventando no decorrer do tempo para se transformar em um verdadeiro palco de debate democrático de ideias, objetivando a construção de soluções para a cidadania e de soluções para a sociedade. De um evento somente jurídico, passou a ser um fórum no qual todas as ideias são bem-vindas e debatidas, sempre com esse objetivo de aprimorar a nossa sociedade.

O direito à saúde é um exemplo dessa tendência que se fez nesse período de 12 anos. É um tema jurídico, mas também político, econômico e social e é um dos temas, seja em Portugal, onde há debate sobre crescentes investimentos no âmbito da saúde, seja no Brasil, onde há um debate cada vez mais crescente sobre a judicialização da saúde, e isso faz com que seja extremamente atual. Então, estou muito feliz em receber esses grandes especialistas que vão trazer contribuições efetivas para o aprimoramento desse nosso tema.

Adalberto Campos Fernandes



Ministro da Saúde da
República Portuguesa
(2015-2018).

Eu vou partilhar algumas reflexões que são, por um lado, da minha experiência académica, mas, sobretudo, da minha experiência política e da minha intervenção cívica dentro e fora do país (Portugal). Não há democracia sem coesão social e sem proteção social. Nós podemos criar convicções políticas, modelos políticos mais ou menos imaginativos, mas a Europa mostrou, a partir do final da guerra de 1945, que era impossível estabelecer condições de partida para um desenvolvimento sustentado sem a proteção social. O que aconteceu na Europa, a partir de 1945, sobretudo em 1948, com o relatório Beveridge, no Reino Unido, foi que a reconciliação dos estados, dos poderes e dos países, com o sofrimento dos povos, criou condições para alisar e atenuar as desigualdades em saúde e, consequentemente, para o desenvolvimento sustentado da própria sociedade.

Com a globalização, o mundo vive, hoje, talvez o período de maior dinamismo da sua economia e a longevidade nunca atingiu os níveis que estão a atingir na Europa. A esperança média de vida à nascença aproxima-se dos 81 anos, em Portugal, para as mulheres, o que já ultrapassa os valores que nós tínhamos como sonho nos meus tempos da facul-

dade de medicina, que estavam apenas focalizados na região do Norte da Europa. Hoje, a Europa por igual, mesmo os países do Sul, têm uma longevidade muito significativa, e esta longevidade é alcançada em um contexto em que, no mundo inteiro, nos referimos com preocupação aos riscos climáticos e da transição demográfica e epidemiológica. Nós estamos vivendo muito mais. Em Portugal, Espanha, Itália ou Brasil ganhamos a batalha da quantidade dos anos, mas estamos muito longe de ganhar a qualidade dos anos. Um sueco tem uma esperança média de anos livres de doença de cerca de 70 anos, ou seja, tem uma expectativa legítima de chegar aos 70 anos sem doença, apenas com a biologia do envelhecimento. Em Portugal, nós estamos nos 59 anos, ou seja, a doença em Portugal aparece aos 59 anos. A batalha, portanto, é de associar qualidade à longevidade. Para isso, não tenhamos ilusões. Nós devemos e podemos ser na economia liberais, conservadores ou sociais-democratas, e temos que dar à economia espaço para crescimento dinâmico, para que a criação de riqueza seja cada vez mais importante, mas os Estados têm uma obrigação ética de redistribuir o valor criado na economia para proteger todos e, com isso, atenuar as desigualdades, que, hoje, no mundo, com a globalização, atingiram níveis muito preocupantes.

Nós não devemos olhar as médias do mundo inteiro quando falamos direito à saúde em uma sociedade democrática. As médias são fatais. Eu colaboro com a Organização Mundial de Saúde (OMS), na região europeia, e sei que, quando nós olhamos para as médias dos países, sobretudo para os países do Leste, oriundos das ex-repúblicas soviéticas, encontramos números razoavelmente aceitáveis, mas temos uma discrepância enorme entre os que estão muito bem e os que estão muito mal, que são a sua maioria. Países como Portugal, Espanha, Itália e os do Norte da Europa, que têm sistemas universais, baseados na coleta fiscal e que alcançaram níveis de desempenho em saúde muito importantes. Portugal é a 42ª economia do mundo. Um país pequeno, mas, quando analisamos os indicadores e os resultados de saúde, invariavelmente estamos entre o 12º e o 15º lugar, o que significa que desempenhamos muito melhor na proteção da saúde do que até na economia.

Nós podemos ser de esquerda, de direita, do centro, conservadores, liberais, sociais-democratas, socialistas, centristas, podemos ser tudo, mas não se esqueçam nunca

que a fundação do Estado Social na Europa, no pós-guerra, foi uma obra dos partidos conservadores, dos centristas e dos partidos de centro-direita, ou seja, o Estado Social não é necessariamente um Estado Socialista. O Estado Social é uma visão política agregadora que procura centrar nas pessoas um modelo de proteção para que elas, com uma qualidade de vida aceitável, possam contribuir para o desempenho global da economia. Eu tenho certeza que a Europa percebeu isso, não há hoje, na região europeia da OMS e na União Europeia econômica e monetária, nenhuma dúvida sobre a necessidade de o Estado estar presente, ser um regulador ativo e um financiador privilegiado e dar cumprimento àquilo que é a recomendação da OMS há mais de 25 anos, ou seja, cobertura geral e universal para todos. Quem paga, eventualmente, o Estado terá sempre que ter uma responsabilidade pública maior. Quem gere é a opção política de cada país. Querem entregar a gestão aos privados, entreguem. Querem fazer convenções, façam. Querem ter modelos de prestação pública, com certeza. Para o cidadão utilizador no fim – aquele que tem que estar protegido em matéria de saúde pública e de diagnóstico, tratamento e reabilitação – o que importa é saber que o encontro entre as necessidades e as respostas é feito.

Eu sou professor de saúde pública e digo sempre aos meus alunos que, em matéria de saúde, nunca falo de procura nem de oferta. Por uma razão muito simples, o setor da saúde não é nem nunca será um mercado como aquele que nós conhecemos na economia. É um mercado falho, no qual a presença do Estado é essencial para regular os seus defeitos. Por isso, nós falamos de necessidades e de respostas em saúde. O sistema de saúde perfeito é aquele que alinha e faz encontrar as necessidades com as respostas. Quais são as democracias mais estáveis e que mais brilham aos nossos olhos quando nós da política olhamos para o mundo inteiro e dizemos: “quando for um país bom quero ser como eles”? Na Europa são os países do Norte, como a Suécia, a Noruega, a Holanda e a Dinamarca. Por que nós olhamos para estes países como esse modelo inspirador? Porque apostaram muito na educação logo a seguir à guerra, na instrução, cultivaram o valor e o respeito pelos direitos humanos e consideraram que a diferença entre as pessoas deve existir, ser respeitada e não deve ser espezinhada. Eles estarão sempre na linha da frente e, hoje, são democracias sólidas, onde a relação entre quem é servido e quem serve é uma relação simples, não distante. Eu sei que é demagógico dizer, mas são países onde os ministros andam em transportes públicos. Claro que é perigoso dizer isso, porque um ou outro já foi assassinado, porque os tempos são perigosos.

Nós somos países irmãos, não apenas na língua, mas no tempero. É muito difícil distinguir o português de Trás-os-Montes do brasileiro de Manaus ou de Minas Gerais. Nós temos os mesmos defeitos e temos a maior parte das qualidades que resultam de um cruzamento genético e até sanguíneo que eu creio que é muito virtuoso. Olha-

mos para o Brasil sempre com grande admiração, estamos à espera que cheguem rapidamente ao vosso lugar no mundo, que é o seio da maior economia do mundo, mas, para isso, nunca se esqueçam e digam aos agentes e aos decisores políticos que quem maltrata os seus nunca consegue progredir, nunca consegue fazer uma sociedade prosperar e ser feliz. Vale a pena que olhem para Portugal como o irmão menor – apesar de ser mais velho, é menor – mas que tem um gosto enorme de partilhar aquilo que tem feito de bem e de mal pelo mundo inteiro, na sua história antiga, com os nossos amigos e queridos irmãos do grande Brasil.

Doutor Luizinho



Deputado Federal da
República Federativa
do Brasil.

Sem sombra de dúvida, para um país como o nosso, que tem uma democracia relativamente jovem, avaliar e falar sobre a saúde faz com que tenhamos muito orgulho, porque temos o maior sistema de saúde público do mundo. Com todas as suas dificuldades e as suas peculiaridades, é o sistema que traz à nossa sociedade o Sistema Único de Saúde (SUS), que dá acesso igualitário e equânime para a nossa população. Eu acho que esse talvez seja uma das maiores conquistas sociais que o nosso país tem. Em uma vacinação contra covid-19, por exemplo, foi possível ter o homem mais rico do país na mesma fila que o mais pobre para ser vacinado, utilizando o SUS, um sistema que tem direito a todos serem atendidos, quase 210 milhões de pessoas, diferentemente dos outros serviços da nação brasileira, pois não temos vagas nas universidades públicas, nas creches e nas escolas públicas para todos. No SUS, temos que estar preparados para atender todos os brasileiros, independente se o paciente tem plano de saúde ou não. Nosso desafio é muito grande e falar sobre democracia é falar sobre o acesso e medidas que possam torná-lo mais igualitário e transparente.

No meu período como secretário de Estado do Rio de Janeiro, o nosso sistema

estadual de regulação é acompanhado em tempo real pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e pela Defensoria Pública. Todos têm acesso ao nosso sistema de fila, ao nosso sistema estadual de regulação. Isso faz com que a população saiba que vai ter um acesso equânime. Ela tem a garantia de fiscalização do que nós temos nas filas de transplantes. As pessoas têm transparência sobre isso. A saúde, com certeza, é o maior desafio para os próximos anos. Eu costumo dizer que a nossa longevidade é um grande problema para a saúde pública. Além da nossa longevidade, temos a tecnologia, que diferentemente para todos os setores reduziu o custo, para a saúde ampliou o custo. Quando eu me formei, botaram um tomógrafo no nosso Hospital Universitário. Nós fomos tirar foto com o tomógrafo e ficamos esperando a revelação da foto. Hoje, o celular substituiu a câmera fotográfica, o relógio, a agenda, um computador, mas na saúde não. Cada vez que se tem um novo avanço tecnológico, incorpora uma nova tecnologia, tem uma ampliação de custo, tem uma nova terapia, tem um novo medicamento. Eu falo sempre que é muito bonito falar sobre custo, o impacto de custo nas doenças raras, em novos tratamentos ou quimioterápicos, quando não é na nossa família. Quando se tem um filho com doença rara, olha-se de um outro aspecto. Falar de custo é muito importante, mas quando não é na nossa família, que sabemos que nós faríamos qualquer coisa para dar um tratamento a um filho. Então, esse é um desafio que o nosso país tem que assumir e olhar de frente para isso.

Em um sistema como o SUS, que precisa sempre estar sendo valorizado com nossos profissionais, olhando para frente, nós vemos algumas políticas públicas, e eu tive a oportunidade de fazer duas políticas públicas. Uma é o Acolhe RJ, um programa que oferece às adolescentes do Estado do Rio de Janeiro a possibilidade de colocar um implante hormonal intradérmico ou um dispositivo intrauterino para prevenção da gravidez não planejada. No momento que falamos de forma equivocada sobre aborto, sobre métodos contraceptivos, nós temos um programa em que o mesmo implante que eu ofereci à minha filha, nós estamos oferecendo a moradoras da Rocinha, do Pavão-Pavãozinho e Cantagalo e da Maré. Em seis meses, nós fizemos mais de 5 mil implantes. O que fizemos pela vida dessas jovens, dando a elas a opção de engravidar ou não, de se manter na escola ou em uma universidade, de ter o direito a decidir pela vida dela, de continuar uma carreira, porque os números uma gravidez precoce

são assustadores. No Estado do Rio de Janeiro, 20% das gestações são de jovens abaixo de 18 anos. É uma realidade que precisamos enfrentar oferecendo métodos e opções, respeitando a mulher – é muito bonito quando falamos de respeito, mas o Estado precisa oferecer respeito a essas mulheres. Também, há três anos, nós aprovamos o teste do pezinho ampliado. O presidente Bolsonaro sancionou, mas há três anos não tem uma normatização no Brasil sobre o teste do pezinho ampliado e o Ministério da Saúde não financia. Nós tomamos a decisão de fazer, com os recursos do Estado do Rio de Janeiro, o teste do pezinho ampliado, o que faz com que o nosso diagnóstico salte de 8 para 54 doenças. É o único estado da federação que, hoje, faz esse teste, com o mesmo direito de quem nasce em uma maternidade pública no interior do estado do Rio de Janeiro, em Varre-Sai ou em Itaperuna, ou para quem nasce na Perinatal da Barra da Tijuca. Estamos fazendo o mesmo teste do pezinho, porque cabe a nós, que defendemos o sistema de saúde no país, oferecer acesso.

A democracia começa quando as pessoas olham e sabem que tem um Estado presente, que quando se vai acessar ele está próximo. Nós defendemos o sistema de saúde, com todas as nossas dificuldades e mazelas, e, hoje, vivemos uma crise sem precedente no campo da saúde suplementar, mas até pela falta de liberdade nos acessos e nos contratos da saúde suplementar, porque não é possível que nós temos que ficar presos em dois ou três modelos, que é o que vem acontecendo, e que vai fazendo com que, a cada dia, menos pessoas possam acessar a saúde suplementar. Nós vivemos num sistema de mutualismo, ou seja, quanto mais pessoas puderem pagar ou acessar em planos ambulatoriais, mais vão poder estar dividindo aquela conta na saúde suplementar. Independente da nossa saúde suplementar forte, que eu defendo, principalmente a liberdade de negociação com o direito claro do consumidor, nós precisamos manter e valorizar o nosso SUS, porque é esse sistema que garante à nossa população a certeza de um acesso democrático, que o Ministério da Saúde vai fazer a aquisição de vacina e o cidadão vai ter como levar o seu filho para ser vacinado, que se tiver alguém precisando fazer um tratamento oncológico vai poder acessar. Nós temos inúmeros desafios e muita coisa para fazer na saúde brasileira, mas a garantia do acesso, a regulação unificada, com transparência em todas as nossas filas é significativo. Nós fizemos um projeto que é a Opera RJ, no qual fizemos mais de 50 mil cirurgias no último ano, para diminuir nossas filas cirúrgicas, mas com transparência, com todo mundo cadastrado no sistema estadual de regulação.

Acho que o nosso país tem muito a avançar e é muito importante termos a possibilidade de conversar entre o Poder Legislativo e do Judiciário, porque nós só vamos construir um novo país a partir de diálogo. Nós não vamos construir um país a partir dessa construção de muros constantes, dessa dicotomia entre ricos e pobres, entre evangélicos e católicos. Nós vamos continuar com dificuldade se não pudermos dia-

logar e conversar entre si. Talvez uma das melhores medidas que nós tenhamos tomado foi formar um núcleo de atenção técnico dentro da Defensoria Pública, para diminuir a judicialização. Nós diminuimos 50% dos nossos processos ainda na Secretaria Municipal de Saúde de Nova Iguaçu.

Josier Vilar



Médico, empresário e
presidente da Associação
Comercial do Rio de
Janeiro

O direito à saúde, em uma sociedade democrática, tem que garantir o acesso da população. Esse que é o nosso problema. Qualquer coisa que nós iremos discutir tem que passar pelo acesso. O acesso aos serviços médicos assistenciais é garantido? E o acesso à informação? Se não garantir acesso à informação, ao dado com credibilidade, e o acesso aos serviços médicos assistenciais da mesma forma pelo rico, pelo pobre ou pelo remediado, então não estamos em uma sociedade democrática. Essa é a realidade. Não há um brasileiro que não receba um telefonema ou um pedido de alguém para ajudar a atender um paciente, um familiar, um empregado, que precisa colocar uma prótese. Nós temos lá uma fila de espera gigantesca de mulheres carregando um câncer de mama, porque faz a mamografia, mas não tem acesso ao tratamento, à prótese etc. Então, nós temos que discutir o acesso, incluindo o acesso à informação, pois não é razoável que não tenhamos a portabilidade dos dados no setor saúde brasileiro. Uma crítica à Agência Nacional de Saúde (ANS) é que ela não intervém decisivamente na questão da portabilidade do dado. Se uma pessoa muda de plano de saúde, os dados ficam perdidos e a pessoa muda tudo e tem que fazer os exames de novo.

Em relação aos sistemas de regulação, não é razoável que eu não tenha acesso à minha posição na espera. Fila de espera é normal, mas eu preciso saber onde estou. Os hospitais públicos estão cheios porque quando há uma vaga, liga-se para alguém, pede-se uma vaga e consegue. Ele está dentro da fila, mas consegue. O que acontece? O cidadão vai chegar e vai começar a fazer hemograma, raio-X, tomografia etc. porque ele não tem a informação de quando vai conseguir, numa condição eletiva, já que ele não tem previsibilidade do que vai acontecer. Então, não adianta ele ficar fazendo exame pré-operatório, porque não sabe se vai ter vaga, já que não tem essa informação transparente. Sem o dado, nós não teremos democracia na saúde brasileira jamais. Nós temos que fazer um projeto-piloto para ver como funciona a garantia da transferência do dado, da informação, para que um hospital tenha acesso a outro hospital, que um laboratório tenha acesso a outro laboratório, que um consultório tenha acesso a outro consultório. Tudo isso através do dono da informação, que é o paciente, que tem que ter essa portabilidade do dado e ele autorizando quem quiser para ter o acesso à informação pessoal.

Eu acho que essa garantia de acesso e de informação precisa ser construída por meio do Complexo Econômico-Industrial da Saúde (Ceis). Eu digo que é ruim porque a maioria das pessoas não sabe o que é isso. Elas acham que é uma indústria e que estamos falando só da questão industrial, como se fosse uma fábrica. Nós estamos falando do ecossistema da saúde – contemplado pela indústria de medicamentos, de imunobiológicos, de equipamentos, de insumos etc. –, mas também da indústria da inovação, do serviço – como hospitais, clínicas, laboratórios, farmácias – e da indústria do conhecimento – que é o que estamos fazendo. Isso é um processo industrial, de construir o conhecimento, de tal forma que se nós tivermos integrado e entendendo que o Ceis é fundamental para que o acesso à saúde seja garantido pelo Estado Democrático de Direito, nós teremos dado um avanço gigantesco. Por isso, eu enalteço a atividade parlamentar. Eu acho que os parlamentares têm um papel e uma responsabilidade muito grandes neste momento em que nós estamos discutindo a implantação no Brasil de um complexo que contempla todo o ecossistema empresarial da saúde para que possamos garantir o acesso das pessoas aos serviços de saúde, aos dados e às informações precisas nesse mundo digital. Muitas das dificuldades de acesso, hoje, decorrem por-

que não incorporamos tecnologias digitais que podem facilitar o diagnóstico, a terapêutica e o acompanhamento. Nós somos um país, por exemplo, onde as pessoas ficam expostas ao sol muito intensamente. Nós temos cerca de 5.605 municípios e só 600 têm dermatologistas, mas o risco de desenvolver melanoma é gigante. Se nós incorporarmos tecnologias digitais para que um técnico bem formado possa olhar e identificar um risco, ele entra em contato com alguém que vai orientar e fazer o diagnóstico para dar o encaminhamento correto para o tratamento.

Antônio Barra Torres



Diretor-presidente da
Agência Nacional de
Vigilância Sanitária.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), criada há 25 anos, foi a quarta agência reguladora brasileira a ser criada, mas a primeira da área social. A nossa missão é por demais importante nesse contexto da saúde nacional com foco na questão de promover e proteger, ou seja, promover saúde e proteger o cidadão contra ameaças a essa mesma saúde. Enquanto a nossa visão de futuro, chama atenção o termo transparência e protagonista. A Anvisa é transparente, pois todas as nossas decisões e resoluções de diretoria colegiada são tomadas em uma reunião que é transmitida ao vivo, em tempo real, pelo Youtube, para quem quer que seja. O nosso auditório é muito pequeno, mas a presença é franqueada a qualquer cidadão que lá deseje estar.

Talvez, ao falar de uma agência reguladora de saúde, venha à mente a questão dos medicamentos. Os medicamentos fazem parte de um contexto que foi mensurado mais de 10 anos atrás. Em 2009, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mensurou a fatia de mercado que a Agência é responsável e isso chegou a 22,8%. Estima-se que, hoje, em torno de 30% do Produto Interno Bruto (PIB), em algum momento, pas-

sa pela regulação feita na Anvisa. Nós atuamos em grandes áreas, como portos, aeroportos, farmacovigilância, tabaco e alimentos. Os Estados Unidos têm a Food and Drug Administration (FDA) que é gigante, com 18 mil servidores – durante a pandemia contratou mais 390 – e praticamente trata de alimentos e novos medicamentos. Em termos de números, temos 360 mil anuências de importação em um ano. Anvisa é o órgão federal mais anuente do Brasil, com mais de mil anuências de importação por dia. Na questão dos novos produtos, temos um número relativamente pequeno, com quatro registros de medicamentos para doenças raras, mas, infelizmente, as doenças raras que, para quem tem a doença, não tem nada absolutamente de raro, é um sofrimento absoluto, mas, ainda, as plataformas terapêuticas de doenças raras ainda são bastante escassas e esse número é um número condizente com o cenário mundial.

O acesso à saúde, no Brasil, perpassa a inspeção da Anvisa, na medida em que somos os responsáveis por aferir e atestar a qualidade, segurança e eficácia de praticamente tudo o que passa por nós. Essa é a nossa responsabilidade. Para chegar a esse resultado, nós precisamos ter um corpo técnico de alta capacitação e qualidade e temos isso no Brasil. Nós temos uma rede técnica de servidoras e servidores – a maioria, inclusive, é mulher –, de densa capacitação acadêmica que fornece à diretoria colegiada a segurança necessária para o processo de tomada de decisão. Esse processo de tomada de decisão se dá com os cinco diretores, que tem um mandato de cinco anos. Nesse período, para que deixemos a agência, ou pedimos demissão ou morremos ou fomos impichados, mas não podemos ser demitidos. Isso confere ao quadro de diretores de uma agência reguladora, se assim desejarem lançar mão dessa ferramenta, uma total autonomia para a tomada de decisão. Isso foi de essencial importância durante a pandemia, quando, infelizmente, no nosso país, nós tínhamos a questão da guerra contra o vírus e uma guerra política muito forte em vistas de eleições que se aproximavam. Todas as questões ficaram mantidas do muro para fora da agência porque os diretores puderam exercer esse mandato que vem do povo, é chancelado pelos representantes do Senado Federal brasileiro – porque, para ser diretor, há que ser apresentado ao Senado, que realiza uma sabatina, com inúmeras perguntas ao longo do dia, e somos aprovados ou não. Quando somos aprovados, somos investidos de um mandato. Portanto, o nosso patrão é o povo brasileiro, a quem nós devemos toda a nossa capacidade de servi-lo.

Nós integramos, juntamente com o Ministério da Saúde, no âmbito federal, o Sistema Único de Saúde (SUS). Nós somos uma agência, por tema, vinculada ao Ministério da Saúde, mas não guardamos com o Ministério da Saúde uma relação hierárquica no processo de tomada de decisão. O grande gestor da saúde nacional é o Ministério da Saúde, que tem o poder legítimo para suplantar qualquer decisão da Agência, se for necessário. Ao longo desses cinco anos em que estou no cargo, já vi, até o presente momento, passarem cinco ministros da Saúde e tivemos sempre uma relação direta, fluida e bem desenvolvida com o Ministério. No campo internacional, não há sentido o Brasil que tem, entre seus objetivos nacionais, a colocação no lugar que é dele por direito no cenário internacional, se a nossa Agência não interagir com as demais. A Anvisa é membro fundador e pleno, por exemplo, do Conselho Internacional de Harmonização de Requisitos Técnicos para Produtos Farmacêuticos e do Programa de Auditoria Única para Produtos para a Saúde. Também somos membros da Coalizão Internacional de Autoridades Reguladoras de Medicamentos (ICMRA), que é o mais alto fórum de discussão regulatória internacional e teve um papel importantíssimo durante a pandemia, onde ocupamos a cadeira número 2, *vice chair* do ICMRA. Somos também fundadores do Esquema de Cooperação em Inspeções Farmacêuticas, e tantos outros. Não podemos esquecer a Organização Pan-Americana de Saúde, que neste momento tem em sua mais alta cadeira o doutor Jarbas Barbosa, ex-diretor-presidente da Anvisa. Essa inserção no cenário internacional provou a sua imensa utilidade durante a pandemia através da prática de uma ferramenta regulatória que começou a ser efetivamente utilizada e é o futuro da regulação, que é a chamada confiança regulatória ou *reliance*, um conceito em que agências de mesma maturidade economizam tempo e dinheiro, e, sobretudo, entregam com maior velocidade produtos às suas populações, se puderem confiar umas nas outras e, com isso, poupar tempo na análise desses dossiês, que às vezes tem 15 mil ou 20 mil páginas, por exemplo, para uma única vacina. Durante a pandemia, as agências regulatórias mundiais que mais velozmente foram capazes de fornecer uma resposta quanto a vacinas foram a Anvisa, em primeiro lugar, e a do Reino Unido em segundo lugar. Por que? Nos mesmos oito dias, entre a chegada do dossiê e a emissão da decisão no Brasil, nós conseguimos aferir e aprovar duas vacinas. Então, é algo que não é muito noticiado, mas dá um pouco do retrato do que significa esse corpo técnico da Agência que permite aos seus diretores uma decisão mais rápida.

Agora, quero apenas citar duas questões. A primeira é o combate à mentira veiculada pela internet, as *fake news*, pauta de discussão desse momento para todos. Durante a pandemia, inúmeras *fake news* foram veiculadas e, nesse contexto, uma violência muito grande contra nós, diretores e servidores, pois foram mais de 458 e-mails ameaçando de morte a todo o tipo de violência por conta da aprovação de vacinas, principalmente vacinas para crianças. A disseminação de *fake news* não cessou. Nós esta-

mos falando de território nacional, vidas humanas e economia de um país, quando nós temos o Rio Grande do Sul debaixo d'água, há pessoas que ainda insistem em fazer disseminação de mentiras, como aconteceu, e diziam que nós estaríamos criando obstáculos para doações através de aeroportos, o que absolutamente não era verdade. No ambiente virtual, quando a mentira mata, ela não apaga um avatar, mas causa o sofrimento ou a morte de um ser humano no mundo real e precisa ser efetivamente combatida. Na cúpula do G20 no Brasil, em 2024, no Rio de Janeiro, entre os temas está o Complexo Econômico e Industrial da Saúde, que é uma iniciativa do governo do presidente Lula, do qual a Anvisa é membro nato no grupo executivo deste mesmo comitê, na medida em que tudo que se produz e produzir de saúde no Brasil, passa ou passará pela nossa agência.

Nenhum gestor público vai conseguir conservar o seu lugar na sua cadeira se não incluir em sua pauta a questão climática. Temos, hoje, com Rio Grande do Sul, um estado inteiro debaixo d'água. Nos Estados Unidos da América estão previstas temperaturas de 25 a 30 graus Fahrenheit, acima da média na maioria das cidades, inclusive com os órgãos públicos deixando suas instalações abertas para aqueles que não têm ar-condicionado em casa conseguirem se proteger da onda de calor. Na Índia, temos 52 graus de temperatura, não digo sensação térmica, mas de temperatura em graus Celsius sendo registradas. Também houve a tragédia na Arábia Saudita, com 1.300 mortos na peregrinação neste ano. Isso tudo se soma no pós-pandemia, um fenômeno que certamente é alvo do estudo dos sociólogos, ao aumento da violência, aquela que ocorre entre o cidadão quando o para-choque de um carro encosta no outro. Nós temos também a questão das ameaças do terror nos eventos internacionais de massa, como as Olimpíadas de Paris, que são uma preocupação tremenda para o gestor nesse campo e, sem dúvida alguma, as guerras, principalmente as duas guerras em andamento nesse cenário pós-pandemia, quando nós estávamos terminando de contar o número de mortos e já tínhamos uma questão de guerra na Europa.

Os desafios são inúmeros. A Anvisa tem 1.500 servidores, dos quais 500 podem ir embora hoje porque já tem mais de 30 anos de serviço, e esse número não nos permite cumprir com o nosso compromisso de maneira adequada, mas esperamos que essa possibilidade seja corrigida com concursos públicos. A nossa agência segue na sua missão.

Breno de Figueiredo Monteiro



Presidente da
Confederação Nacional
de Saúde

O setor de saúde privada brasileira tem, segundo a Receita Federal, 430 mil estabelecimentos de saúde. Nós somos o terceiro maior empregador do Brasil e passamos a barreira de 3 milhões de trabalhadores na área da saúde. Essa é a pujança do sistema privado brasileiro.

A saúde, no Brasil, é regida pela Constituição de 1988, que diz que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Dez anos depois dessa Constituição, nós tivemos a lei que regulamenta os planos de saúde, a Lei nº 9656, que diz que a cobertura deve ser a lista de doenças da Organização Mundial da Saúde (OMS). Mais recentemente, nós tivemos uma alteração dessa lei no Judiciário, que modificou a questão do rol, e o rol dado pela agência passou a ser só exemplificativo, e, portanto, se tornou ilimitado. É com este arcabouço legal que nos deparamos atualmente. Nós temos um governo discutindo redução de piso para a saúde constitucional, ou seja, diminuição de orçamento. Também temos, hoje, um cliente muito mais informado, ou seja, cada incorporação de um tratamento, ou uma tecnologia pela agência, é capa da imprensa no dia seguinte dizendo que aquela medicação foi incorporada e que passa

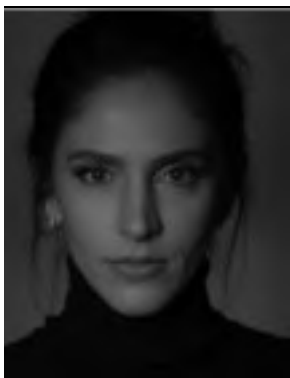
a ser um direito do paciente. Nós temos mais de 18 mil juízes em 90 tribunais espalhados pelo Brasil, enfrentando o dilema com peças jurídicas pedindo um tratamento X e, certamente o juiz pensa que se ele não der, aquele paciente pode sofrer com graves consequências.

Não existe sistema de saúde no mundo que consiga dar tudo para todos, gratuitamente. Não importa se o país é rico ou pobre, se o sistema é privado ou público, nós vamos precisar fazer escolhas. Neste momento, o Brasil lidera a incorporação de novas tecnologias, fazendo isso mais rápido do que o resto do mundo. Será que este é um caminho certo? Será que os nossos orçamentos aguentam isto? O sistema francês levantou essas incorporações, na última década. Apenas 2% eram incorporações novas, ou seja, que traziam significância. A grande maioria delas, 65% das incorporações, não traziam nada de novo e faltava informação, ou seja, era inaceitável até que se tivesse incorporado. O doutor Denizar Vianna, quando foi secretário do Ministério da Saúde, teve a oportunidade de criar um acordo de compartilhamento de riscos através de uma medicação para tratamento da Atrofia Muscular Espinhal (AME). Seis meses depois, foi incorporada uma nova medicação, que era a mais cara do mundo para o mesmo tratamento. Essa medicação, que custa 6 milhões e meio de reais para uma doença rara, representa, se fizermos uma comparação, 10.800 diárias de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), ou 27 mil sessões de hemodiálise, ou 65 mil tomografias, ou mais de 2 milhões de tratamentos para sífilis. Eu fui procurar quantos pacientes poderiam, em média, ser atingidos com essa medicação no Brasil e era um pouco menos de 300. Também fui procurar quantos recém-nascidos morrem anualmente por sífilis congênita, que bastaria uma medicação de R\$ 3,50 para tratar os mesmos 300. Nós precisamos discutir isso.

Eu moro no estado do Pará, na Amazônia. Meu pai é cardiologista e mora no interior do estado, na região do oeste do Pará. Eu tive que buscá-lo porque ele estava infartando. Ele mora em uma cidade de 65 mil habitantes, mas lá não tem tomógrafo, UTI e hemodiálise. Morrem, mensalmente, crianças de sífilis congênita. Nós não estamos dando acesso para essa parte da população, mas, certamente, se nasce uma criança com doença rara, alguém vai dar um jeito de levar essa medicação lá. Nós precisamos

discutir isso. Na Alemanha, segundo estudos, apenas um terço dos tratamentos que entraram no mercado entre 2011 e 2017 possuíam comprovação de benefícios clínicos, ou seja, precisamos discutir compartilhamento de risco. A sociedade aceita que se acelere, mas se nós não fizermos, com o que se possa ter risco também para quem está vendendo aquele produto, porque, se um ou dois anos depois, esse medicamento não tiver surtido o efeito prometido na incorporação, a sociedade já pagou aquele custo. Nós precisamos respeitar as agências. Nós temos, no sistema público, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), a Agência Nacional de Saúde (ANS) fazendo essa avaliação, e precisamos acelerar essa questão para, talvez, criar uma agência específica para avaliar incorporação de tecnologias, para que possamos realmente ser mais efetivos. Nós precisamos comparar se o preço que está sendo vendido no mercado brasileiro se compara ao mercado internacional. Nós precisamos discutir também a sustentabilidade da saúde suplementar, e não chegar a ponto de nós termos, hoje, no Brasil, 520 mil ações judiciais, sendo quase 200 mil delas na saúde suplementar, fazendo com que tenhamos acessos diferentes. Enquanto o público compra por um preço, o plano de saúde não tem a mesma oportunidade de negociar comercialmente algo mais vantajoso e mais sustentável. Ademais, para que possamos garantir acesso, precisamos também trabalhar para que tenhamos esse compartilhamento, uma fila única de acesso a essa medicação. Certamente se eu tivesse um filho ou um parente com alguma doença rara, eu ia fazer de tudo para conseguir o medicamento, e não se está discutindo isso, mas precisamos acordar como sociedade que muitas outras mazelas ainda existem.

Letícia Garcia



Promotora de Justiça do
Ministério Público do
Estado do Paraná.

Eu vou tentar trazer um olhar um pouco distinto para interligar saúde e democracia a partir de três pilares. Primeiramente, falarei sobre a saúde como pressuposto da democracia. Depois, a mulher como agente de transformação da sociedade. Por fim, a saúde como instrumento para a igualdade de gênero e, consequentemente, alcance da democracia.

No primeiro enfoque, saúde como democracia, eu lembro de uma fala do sanitarista Sérgio Arouca em uma conferência realizada em 1986, na época do movimento sanitarista pré-constituente, na qual ele disse que democracia é saúde. Partindo desse raciocínio, considero direito ao acesso à saúde como uma das principais formas de concretização da democracia. Quando eu falo em direito à saúde, eu não falo apenas em ausência de doença, mas em saúde como um bem-estar geral, incluindo direito à moradia, ao trabalho, ao salário digno, a viver em um meio ambiente não agressivo, a viver dentro de uma sociedade onde não haja violência decorrente da miséria. A partir desse raciocínio, podemos considerar o direito à saúde como uma espécie de direito de cidadania, já que ela é um pressuposto

para o exercício de direitos, liberdades e garantias. Isso só é possível dentro de um modelo econômico não concentrador de riqueza e dentro de um sistema político não autoritário. Isso me faz recordar uma divisão feita em um livro muito interessante, que fala por que as nações fracassam. O autor divide as instituições em inclusivas e extrativistas. Ele menciona que os países só são pobres porque os líderes políticos optam por políticas que geram pobreza, e que, não é por acaso que Thomas Edison nasceu nos Estados Unidos e não na Bolívia e que a Hyundai ou a Samsung sejam da Coreia do Sul e não da Coreia do Norte. Essa temática de democracia é bastante dinâmica, então, por isso, debates como esse são extremamente importantes.

O segundo tópico é a mulher como agente de transformação social. Não tenho como iniciar este segundo tópico sem antes falar de distribuição de riqueza. Por que? A distribuição de riqueza não atinge da mesma forma homens e mulheres. Na década de 70, foi realizada uma pesquisa por agências da Organização das Nações Unidas (ONU) que apontou que cerca de 70% das pessoas consideradas pobres no mundo, naquela época, eram mulheres. Assim, surgiu um conceito que se denominou de feminização da pobreza. Isso é muito interessante porque hoje, no Brasil, há vários dados que apontam que as mulheres são mais suscetíveis ao desemprego e a se estabelecerem no mercado informal. Recentemente, foi realizada uma pesquisa, a partir de dados fornecidos por cerca de 50 mil empresas brasileiras, que apontou que as mulheres, no Brasil, recebem salários 20% menores do que os homens. Eu trago dados brasileiros porque o economista Branko Milanović diz que se um marciano quisesse pousar na Terra e conhecer a realidade do planeta, ele deveria começar visitando o Brasil. Ele traz a ideia do Brasil como uma espécie de microcosmos do mundo, já que nós temos toda a riqueza e toda a pobreza do mundo. Há até uma fábula interessante chamada Berlíndia, desenvolvida na década de 70 por um economista, que traz um local hipotético em que existiria ali toda a riqueza da Bélgica e toda a pobreza da Índia. Isso se assemelha muito a essa ideia de Milanović. A partir dessa estrutura socioeconômica desigual, nós chegamos à conclusão de que ela afeta de forma muito peculiar a saúde da mulher. Segundo dados da OMS, as mulheres têm três vezes mais chances de desenvolverem transtornos mentais do que os homens. Isso decorre de questões de violência de gênero, dupla jornada de trabalho, desigualdade salarial

etc., pois há toda uma estrutura de desigualdade que leva a esses dados estatísticos e partem, portanto, de pesquisas concretas.

Também há questões específicas de saúde da mulher. Há doenças específicas da mulher e tratamentos específicos relativos à gravidez, período neonatal, pós-parto, idade avançada, que também requerem um olhar específico para a saúde da mulher. A Agenda 2030 da ONU traz quatro pontos específicos sobre isso. Inclusive, há um balizador acerca de redução de taxas de mortalidade materna. No Brasil, nós temos uma taxa de mortalidade materna – aquela que se dá desde o nascimento até o bebê completar 42 dias – no Brasil que gira em torno de 60 óbitos de mãe para cada 100 mil nascimentos, enquanto o recomendado pela ONU seria metade disso. O economista indiano Amartya Sen, no livro “Desenvolvimento como Liberdade”, faz um estudo empírico em cerca de 300 distritos indianos, no qual observou que a promoção do bem-estar das mulheres e do desenvolvimento da condição de agente dessas mulheres. O que seria a condição de agente das mulheres na concepção dele? Seriam mulheres sendo alfabetizadas, auferindo renda independente, tendo direito à propriedade e, com isso, participando como pessoa instruída das decisões dentro e fora das suas famílias. Nesses 300 municípios, inclusive, sob a influência do banco de Muhammad Yunus (considerado o “banqueiro dos pobres”) – houve um incentivo de crédito para mulheres nesse banco –, detectou-se um impacto muito expressivo na redução das taxas de mortalidade infantil, de mortalidade materna e de fecundidade e melhorias na questão do meio ambiente. A partir desse estudo, entendeu-se que a questão do desenvolvimento da mulher acaba sendo o centro do processo de desenvolvimento das nações, já que geraria a prosperidade na família, com a redução de todas essas taxas, e prosperidade da própria sociedade, já que aumentaria a renda familiar e, consequentemente, geraria mais riqueza.

Na sequência, falarei sobre saúde como instrumento para a igualdade de gênero e alcance da democracia. Na pré-constituente, houve um movimento de mulheres, aliado ao movimento sanitarista, em que se encaminhou uma carta das mulheres aos constituintes, em 1987, na qual pleitearam a criação de um modelo de serviço de saúde coletivo integrado, que se assemelhava ao atual Sistema Único de Saúde (SUS). Isso se deu porque o pleito maior era com relação a questões de contracepção e planejamento familiar, já as instituições que cuidavam da contracepção, naquela época, foram acusadas de esterilização em massa. Inclusive, da década de 1980, houve investigações que vincularam a atuação dessas instituições na brusca redução das taxas de natalidade subsequentes. Então, por conta dessa suspeita das esterilizações em massa fizeram esse movimento. Em 2019, foi feita uma pesquisa apontando que 70% dos usuários do SUS são mulheres, para atendimento próprio e de pessoas que estão sob seus cuidados. As mulheres são as principais cuidadoras de filhos e pessoas ido-

sas. Por isso, elas acabam sendo as principais usuárias do SUS. Ainda há uma pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontando que as mulheres no Brasil desempenham 22 horas semanais de tarefas domésticas, levando em consideração, portanto, que todo esse trabalho é uma atividade não remunerada, a existência de um Sistema Público de Saúde eficiente, de qualidade, vai impactar diretamente na promoção da igualdade de gênero, já que vai liberar o tempo dessas mulheres para que exerçam uma atividade remunerada nesse tempo.

Toda essa questão gira em torno de todas as discussões das teorias de justiça, sobre os dois pilares básicos, que são igualdade e liberdade. Inúmeras discussões sobre o que se prioriza, se a igualdade é pressuposto da liberdade ou a liberdade é pressuposto da igualdade... Será que é possível haver exercício pleno de liberdade em um ambiente de desigualdade extrema? Eu acredito que não, mas fica a minha reflexão.

MESA XXVIII

28

MODERADORA - LUNA BARROSO¹

TRANSFORMAÇÃO DIGITAL: DESAFIOS E OPORTUNIDADES

¹ Advogada e LL.M. Candidate at Yale Law School

Luna Barroso



O tema deste painel são os desafios e oportunidades da transformação digital e a organização preparou uma composição muito diversificada com representantes do setor público, do setor privado, da indústria e da advocacia. Então, teremos uma conversa com diferentes pontos de observação do tema.

Advogada e candidata ao mestrado na Faculdade de Direito de Yale.

Victor Fernandes



Conselheiro do
Conselho
Administrativo de
Defesa Econômica.

No Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), nós temos discutido, já há alguns anos, políticas de transformação digital, inclusive no âmbito do Centro de Estudos de Direito, Internet e Sociedade (CDIS). Nós já temos uma estrada, ao longo da última década, de preocupações relacionadas à proteção de dados. E, mais recentemente, uma agenda de pesquisa muito forte em torno de inteligência artificial (IA) e de moderação de conteúdo.

Quando falamos do tema de transformação digital, existe um aspecto discussão regulatória ainda pouco explorado. Nós discutimos muito regulação na perspectiva de moderação de conteúdo, nas preocupações com desinformação. Mais recentemente, há um debate muito grande sobre regulação de IA. No entanto, na área de defesa da concorrência, nós temos, nos últimos anos, explorado muito as discussões sobre a perspectiva de regulação econômica concorrencial. Esse é um debate que, talvez, ainda esteja dando os seus primeiros passos no Brasil, mas que eu achei que fosse importante trazer para essa discussão. Quando observamos um pouco de todo esse movimento de regulação que está aconte-

cendo na Europa, parece que estamos diante da emergência de um novo paradigma de direito da concorrência, que é a preocupação do direito da concorrência regulatório. Em 2022, a União Europeia aprovou uma lei de mercados digitais, é o Digital Markets Act (DMA). Nós falamos muito do Digital Service Act (DSA), mas também foi aprovado o DMA, que tem influenciado outras jurisdições à adoção de propostas legislativas semelhantes. Em maio, o Parlamento britânico aprovou o Digital Markets, Competition and Consumer Bill (DMCC Bill), que é um análogo do DMA. Nós temos uma proposta em curso na Índia muito semelhante ao próprio DMA. Na Alemanha, já temos uma outra legislação concorrencial em vigor.

Esse debate começa a dar seus primeiros passos no Brasil, com uma proposta legislativa, o Projeto de Lei nº 2768, que cria uma lei de regulação concorrencial *ex ante* para mercados digitais. Paralelamente a isso, no começo de 2024, o Ministério da Fazenda brasileiro abriu uma tomada de subsídios, pedindo sugestões de órgãos públicos e de entidades privadas acerca da necessidade de se adotar no Brasil uma regulação concorrencial *ex ante* e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), no âmbito dessa tomada de subsídios, pela primeira vez apresentou uma manifestação pública defendendo a necessidade de se criar no Brasil uma nova lei de regulação concorrencial para mercados digitais. A ideia é que essa lei complemente o quadro atual *ex ante* da Lei nº 2529, a Lei de Defesa da Concorrência, mas que traga uma série de ferramentas complementares para a regulação concorrencial desses mercados. Eu vou apresentar três aspectos dessa discussão. O que é esse novo paradigma de regulação concorrencial de mercados digitais? Por que isso é diferente da regulação econômica de setores tradicionais, como telecomunicações e energia elétrica? Por que isso não é uma nova reprodução da regulação de infraestruturas essenciais?

Há três aspectos que estão transformando essas novas leis em uma espécie de experiência institucional única. Em primeiro lugar, os fundamentos normativos, as razões de regular nessas leis são totalmente diferentes da discussão sobre regulação econômica no sentido tradicional. No sentido tradicional, nas regulações de infraestrutura, como tivemos no Brasil, a partir da nossa formação no Estado regulador na década de 90, em setores como *telecom* e rádio difusão, havia uma preocupação muito gran-

de em acomodar aquilo que chamamos de falhas de mercado, ou seja, situações de ineficiência alocativa geradas pela exploração de uma infraestrutura essencial. A partir dessa ideia de regulação econômica, que se tem a atuação das principais agências reguladoras. Quando falamos desse novo mundo da regulação concorrencial de mercados digitais, a preocupação não é uma preocupação tão somente com falhas de mercado, no sentido econômico tradicional. Nós estamos falando de novas preocupações econômicas e grande parte delas surgem de oportunidades e desafios à inovação no âmbito de mercados e aquilo que temos chamado muito de ecossistemas digitais. Do ponto de vista econômico, teórico, o que tem se observado nesses ecossistemas digitais, e a experiência da União Europeia aponta isso com muita clareza, é que nós temos, em geral, grandes *players*, grandes empresas, exercendo um poder econômico privado de uma forma a desequilibrar o processo de criação e captura de valor dentro desses grandes ambientes. A União Europeia tem no último quinquênio, em especial no último ano, aberto várias investigações de práticas anticoncorrenciais contra grandes empresas de tecnologia, em especial focando nessa relação entre o *gatekeeper*, nos termos do DMA, o orquestrador do ecossistema digital, e a relação que ele tem com as demais empresas dentro desse ambiente. Hoje, temos na Europa, por exemplo, uma discussão muito grande sobre sistemas operacionais e sobre lojas de distribuição de aplicativos, como Apple e Google, onde definem regras que são importantes para toda uma comunidade de desenvolvedores e de agentes independentes. Então, temos uma necessidade de uma regulação preocupada com a inovação nesses ambientes, “intraecossistema”.

Além disso, essas novas leis, à semelhança dos DMA, trabalham com dois conceitos muito importantes. O primeiro é o conceito de contestabilidade, ou seja, a necessidade de que, nos próximos anos, façamos com que esses mercados se tornem mais contestáveis, diminuindo barreiras a entradas, para possibilitar novas empresas e mais inovação. O outro conceito é o de *fairness*, de justiça concorrencial, que também é radicalmente distinto de tudo que estamos acostumados das leis tradicionais de defesa da concorrência. A ideia de justiça concorrencial, por exemplo, no DMA, tem a ver com assegurar a adequada compensação desses agentes complementadores, pelo que eles agregam aos ecossistemas digitais. O primeiro ponto é que o fundamento dessas novas leis de regulação concorrencial é totalmente distinto da regulação econômica que trabalhávamos a partir da década de 90 no Brasil. O segundo grande ponto é que a estratégia de regulação dessas leis também é radicalmente diferente. Enquanto nos setores de economia tradicional de infraestrutura nós temos uma atuação muito focada no papel das agências reguladoras, principalmente por meio de estratégias de comando e controle, aqui nós estamos vivendo um novo cenário em que estratégias de regulação responsivas vão ser muito mais importantes. Nós temos acompanhado que, desde março de 2024, a Comissão Europeia começou efetiva-

mente a aplicar o Digital Market Act e houve um período de *vacatio legis*. É muito interessante notar que, como algumas estratégias de regulação responsiva, às vezes até por meio de discussão setorial, a Comissão, por exemplo, gastou uma boa parte do tempo explicando a lei às empresas, por meio de *workshops*, discutindo *design* de produtos com essas empresas. Isso mostra que a estratégia de regulação, realmente, precisa ser totalmente diferente.

Por fim, o terceiro aspecto dessa discussão, que é muito interessante, diz respeito ao desenho, ao arranjo institucional para esse debate. Todas essas leis, o DMA, o DSA e o AI Act, estão sendo implementados na União Europeia a partir da Comissão Europeia, que é uma espécie de agente super regulador e supranacional. A grande discussão é como transladar esses arranjos institucionais para uma realidade brasileira, em que, na década de 90, nós vivenciamos a importação de um modelo de Estado regulador, calcado principalmente na experiência norte-americana de regulação setorial. Isso faz com que, hoje, tenhamos esse debate. Quem vai ser o regulador? Vai ser a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD)? Vai ser a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)? Qual é o papel do Comitê Gestor da Internet (CGI)? Todas essas discussões serão colocadas no Brasil nos próximos tempos.

Eu acho que, na perspectiva da regulação econômica, nós temos, em primeiro lugar, um desafio de convergência global. Nós vamos nos deparar com esse tabuleiro geopolítico nos próximos anos, à medida que vamos trazer a regulação europeia ou adotar um outro modelo que pode ou não ser parecido com ela e entender se haverá um novo consenso global. Assim como as políticas de concorrência, na década de 90, acabaram, de certa maneira, atingindo um consenso global em torno de princípios mínimos, a grande discussão que temos é se as regras de concorrência para mercados digitais vão conseguir atingir um padrão de harmonia e de convergência nesses próximos anos.

Renata Mielli



Presidente do Comitê
Gestor da Internet no
Brasil.

O Comitê Gestor da Internet (CGI) é um comitê multisetorial composto por representantes do terceiro setor, do setor privado, do setor acadêmico, da comunidade científico-tecnológica e do governo, que tem a atribuição de discutir diretrizes e recomendações para o uso e desenvolvimento da internet no Brasil e que tem buscado, desde a sua constituição, em 1995, e depois, na composição atual, desde 2003, incidir sobre as discussões relacionadas não só à internet, mas a todos os aspectos relacionados a esse mundo digital. Nós estamos vivendo em um mundo em transição, onde todas as atividades humanas são permeadas pelas tecnologias digitais. As relações sociais, econômicas e culturais são mediadas por essas tecnologias e que se desenvolveram em um amplo ecossistema digital a partir, principalmente, das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs). As muitas aplicações da internet que estão disponíveis para a população e para a sociedade, desde a *web*, que é uma aplicação da internet, como sites, plataformas, dispositivos, Internet of Things (IoT), que estão conectados em geladeiras, carros e tantos outros dispositivos, a inteligência artificial trazem muitos benefícios para a sociedade, mas

também trazem muitos riscos e desafios antigos e novos, que nós precisamos enfrentar. Os desafios vão desde impactos que podem ser positivos, mas, muitas vezes, também negativos à democracia, integridade social e à comunicação. Há externalidades negativas, que todo esse ambiente digital acaba tendo impacto cognitivo, que traz, hoje, aprofundamento de ansiedades, doenças mentais, mas também impõe vigilância, controle, modulação de comportamento. Logo, são muitos desafios que estão colocados para que possamos enfrentar esse novo ambiente digital, mitigando os problemas e procurando extrair a potencialidade e os benefícios que essas novas tecnologias podem trazer. Como é um vício da vida do ser humano, em todas as dimensões da vida, nós temos sempre um vício de não olhar tanto para os benefícios, mas de discutir os problemas e os desafios. Essa vai ser um pouco a minha perspectiva, não negando os desafios, mas discutindo como enfrentamos e quais são os principais desafios e problemas que nós temos pela frente.

Alguns dos desafios estão relacionados ao fato de que, hoje, essas tecnologias estão extremamente concentradas em poucas empresas globais que geram assimetrias industriais, de desenvolvimento tecnológico, de produção científica, que vão se aprofundando nesse período. Com o domínio dessas tecnologias por alguns países, elas também remodelam o tabuleiro geopolítico internacional e redefinem grupos de países a partir daqueles que são produtores e consumidores de tecnologia. Isso gera um novo desafio geopolítico. Dentro dos países, essas tecnologias, ao não serem acessadas de forma igualitária pela população, também podem promover desigualdades internas entre os cidadãos que estão amplamente usufruindo dessas tecnologias e aqueles que não estão usufruindo delas e, portanto, podem aprofundar desigualdades sociais internas nesses países. Por isso, quando discutimos esses problemas, como poderíamos enfrentar todas essas questões? A primeira é como os países precisam desenvolver iniciativas na área do desenvolvimento econômico, científico e de investimentos para que possamos ter uma soberania tecnológica e digital. Sei que existem polêmicas em torno do tema da soberania digital, mas é como os países conseguem desenvolver uma autodeterminação tecnológica, uma autonomia tecnológica para desenvolver suas infraestruturas em termos de capacidade computacional, de armazenamento de dados, construção de *data centers* e investimentos na univer-

cidade para que possamos formar recursos humanos de alto valor agregado e mantê-los no próprio país para que possam ser incorporados nessa cadeia produtiva em torno do digital, que precisa ser desenvolvida nacionalmente. Nós também desenvolvemos políticas públicas de caráter estratégico para incluir a sociedade e como trabalhamos o elemento da regulação e da governança desse ambiente digital que se desenvolve e que não se desenvolve apenas na dimensão nacional, mas que tem um desafio global de governança que precisa ser enfrentada pelos países.

Nesse sentido, eu quero focar, principalmente, nos desafios de governança e regulação. Acho que essa é uma dimensão estratégica porque diz respeito a como a sociedade se organiza para impulsionar o desenvolvimento e enfrentar as externalidades negativas que essas tecnologias podem trazer. Hoje, o mundo inteiro se depara com essa discussão. Internacionalmente, existem vários fóruns discutindo os aspectos de governança. Temos a discussão em torno do Global Digital Compact e esperamos que não tenha um desfecho desidratado, mas que consiga enfrentar questões importantes. Temos o Summit of the Future, que deve ser um momento importante. Estamos às vésperas da renovação do mandato da Cúpula Mundial para a Sociedade da Informação, que também traz elementos fundamentais sobre a governança. O Comitê Gestor da Internet realizou, em abril de 2023, o NET Mundial +10, um evento no qual reunimos a comunidade que está debatendo os temas digitais de forma multissetorial, em São Paulo, para discutir exatamente esses desafios. Hoje, têm duas questões que nós precisaríamos enfrentar do ponto de vista dessa governança. A primeira é compreender que os países precisam ter autonomia para definir suas escolhas, não só em termos de infraestrutura, mas também nos aspectos regulatórios e de governança, porque há uma assimetria e uma diferença imensa entre os países. Por outro lado, essas dimensões regulatórias de governanças nacionais precisam ter padrões de interoperabilidade mínimos com os desafios globais. Como definir um rol mínimo de princípios que deveriam ser observados pelos países para garantir uma interoperabilidade em termos de governança e regulação? Esse é um desafio importante. Na dimensão internacional, nós estabelecemos um melhor mecanismo de equilíbrio entre o modelo multissetorial, porque os desafios do tema digital e da transformação digital não serão devidamente enfrentados se apenas um setor assumir a responsabilidade de enfrentá-lo. Então, só o setor governamental não vai conseguir enfrentar na profundidade e na dimensão das complexidades que essa questão tem. Por isso, a participação das comunidades científico-tecnológica, do terceiro setor e do setor privado é fundamental. Como esse desenho de governança multissetorial dialoga de uma maneira mais qualificada e relevante com os espaços multilaterais? O que nós temos visto, hoje, é uma tendência internacional de fortalecimento, que é correto, dos espaços multilaterais de tomada de decisão sobre os temas digitais. No entanto, esses espaços multilaterais não podem excluir a participação multissetorial. Este equilíbrio entre participação multissetorial e multilateral precisa ser revista.

Um outro desafio é como nós compreendemos esse ambiente digital como algo que é abrangente e não pode ser fragmentado. Nós não podemos cair no erro de achar que o debate de regulação e governança principalmente desses temas precisa ser tratado em caixas separadas, a internet de um lado, o digital do outro, e a inteligência artificial em uma outra dimensão e talvez governança de dados em outra. Há uma tendência à fragmentação desse debate. O problema é que essas quatro dimensões – internet, governança de dados, digital e inteligência artificial – não são coisas separadas, pelo contrário, elas só existem de forma interligada e, portanto, fragmentar os espaços de governança dessas questões pode trazer riscos do ponto de vista da coerência da tomada de decisões, de possibilidade de enfrentar os riscos adequados e extrair as potencialidades. Esse é um debate que também acaba se refletindo em nível local, porque nós também precisamos olhar os países, e, no Brasil, nós estamos passando por essa discussão, de como construímos espaços convergentes numa arquitetura institucional convergente para fazer a regulação e governança dos temas digitais. São esses alguns dos desafios.

Marcelo Lacerda



Diretor de Relações
Governamentais do
Google Brasil.

Eu sou diretor de Relações Governamentais do Google no Brasil, e, por isso, vou calcar minha fala no relacionamento que temos com o governo brasileiro, que, basicamente, é baseado em dois pilares. Primeiro, o pilar do respeito às regras, às leis, às ordens judiciais e ao processo legislativo. O segundo pilar é o da cooperação. O Google tem uma presença significativa no Brasil e acreditamos que é através da cooperação com o governo, com a sociedade, que vamos poder trazer mais informação de qualidade e tecnologia para o desenvolvimento do país.

Já tem 18 anos que o Google chegou ao Brasil. Nós começamos por Belo Horizonte, que é onde temos o nosso centro de engenharia. Aliás, é o único centro de engenharia do Google na América Latina. Fora isso, também temos a Operação Grande em São Paulo, que é a nossa sede. Lá, temos dois escritórios, um totalmente voltado para os times de engenharia de *cloud*, a nossa sede, e temos também o Google Campus, que foi criado há oito anos, um espaço voltado para apoiar o ecossistema de *startups* brasileiro. Durante esses oito anos, já tivemos o prazer de apoiar mais de 350 *startups* e várias delas acabaram vi-

rando nossos “unicórnios”, como o Quinto andar e Nubank. Há também a parte de infraestrutura. Hoje, o Brasil conta com quatro cabos submarinos que foram construídos pelo Google, ligando o Brasil aos Estados Unidos e o Brasil ao resto da América Latina. Então, é impossível pensar que com uma presença dessa, a empresa não vá cumprir com regras locais. É a mesma coisa quando falamos do processo legislativo. O Google nunca foi contra nenhum tipo de regulação. O que pleiteamos é poder participar do processo legislativo, de todas as regulações que estamos discutindo, e que a sociedade brasileira entenda que elas precisam ser discutidas e aprovadas. Nós também entendemos que temos o nosso dever de poder participar desse debate, trazendo a nossa opinião, a nossa perspectiva.

O pilar da cooperação, que é super importante, dialoga com a questão da transformação digital, tão relevante para o nosso país, e que está baseada em alguns desafios e várias oportunidades que vemos. Eu vou exemplificar esses desafios e oportunidades de ações que fizemos junto com o governo nesses últimos seis meses. Um desafio muito sério, e que levamos com bastante seriedade dentro do Google, é a desinformação. Recentemente, tivemos a oportunidade de aderir ao programa de combate à desinformação do Supremo Tribunal Federal (STF). A questão da desinformação, infelizmente, não tem uma bala de prata e só vai ser resolvida com um trabalho multissetorial. Junto com outras empresas do setor, nós aderimos a esse programa, cujo objetivo é poder apoiá-lo com ações de educação midiática, que entendemos ser uma parte importante para trabalhar. Por isso, desde 2019, apoiamos o programa EducaMídia, que talvez seja a maior iniciativa de educação midiática no Brasil. Já doamos mais de R\$ 9 milhões para esse programa, tocado pelo Instituto Palavra Aberta, que cria programas e treina professores e alunos para que tenham uma relação mais construtiva e um melhor entendimento daquela informação que eles recebem, seja *on-line* ou *off-line*. Ainda no campo do desafio do combate à desinformação, também assinamos um *memorandum* de entendimento com a Advocacia-Geral da União (AGU), também junto com outras empresas dos setores para combater a questão da desinformação, no que diz respeito às enchentes no Rio Grande do Sul. Isso também é muito importante para nós e já estamos trabalhando internamente, por meio dos nossos produtos, para combater esse fenômeno mais específico. Hoje, quando se faz

alguma busca relacionada às enchentes, já tem um carrossel com as últimas notícias de veículos jornalísticos sobre o tema. Um outro desafio que temos, e que também estamos trabalhando junto com o governo, é a questão da segurança pública. O Ministério da Justiça lançou, em 2023, o aplicativo Celular Seguro, depois de conversarmos bastante com o Ministério Público – trouxemos o pessoal de engenharia da Califórnia para conversar e entender o que o governo estava implantando. Nós também lançamos novas funcionalidades para os celulares Android – nosso sistema operacional –, que é um complemento às ações do Ministério da Justiça, e são funcionalidades que identificam, por exemplo, quando tem uma movimentação muito brusca no celular, fazendo com que ele trave automaticamente.

Ao falar das oportunidades, nós também temos várias oportunidades de transformação digital no relacionamento com o governo. A primeira delas é a de capacitação. Este ano, nós anunciamos a doação de 38 mil bolsas de certificados profissionais do Google para a Escola Nacional de Administração Pública (Enap). São seis cursos que possuem certificações profissionais, desenvolvidos pelo Google, na Califórnia, e que estamos trazendo para o Brasil. Entre eles, temos um curso de fundamentos da inteligência artificial e um outro de cibersegurança, que acreditamos que precisa ser melhor debatido no Brasil. Essa é uma outra oportunidade que é o de acesso à informação e nos orgulhamos muito dessa parceria.

Junto com a ministra Nísia Trindade, do Ministério das Saúde, nós atualizamos os dados de 40 mil unidades básicas de saúde (UBS), como localização, horário de funcionamento, telefone de contato, o tipo de prestação de serviço que se tem nessas UBS e o tipo de vacina que está disponível nelas. Nós atualizamos esse cadastro e, hoje, quando se busca ou usa-se o mapa do Google por unidade básica perto, ele apresenta um mapa com as informações atualizadas para que a população possa ter acesso mais fácil e informação de qualidade desse serviço. Ainda no campo das oportunidades, temos o acesso à História e à cultura brasileira. Uma coisa que orgulha bastante o Google é que, no começo de 2024, em função do aniversário dos 200 anos do Senado, nós lançamos a visita virtual do Senado. Antes, nós só tínhamos da Câmara dos Deputados e, agora, qualquer cidadão do mundo pode conhecer o Congresso brasileiro virtualmente. Nós também digitalizamos todas as obras de artes que fazem parte do acervo do Senado.

Por último, é impossível não falar, hoje, de inteligência artificial. A inteligência artificial sintetiza tudo que eu falei sobre o nosso relacionamento com o governo. Eu respeito as regras que estão sendo discutidas no Congresso, que, por sua vez, puxa a questão da nossa participação no debate. Nós participamos de outros debates de regulações do Brasil, como o Marco Civil da Internet, ou a Lei Geral de Proteção de Dados Pesso-

ais (LGPD), além de contribuirmos com o senador Eduardo Gomes e os membros da Comissão Especial com a nossa visão em relação a essa regulação. É importante lembrar que essa inteligência artificial moderna que estamos discutindo não é um mero avanço tecnológico. Na verdade, este avanço vai trazer outras inovações. Não é uma ferramenta em si e o debate sobre esse avanço tecnológico tem que levar em consideração outros setores também. Também temos que considerar os riscos e a legislação que está sendo discutida tem essa abordagem, mas também tem que trazer as oportunidades, porque a inteligência artificial é uma ferramenta que vai fazer com que o progresso do nosso país aconteça de uma forma muito mais rápida.

Flávio Ferreira de Lara Resende



Membro do Conselho
Consultivo da Agência
Nacional de
Telecomunicações.

Eu sou presidente da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) tem quatro mil associados e é a segunda maior associação do mundo, depois só da National Association of Broadcasters (NAB), e representa 3.700 rádios e quase 250 televisões. Nós estamos em uma era em que a tecnologia, sempre disruptiva, está impulsionando mudanças profundas em todos os setores da sociedade e da economia global. A transformação digital é uma necessidade estratégica para as organizações empresariais que pretendem não apenas sobreviver, mas prosperar em um mundo cada vez mais digitalizado. Não há dúvidas de que o ciclo de inovação tem se reduzido e os impactos dessa transformação são sentidos em todas as esferas, sejam de natureza social, econômica ou política. A economia digital sofreu um avanço sistemático após o covid-19 e diversos modelos de negócio tiveram ampla expansão devido aos novos hábitos de consumo da população. É um caminho de mão única. Nos modelos de negócio regulados, temos ainda a dificuldade de equilibrar a preservação da inovação, que impulsiona, cria e aprimora novos produtos e serviços, com o mercado competitivo, que deve ter regras modernas e claras

que permitam a equidade na concorrência e que não prejudiquem outros modelos de negócios relevantes.

Falo por experiência, como presidente de uma associação que representa o segmento da radiodifusão, que e quando se fala em transformação digital, não podemos deixar de tratar de uma coisa muito importante que é o anonimato na internet. Um dos principais pilares da democracia é a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa e a construção brasileira veda o anonimato. O uso de perfis falsos nas mídias sociais com absoluto anonimato merece especial atenção no debate sobre os riscos que causam ao ecossistema digital. Na maioria das vezes, essa tática criminosa tem grande influência na produção de desinformação, atividades ilegais e manipulação da opinião pública *on-line*. Segundo dados de relatórios sobre violações na liberdade de expressão produzidas anualmente pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (Abert). Em 2023, a imprensa brasileira sofreu 2.900 agressões por dia ou dois ataques por minuto nas redes sociais. Nós assinamos com o Supremo Tribunal Federal (STF) um documento de intenção de uma campanha contra as *fake news*, que se chama “Não Acuse Sem Checar. Não Espalhe Fake News” e o ministro Barroso disse uma coisa muito interessante: “A mentira seduz muito mais do que a verdade”. Então, é fundamental que possamos combater, e isto não depende só da regulação, que é fundamental. Nós temos, no Brasil, diferentemente de outros países, os três Poderes – Legislativo, Judiciário e Executivo – unidos na vontade dessa regulação, que é fundamental.

A gradual mudança de hábitos de consumo de vídeo pelos usuários foi determinante para a disponibilização dos conteúdos das emissoras na internet. Hoje, há um grande número de coisas que são todos os dias veiculadas na internet, mas, principalmente, o que mais é veiculado ali são os conteúdos produzidos pelas rádios e pelos jornais, de maneira complementar ao serviço de radiodifusão, especialmente no Brasil, um país de grandes dimensões. Essa é uma realidade imposta pela convergência tecnológica com o desenvolvimento de novos modelos de negócio que, a longo prazo, terá impacto na própria sustentabilidade do modelo de radiodifusão aberto, livre e gratuito para a população. A próxima geração de televisão, por exemplo, chamada de TV

3.0, pretende trazer uma experiência totalmente nova para seus usuários, com a integração do *broadcasting* com a internet, com o conhecimento do usuário e a arquitetura baseada em aplicativos. Esse movimento exige investimentos massivos em tecnologia pelas emissoras e é de enorme montante. Além de todo esse investimento em tecnologia, as emissoras ainda não podem deixar de lado o seu principal ativo, o conteúdo de qualidade nacional feito por brasileiros e para brasileiros, desde obras jornalísticas às produções de entretenimento. Temas, portanto, como convergência tecnológica, integração de negócios, acompanhamento de hábitos de consumo, mercado de atenção, combate à desinformação e inteligência artificial fazem parte da agenda global de nosso segmento.

A inteligência artificial pode trazer benefícios, mas pode trazer riscos. Em uma audiência pública no Congresso Nacional, a Abert, a Associação Nacional de Jornais (ANJ) e a Associação Nacional de Editores de Revistas (Aner) deixaram uma preocupação enorme com relação às eleições de 2024. Nós não temos ainda uma regulação e ter inteligência artificial e anonimato é uma preocupação constante dos veículos de comunicação. Imaginem, por exemplo, na véspera da eleição, pode ter vídeo de um candidato dizendo que, por motivos familiares, foi obrigado a desistir da candidatura e apoiar outro candidato. Isso é um estrago de proporções catastróficas. Ninguém faz ideia do que pode acontecer.

A Abert tem realizado seminários para discutir esses assuntos de transformação digital. Já fizemos em Portugal, no Brasil, com todos os países da América do Sul e na Espanha. Recentemente, fizemos nos Estados Unidos, em Washington, com o apoio do Congresso Americano e da NAB, e nós temos os mesmos problemas. Os problemas que o Brasil tem são os problemas que têm os Estados Unidos e os países europeus. Então, é muito importante que haja essa troca de ideias, essa discussão.

Por último, é muito importante que haja uma regulação que, sem dúvida alguma, tem que passar pela discussão e pelo diálogo de todos os envolvidos nesse sistema que é tão grande e tão importante para o Brasil. A tecnologia veio para ficar e, a cada dia, é mais importante e todos os segmentos precisam se adaptar a esse avanço rápido da tecnologia.

Denísio Liberato



Presidente da BB Asset.

Eu vou dar uma dimensão mais econômica e financeira, pois sou presidente da BB Asset Management, que é uma gestora de recursos. Ela é a maior gestora de recursos da América Latina e acabamos de atingir um trilhão de reais e setecentos bilhões sob gestão. O desafio é fazer com que este recurso seja muito bem remunerado e da melhor forma possível. Como a inteligência artificial, a transformação digital e esse mundo de informações nos apoia?

Fazer gestão de recursos é tentar adivinhar o futuro. Por exemplo, eu vou comprar ação de uma empresa, se eu tenho a perspectiva de que a ação daquela empresa vai subir no futuro para comprar barato, à medida que subir, eu venho do caro e faço esse lucro. Para ter a sensação se vai subir ou não, eu tenho que acompanhar as notícias relacionadas à empresa ou a determinado segmento. Notícias positivas geram expectativa futura de uma maior receita daquela empresa, consequentemente, um maior lucro, e o preço da ação é o dividendo do futuro pago trazido ao valor de hoje. As notícias negativas, por outro lado, tendem a derrubar a ação. O desafio é separar o que a gente chama de sinal de ruído. Como eu separo

o que é uma notícia boa, crível, verdadeira, positiva sobre uma companhia ou um país, à medida que se compra um título de um governo, que vai me fazer performar bem, ganhar dinheiro, do que é ruído, mentira, *fake news*, do que pode ser uma informação relacionada a uma determinada companhia, que não vai me produzir resultado no futuro? Como fazemos isso no dia a dia? Utilizando, por exemplo, dentro de uma ampla gama de alternativas, na BB Asset, nós gostamos muito dos chamados fundos quantitativos. O que é isso? É usar a boa teoria econômica com a estatística. Quando se mistura a economia com a estatística, chama-se de econometria. É ficar muito dependente de boas fontes de dados e não atentar muito para a notícia, porque o noticiário, às vezes, mais polui do que ajuda para a gestão de recursos. Ao focar em fundos quantitativos, por exemplo, nós limpamos vieses, tendências e questões mais subjetivas. Então, é assim que a inteligência artificial nos ajuda no dia a dia.

Até pouco tempo atrás, uma empresa divulgava um resultado trimestral em um relatório de mais ou menos 100 páginas e o analista tinha que baixar o pdf e gastar um tempo para ler aquele relatório, o que demandava algumas horas. A partir disso, ia decidir se o resultado da empresa veio positivo, negativo, em linha com o que se esperava e quais foram os pontos positivos e os pontos negativos. Hoje, a inteligência artificial lê esse relatório em alguns segundos e consegue dar um extrato de se o número foi positivo ou negativo. Isso também é válido para a leitura do Banco Central, que divulga sua ata, resumindo o que foi a tomada de decisão, se o juro vai ser mantido ou não, quais são as perspectivas futuras para a taxa de juros. Isso também é feito e comparado em segundos. Então, a capacidade de processamento de dados, que é a gestão de recursos, ou seja, processar esse conjunto de informações que é colocado à mesa o tempo inteiro, todo dia, de forma global, a serviços dos nossos clientes, para fazer a melhor gestão de recursos.

Nesse sentido, as *big techs* são, hoje, as empresas que têm o maior valor de mercado do mundo. Apple, Microsoft e Nvidia, de forma individual, valem mais de 3 trilhões de dólares. Isso é mais do que 50% da riqueza gerada no Brasil no ano. Essas empresas valem mais que a produção de riqueza do país, que o Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, por exemplo. Grande parte disso em função da capacidade que essas compa-

nhas têm de crescer no tempo e no poder de mercado global. Tudo o que queremos, do ponto de vista de gestão de recursos, é ter alocação em companhias que ganham, cada vez mais, participação de mercado, ampliem a sua receita, tenham um lucro chamado lucro econômico normal, na medida em que inovam e produzem uma receita de serviços que é basicamente replicável, com dificuldade de barreira entrada, é difícil copiar o que cada uma delas faz. A Nvidia, por exemplo, tem, nos últimos dois anos, em cada ano, subiu mais de 200%, por ser a grande líder em provisão de serviços, de condutores, semicondutores, para a inteligência artificial. Google e Amazon valem mais de 2 trilhões de dólares e são empresas que têm uma posição também superior ao PIB brasileiro. A Tesla, por exemplo, vende um pouco menos de um milhão de automóveis, mas a perspectiva da eletrificação, da economia, de cada vez maior utilização de carros elétricos, faz com que a perspectiva futuro de ganho seja muito melhor precificada, do que, por exemplo, empresas consolidadas, como Ford e GM, que vendem muito mais carros, mas vendem aqueles automóveis a combustão que estão ficando para trás. O mercado financeiro lida muito com o futuro, por isso essa interface o tempo inteiro, com o fluxo de informações e é importante saber separar sinal de ruído.

Como isso entra no nosso dia a dia? Aumentando a produtividade e a capacidade de interpretar informações e normas. Do ponto de vista de regulação, ficar atento, por exemplo, como será a regulação europeia, como limita-se o poder de mercado dessas grandes *big techs*, como isso vai impactar a receita futura e os preços, se eu me posiciono mais ou menos, se tomo uma posição de compra nesse papel que ainda tem potencial de subir, ou se eu tomo uma posição vendida, partindo do pressuposto, que será uma regulação muito rígida e severa sobre essas companhias, de tal forma que o poder de mercado vai cair, consequentemente receita e lucro futuro cairão. Eu tomaria uma posição vendida para apostar na queda de uma companhia dessa e assim poder fazer resultado. Então, é assim que lidamos e enxergamos essa posição da transformação digital no mundo dos recursos.

O sistema bancário brasileiro é muito avançado em tecnologia por conta do alto período inflacionário brasileiro. O sistema bancário brasileiro se profissionalizou e se modernizou bastante. Hoje, quase todo e qualquer tipo de transação pode ser feita pelo *mobile*. Antigamente, era uma vantagem competitiva ter uma rede de agências, com grande capilaridade. Agora, isso passou a ser um fardo, na medida em que a sociedade brasileira faz praticamente 90% das suas transações bancárias pelo *mobile*. O Brasil tem sido proeminente no lançamento de *fintechs*, sendo que um é genuinamente brasileira já alcançando o maior valor de mercado da América Latina.

Sérgio Alves



Advogado.

Eu sou advogado, trabalho com tecnologia e regulação há muitos anos, e na administração também. Eu vou falar da Associação Latino-Americana de Internet (ALAI). A ALAI integra empresas, como Google, Meta, TikTok, Mercado Livre, Hotmart e Quinto Andar. Estes últimos são dois gigantes campeões nacionais. Estas empresas precisam atuar no Brasil e em mais de um país. Então, nossos membros atuam em mais de um país da região. Assim, nós monitoramos alguns números de projetos de lei sobre temas, como inteligência artificial. No Brasil, na Câmara dos Deputados, nós tínhamos 135 projetos de lei sobre inteligência artificial, e 21 no Senado. Nós temos um projeto âncora, como marco regulatório, mas só na Assembleia Legislativa de São Paulo tinham 50 projetos. O senador Eduardo Gomes fala que o Congresso acerta ao aprovar leis boas, mas acerta ainda mais quando não aprova leis ruins. As empresas de tecnologia têm contribuído muito com esse debate público, nas interações com o Congresso, seja no tema de moderação de conteúdo, de eleições e de antitruste.

A ALAI produziu uma pesquisa que tem um impacto muito grande na visão estratégica que temos de transformação

digital para o país. O texto fala em empresas que são detentores de poder de controle de acesso essencial, aquilo que outros chamam de *gatekeepers*. Nós medimos isso porque os parâmetros que o projeto de lei traz são um início de debate, mas não podem estar completos. O número que nós chegamos é de 252 empresas brasileiras de 24 setores diferentes que seriam *gatekeepers*. Só no varejo, identificamos 75 empresas. Esse desafio é teórico, sobre como modelar o ambiente concorrencial brasileiro de um modo mais maduro. A redação que nós temos hoje, pode não funcionar como um habilitador do Brasil como concorrente em economia em diversos outros setores. Nós temos 75 empresas no varejo, 24 em entrega, 24 em transporte, e 22 são empresas de setores mais variados. Muitas delas são brasileiras porque o parâmetro de faturamento que tem colocado é um *proxy* ainda que precisa de outras fontes para alcançar um objetivo de política pública que seja de promoção da economia brasileira.

Em 2024, boa parte do mundo está envolvido em processos eleitorais. O Brasil, em 2023, estava, como vários países, cauteloso e curioso de como aconteceriam esses processos eleitorais. O Brasil, no segundo semestre, e os Estados Unidos, são dois países-chave que terão eleições, mas, ao longo deste ano, já tivemos eleições na Índia, no México e na França. Isso é fruto, certamente, do amadurecimento computacional, das técnicas institucionais e das novas ferramentas de checagem. Se olharmos para as técnicas de moderação de conteúdo há oito anos *versus* as técnicas que têm hoje, as plataformas e as empresas para moderação de conteúdo e para identificação de desinformação, os números são três vezes maiores. Hoje, 90% do conteúdo já é identificado antes e nem vai para a plataforma antes de nós termos, como usuários, contato com ela. Logo, existe uma evolução tecnológica, institucional, acadêmica e teórica, que tem contribuído também para essa matéria. Isso, em parte, espelha também parte das contribuições que levamos ao Executivo, ao Comitê Gestor da Internet (CGI,) à sociedade, sobre temas de moderação. Há um projeto de lei (PL) muito famoso, que é o PL nº 2630, sobre moderação de conteúdo. Nós temos um histórico bastante desafiador, mas, em pelo menos duas ocasiões, ele esteve muito próximo de ser aprovado. Parte da dificuldade que tivemos com o encaminhamento daquele texto, na leitura da ALAI, é que era um texto que tinha muitos temas e que não oferecia, necessariamente, os encaminhamentos para resolver o problema de moderação e de

desinformação. Então, ele começou a puxar outros temas quase não conexos para a sua redação, e isso, talvez, tenha atrasado uma parte de sua tramitação.

Esses são alguns dos temas que nós, como ALAI, contribuímos no Brasil, e fazemos isso na América Latina inteira. Nós contribuímos igualmente com os nossos países vizinhos. É verdade que o que acontece em regulação, em legislação brasileira chama a atenção dos outros países e a indústria sempre estará disponível para contribuir com a administração e com a sociedade, para que tenhamos, sim, um ambiente digital mais pujante, como promotor de direitos humanos, e que impulse o Brasil em um ambiente competitivo como um todo.

Andrea Marighetto



Advogado e professor da
Unione Nazionale Avvocati
per la Mediazione e da
Libera Università
Internazionale degli Studi
Sociali.

Este painel traz uma discussão sobre temáticas atuais e extremamente importantes. Eu estive no Brasil em 2007, quando conheci a professora Laura por uma pesquisa específica sobre proteção dos consumidores, pois há uma lógica meio comparatística entre o que tinha na Europa e o que tinha no Brasil, ou seja, uma rede de proteção aos consumidores, que fosse digital. Hoje, o Brasil tem uma plataforma de proteção aos consumidores que é considerada uma das melhores do mundo, com um instrumento digital que tem mais de 4, 5 milhões de acessos de consumidores em plataformas digitais, enquanto a Europa ainda está em 2007. Isso é um avanço que eu quero evidenciar para dizer que, substancialmente, a transformação digital é muito rápida e impactante e o que nós estamos discutindo hoje, pode ser diferente do que vamos discutir amanhã.

Eu vou fazer uma provocação em relação ao que essa transformação digital nos vai trazer. Eu quero tratar o que poderiam ser os desafios, porque, realmente, com a criação de computadores quânticos, nós vamos assistir a uma aceleração dos cálculos matemáticos que refletem, na verdade, nos instru-

mentos que temos e que consideramos serem os meios através dos quais a transformação digital nos projeta um tipo de vida muito mais rápida, mais completa e mais satisfatória. Nós estamos com o celular na mão, damos um clique, vamos colocar uma foto no meio, e isso nos projeta no mundo inteiro na troca de informações, dados e até julgamentos pessoais no que nós estamos querendo interpretar e no que estamos vivendo nesse momento. Tudo isso, na verdade, necessita ser entendido e adaptado a um paradigma, que é, no meu modo de ver, por ser um justo privatista, no contrato. Toda essa atividade nada mais é que uma execução de vários contratos. Miguel Reale falava que na nova fase do mundo, tudo é contrato, contrato consumidor. Tudo é uma atividade através da qual nós vivemos hoje. Isso, projetado dentro da transformação digital, será alguma coisa ainda mais impactante, maior e mais rápida. Nós precisamos ter instrumentos que, de qualquer forma, concretizem uma forma de proteção, de adequação a esses novos paradigmas.

A transformação digital já está correndo. Não estamos nos dando conta, mas a existência dos contratos chamados inteligentes já uma realidade. Hoje, com a presença desse tipo de contrato, aparentemente muito mais facilitador, entendemos que são inseridas diferentes formas de autonomia e de automatismo, que podem impactar a defesa dos direitos da pessoa. Me refiro, por exemplo, a grandes empresas que utilizam os contratos inteligentes para garantir os pagamentos. Os contratos fundamentalmente inteligentes são aqueles que se baseiam naquela ideia do *blockchain*, que permite, substancialmente, uma estrutura condicional. Quando acontece um determinado evento, o contrato está programado para liberar determinados efeitos. Se entra o pagamento, a mercadoria ou vai sair ou o serviço vai ser promovido para o mundo inteiro. É o sonho de todo mundo. O ministro Ricardo Villas Bôas Cueva uma vez comentou que um ex-presidente do Banco Central dos Estados Unidos, que era uma pessoa que tinha recursos, por um determinado tipo de convergência, estava no meio do deserto da Califórnia, a internet não pegava, e ele tinha que fazer o pagamento do carro, mas não conseguiu porque não tinha internet, e a locadora bloqueou o carro. Então, ele se encontrou no meio do deserto sem o carro porque o contrato não o permitiu usufruir daquele serviço. Logo, tem muito entusiasmo e tem que ter, porque, efetivamente, a transformação digital vai mudar a vida de todos nós. O Elon

Musk comentou, mais de uma vez, que nós temos que pensar em questões sociais para o futuro, porque vamos perder vários postos de trabalho. Eu acho que, na verdade, vai ter modificação, assim como no passado tivemos desenvolvimento que nos levaram a uma mudança, a um aperfeiçoamento de determinado modelo de trabalho. Isso vai acontecer também com a inteligência artificial. Vão ficar mais inteligentes? Eu espero que sim, mas nós temos o desafio de alinhar os paradigmas, porque temos sistemas de regulatório de direitos que são antigos.

O contrato nasce de uma regulamentação antiga. Nós somos da época dos romanos, que tiveram evolução, e não muda. Se hoje nós olharmos o Código Civil, mesmo que seja, hoje, em um projeto de reforma, de atualização, permanece com aquelas “institutas” que nós encontramos há muito tempo. Só que temos um avanço tecnológico que provavelmente vai avançar muito mais. Por exemplo, nesse modelo de contratos inteligentes, onde nós temos aquele sinalagma pelo qual há uma prestação, o pagamento corresponde a uma execução contratual dentro de uma linguagem que não permite espaço, alguns mecanismos que são tradicionais. Me refiro, por exemplo, ao caso, ao caso da boa-fé. Como podemos explicar o conceito da boa-fé a uma máquina? Nós temos instrumentos, que estão muito mais para frente do que nós, hoje, já estamos fazendo. Onde fica aquela segurança que nos levou até hoje? Onde nós podemos dizer máquina, inteligência artificial, vai para frente, resolve a vida da gente, mas lembra que tem que resolver a nossa vida, não tem que se substituir a nossa vida?

Federico Faggin é um físico e engenheiro italiano-americano considerado o pai do *microchip*. Hoje, ele também viaja compartilhando essas preocupações e diz que tem uma diferença entre a inteligência artificial, que é, de fato, o completamento desse caminho de transformação digital que nos acompanha faz tempo. Ele diz que nós temos que lembrar que tem uma diferença substancial entre o que será a digitalização das relações do futuro e o homem, que é a consciência, o livre-arbítrio, coisas que a máquina, mesmo através de um computador quântico, nunca estará na posição, ou pelo menos isso se espera, de substituir. Tudo o que está acontecendo tem que ser instrumental para que, na verdade, seja tutelada a pessoa, que não é banal, não é retórico, tanto é que a última diretiva europeia, que é a *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, coloca uma revolução copernicana em todo o conceito de responsabilização das atividades, porque ela comenta, substancialmente, que todas as atividades têm que ser feitas no respeito dos direitos fundamentais do homem e do meio ambiente. Então, não é retórica, mas é exatamente a preocupação que nós temos para frente em incrementar esse desafio e transformação digital.

MESA XXIX

29

MODERADOR - CARLOS HIGINO¹

TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

¹ Presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda.

Carlos Higino



Presidente do Conselho
Administrativo de
Recursos Fiscais do
Ministério da Fazenda.

O tema de tributação e desenvolvimento é instigante. Nós tivemos várias palestras ao longo do evento e vários dos que nos precederam colocaram que, muito além também do desenvolvimento via gasto, há um espaço muito grande de trabalhar também no aspecto de tributação. Eu faço uma provocação com um pouco do que o Celso Furtado, de quem gosto muito, falou, também com um pouco desse viés de economista, sobre desenvolvimento não ser só alguma coisa que diz respeito a questão de acumulação de técnicas para tornar a produtividade do conjunto da economia maior, mas também em um sentido de aumentar o grau de satisfação das necessidades humanas. Então, o desenvolvimento não só trabalha com a questão do crescimento econômico, mas com a inclusão das pessoas. Acho que é uma preocupação muito grande do nosso governo e temos tentado trabalhar muito nesse campo no âmbito também do aspecto tributário.

Anelize Lenzi Ruas de Almeida



Procuradora-geral
da Fazenda
Nacional do Brasil.

Desenvolvimento e tributação são os assuntos mais prementes do Brasil, do desenvolvimento do nosso país, e eu acho genial tratarmos a tributação do ponto de vista do desenvolvimento. Eu imagino que em Portugal também se tenha essa mesma trajetória de que a tributação era vista tradicionalmente como um instrumento de financiamento do Estado, das políticas públicas, de investimentos e da própria estrutura do Estado. De uns anos para cá, o direito tributário começa a ser encarado como uma mudança de paradigma e um instrumento do desenvolvimento. Junto ao Ministério da Fazenda, temos compartilhado os desafios de uma administração tributária mais moderna, que fale com o contribuinte, que não aplique a tributação nua e crua, mas que, realmente, encontre alternativas ao litígio e ao contencioso, desde o momento da confecção da lei, ou da proposta, da ideia da lei, até a sua aplicação e a cobrança daquele crédito tributário.

A tributação é usada para estimular ou desestimular comportamentos. Ela é usada como instrumento de desenvolvimento quando falamos, por exemplo, da concessão de um benefício fiscal para um determinado setor, para que

aquele benefício gere mais empregos e atividades econômicas. O ministro Fernando Haddad tem feito um grande debate no Brasil sobre a concessão dos benefícios fiscais, e está fazendo um pente fino nesses benefícios que foram concedidos ao longo do tempo, com a ideia de desenvolver um determinado setor ou região, gerar empregos, produzir e estimular uma atividade econômica diferente. A ideia é verificar, e está no relatório do Tribunal de Contas da União (TCU) da prestação de contas do presidente da República desse ano, se esses benefícios fiscais são realmente utilizados para aquele desenvolvimento, daquela região, para reduzir a desigualdade. É ver se chegou, realmente, em algum lugar aquela concessão daquele benefício ou se é concedido, eventualmente, em um acordo político, o que é absolutamente natural também dentro do Estado democrático. A sociedade precisa ter consciência dos benefícios que foram dados, para quem foi dado e qual é o estímulo que aquele benefício, que aquela atividade tributária, gera em determinada parte da sociedade. Isso é absolutamente relevante e urgente.

Tem uma perspectiva da tributação e desenvolvimento que me agrada muitíssimo, que é a da utilização da tributação para o desenvolvimento da igualdade social entre mulheres e homens. Obviamente, pode ser usada também sobre a perspectiva de raça, sobre a interseccionalidade social, mas eu gostaria de focar na perspectiva de gênero. As mulheres pagam, indiretamente, a maior parte da tributação sobre, por exemplo, produtos de higiene pessoal, porque, pelos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), hoje, 45% das famílias são chefiadas por mulheres, e estes números crescem a cada novo censo do IBGE. Essas mulheres chefes de família são aquelas que investem os seus recursos – o seu salário e a sua renda – na atividade de cuidar dos filhos, de uma pessoa idosa, de um doente. A tributação embutida em produtos de higiene pessoal, por exemplo, de recém-nascidos e de fraldas é uma tributação que passa despercebida quando se faz uma análise fria do direito. Quando se olha a tributação e como as mulheres, ou como cada parte da sociedade, inclusive com as suas diferenças regionais, pagam os seus tributos, vê-se que faz muito sentido ter que olhar o direito tributário também sobre a perspectiva de gênero. Quem paga os tributos dentro de uma casa?

Outro ponto muito interessante e que vem tanto dessa perspectiva de gênero, que na reforma tributária do consumo, da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 132, que foi super debatida e controversa, pela primeira vez, alguns desses conceitos de gênero foram trazidos à mesa do direito tributário, não dissociando o direito tributário com fato gerador, lei de incidência, fato gerador, hipótese e alíquota. Isso é o tradicional. Como que a tributação incide na vida de cada um de nós? Como ela pode colaborar ou prejudicar o desenvolvimento social de uma sociedade como um todo e de uma parcela relevante da sociedade, que são as mulheres? Acho que a reforma do consumo tem um caminho muito longo ainda dentro do Congresso Nacional, para que várias partes dela possam se encaixar e fazer mais sentido, mas, do nosso ponto de vista da Fazenda Nacional, nós defendemos fortemente a utilização dessa reforma do consumo como um instrumento de desenvolvimento, seja na redução de desigualdades sociais e de gênero e como um instrumento de redução de sonegação fiscal. O *split payment* é um instrumento novo, super complexo, que junta direito com a tecnologia, e pode ser usado, e vai ser usado, com a implementação *full* dessa reforma, como um instrumento de redução de sonegação fiscal, de redução de evasão de divisas, e reforçando o orçamento federal, a aplicação, o crédito ao contribuinte que tem direito àquele crédito, de forma ágil, e sendo utilizado, mais uma vez, como um instrumento do desenvolvimento.

Vasco Guimarães



Professor do Instituto
Universitário de
Lisboa.

A minha proposta é de análise dos dois polos da nossa discussão, desenvolvimento e tributação, tentando encontrar aquilo que eu chamo de uma metodologia de análise.

Eu vou começar pelo desenvolvimento. O que é desenvolvimento? Desenvolvimento é uma noção que tem uma elevada carga cultural. Para uma tribo africana que é autossuficiente, desenvolvimento é poder guardar as suas colheitas e garantir que tenha um ou dois anos de sobrevivência, independentemente de cheia, incêndio, guerra etc. Para uma classe média de Nova York, desenvolvimento é poder ir comer em certos restaurantes pagando uma fortuna, cerca de dez vezes o salário mínimo no Brasil. Portanto, o conceito de desenvolvimento é difuso e tem componente cultural. Eu arrisco a dar uma definição: desenvolvimento é um local onde as pessoas têm acesso a serviços e bens que permitem satisfazer as suas necessidades e esse acesso é sustentável e democrático. Assim, penso que estamos todos de acordo que desenvolvimento será isso, que tem componente cultural, mas está consensualizado como acesso a bens e serviços. Por que acesso a bens e serviços? Porque o

ser humano é dependente. O ser humano é o animal mais fraco na superfície da Terra. Tudo que nós fazemos é, pura e simplesmente, artifício da chamada inteligência, não artificial, mas movida pela necessidade de sobrevivência. Eu estive nas Nações Unidas em África e uma das coisas extraordinárias é ver um *bambi* (sic) que acaba de nascer e, passadas duas horas, está correndo atrás da mãe e, se sobreviver a essa noite, se não for comido por um felino, no dia seguinte, quando o felino atacar, ele vai acompanhar a mãe. Os nossos filhos e netos não têm qualquer capacidade de sobrevivência se a mãe não tomar conta. Portanto, o ser humano é infinitamente menos poderoso que qualquer animal da natureza. Nós somos, efetivamente, frágeis. O que, obviamente, nos faz ser mais espertos, porque temos instinto de sobrevivência.

O que é a tributação? Nós achamos que sabemos o que é a tributação, mas, na prática, tributação é agressão patrimonial. É assim porque a Constituição diz que é e porque é necessário, pois o Estado, que toma conta dos cidadãos, precisa de recursos que permitam, depois, a sua redistribuição. Com todos estes raciocínios, nós ficamos pacificados com nós próprios. Nós estamos agredindo um direito constitucional, mas é em nome de um bom princípio. Só que esse bem tem que ser um bem calibrado em função da capacidade contributiva, que nós já não usamos como critério para definir o orçamento do Estado pela pura e simples razão que são as necessidades públicas, não as das pessoas, que condicionam a feitura do orçamento. O que isso significa? Total divórcio entre o que se prevê no orçamento do Estado e as efetivas necessidades das pessoas. Eu proponho uma outra metodologia, que é dizer que se o instinto de sobrevivência é primário no ser humano, então todos nós temos direito a não estar no nível da sobrevivência. Por isso, a sociedade é organizada. Se eu vivo em uma sociedade organizada e tenho que roubar para comer, eu estou honrando o meu sentido de sobrevivência, não me peçam para ser bem-comportado. Se um pai sai de casa sem saber se dá de comer ao filho ao fim do dia, como pedir que ele não passe pela banca e não saque duas peças de fruta? Não posso pedir. É até crime, mas eu não tenho como dizer que isso é errado porque ele está sobrevivendo.

Quando o ser humano passa o nível da sobrevivência, entra aquilo que eu chamo de nível da segurança e nós queremos isso para nos sentirmos confortáveis. Eu não te-

nho que me preocupar com o meu dia a dia. Eu sei que vou ter comida e renda na conta bancária. Se acontecer um problema, eu tenho seguro saúde e vou viver a minha vida pensando em outras coisas boas, ou seja, eu vivo, efetivamente. Só que, na nossa sociedade, o nível da segurança é só de alguns, não é de todos. Há um terceiro nível acima desses, e tudo isto é metodológico, que eu chamo de nível da solidariedade. Quando eu tenho, efetivamente, a minha segurança garantida, eu posso ser solidário, porque já não afeta a minha segurança, não prejudica nem perturba o meu dia a dia e as minhas decisões não são tomadas em função da minha necessidade, mas em função de outros valores, como meus interesses, motivações, a minha educação, os meus afetos, as minhas orientações e o meu sentido de igualdade. Eu sou cidadão, mas só é verdadeiramente cidadão quem tem barriga cheia e não tem que se preocupar com o que alimenta o filho. Então, vamos tentar extrair disto para o tributário.

A capacidade contributiva seria estar acima do nível da sobrevivência. Se olharmos o mundo, chegamos a uma conclusão muito interessante: 20% da população mundial consomem 80% dos recursos mundiais. Nem sempre bem, pois desperdiça muito. Os outros 80% da população mundial vivem com os 20% remanescentes. Não necessariamente pior, pois depende em cada situação. Logo, quem está no nível da sobrevivência, dentro de um qualquer Estado democrático, não devia pagar um cêntimo de imposto, mesmo que o Estado ou o orçamento precisassem. Por que? Se ele está pagando imposto, ele está tirando proteína do filho, que vai ter deficiências no crescimento e não vai ter tanto aproveitamento na escola, porque não está se alimentado corretamente. Nós chegamos, então, ao financiamento, e o Estado precisa dele. O Estado redistribui rendimento e garante direitos sociais essenciais à vida em sociedade. No entanto, o Estado não devia poder agredir quem está na lógica da sobrevivência, e ninguém faz esta conta. Quantos milhões necessito para garantir a dívida? Quantos milhões necessito para garantir o funcionamento da máquina como tenho que garantir? Quanto custa a saúde? Quanto custa a educação? É nesta base que isso é feito, pois muitos se perguntam o que me interessa se o outro não tem o que comer. Assim, há um divórcio tecnocrático entre quem faz orçamento e prevê a necessidade do Estado e a realidade existencial das pessoas, mas não devia ser assim.

Assim, chegamos a uma outra situação, que é a da igualdade. A igualdade, vista na perspectiva estritamente jurídica, é essencial ao conceito de cidadania. Eu acredito que quem manda no mundo são as mulheres. Quando o mundo, de fato, fica mal, quem cuida é a mulher. O Brasil tem mais economistas que qualquer país no mundo. Por que? Uma dona de casa no Brasil, quando havia inflação, corria ao supermercado e comprava imediatamente, porque quando saísse do supermercado o preço já tinha mudado cerca de 1000% ao dia, logo são todas economistas. Elas não têm diploma, mas são economistas. Por isso, o Brasil consegue fazer equilíbrio social, ter classe mé-

dia e ter vida para além da extrema situação dentro da questão da sobrevivência e da segurança, que são a minoria. Isto tem que ter repercussão nos sistemas tributários e no planeamento orçamental, porque, se não tiver, nós estamos gerindo um monstro que não tem nenhuma condição e nem com comunicação com a realidade e estamos errando na metodologia que estamos empregando.

Tarsila Fernandes



Professora do Instituto
Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e
Pesquisa.

Quando pensamos em tributação e desenvolvimento, normalmente, olhamos o aspecto econômico. Ele é muito importante, mas eu vou trazer três perspectivas e o meu foco vai ser a reforma tributária do consumo. O que a reforma pode ajudar no desenvolvimento? A nossa Constituição Federal, em seu artigo 3º, tem como objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária. Nos incisos seguintes, e a partir deles eu divido essas três perspectivas, ela coloca que tem que garantir o desenvolvimento nacional, e há uma perspectiva mais econômica de ganho de produtividade. Depois, diz que tem que erradicar a pobreza, e se tem uma perspectiva mais social. Também diz que se tem que promover o bem de todos, sem discriminação. O corte que eu vou fazer é o de gênero.

No sentido econômico, o que a reforma tributária do consumo trouxe em termos de ganho de produtividade? Eu trago três características importantes. Primeiro, a ideia da reforma foi a simplificação de tributos. Quando unificamos, de fato, simplificamos. Nós temos o chamado Imposto sobre Valor Agregado (IVA) dual igual, porque temos a Contribuição sobre Bens e Serviços

(CBS) e o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), mas vão incidir sobre as mesmas bases econômicas, terão as mesmas regras e a potencialidade de unificação do contencioso. Então, isso é uma simplificação e um ganho de produtividade. Outro ponto importante: o creditamento amplo. Assim, tudo vai gerar direito a crédito, exceto bens de uso e consumo pessoal. Nós temos a possibilidade de acabar com uma enorme gama de litígio. O que dá direito a crédito? O que não dá? É crédito físico ou financeiro? Ele se integrou? É insumo essencial ou não? Tudo dá direito a crédito. Um terceiro ponto: a desoneração plena das exportações. Nós temos a possibilidade de concretizar o princípio da não exportação de tributos e ganhamos produtividade para a nossa indústria nacional. As projeções são do aumento de Produto Interno Bruto (PIB) de 10% a 15% nos próximos 10 anos. Elas são bastante otimistas. Recentemente, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) deu uma notícia de que a expectativa é que a indústria ganhe 112 bilhões de reais por ano com a reforma tributária. Ainda tem que vir a regulamentação, mas temos um arcabouço que vai permitir esse ganho de produtividade.

Agora, sobre a perspectiva social. Na agenda de desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU), os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 1, 2 e 10 lidam diretamente com o desenvolvimento sobre a perspectiva social. Nós temos um instrumento que tem a possibilidade de ser revolucionário e é pouco falado, é mais falado na academia e nas organizações não governamentais (ONGs), que é o *cashback*. O que é o *cashback* na reforma tributária? É a possibilidade de devolução personalizada do tributo pago para as camadas mais pobres. Em vez de termos aquela isenção a uma cesta básica ampla com isenção de vários produtos, teremos uma cesta básica restrita, possivelmente 15 produtos que vão ser isentos, e o restante vamos direcionar, devolver o tributo que foi pago para as famílias de baixa renda. Isso é revolucionário, porque lida diretamente com o princípio da capacidade contributiva. Se eu não tenho nenhum mínimo existencial, não tenho porquê pagar tributo. Hoje, a regulamentação pretende utilizar o cadastro único, e são famílias com renda *per capita* de até meio salário mínimo e temos a possibilidade também de devolução de até 100%. A regra é 20% da devolução do tributo pago. A professora Mary Elbe sugeriu devolver 100% para o cadastro único, que tem meio salário, porque não

tem capacidade contributiva e, talvez, para aqueles ampliar o *cashback* para uma renda um pouco maior, e devolver 20%, 60% ou 100%. Fala-se que meio salário mínimo é muito pouco. O que isso representa para a população brasileira? Um terço da população brasileira. Se fizermos o recorte de gênero e de raça, nesse um terço da população mais pobre, 57% são mulheres e 71% negros (pretos e pardos).

Sobre a perspectiva de igualdade de gênero, a ODS 5 lida diretamente com a desigualdade de gênero e a ODS 10 de desigualdade em geral. Nós temos que lembrar que a Constituição brasileira de 1988 foi a primeira a garantir a igualdade entre homens e mulheres. Eu acho que a reforma tributária tem um potencial também de avançar bastante nesse ponto. Nós temos duas normas mais principiológicas, a justiça tributária – o sistema tributário nacional agora tem como princípio expresso a justiça tributária – e diminuir a regressividade. O que é regressividade? Paga mais proporcionalmente quem ganha menos. Isso vai contra o ideário de justiça, contra o princípio da capacidade contributiva. Então, temos essas duas normas mais principiológicas no sistema tributário nacional e duas regras específicas também que lidam com a desigualdade entre homens e mulheres. A primeira é que nós saímos de um sistema que tinha possibilidade de concessão de isenções e regimes diferenciados por legislação. Agora, todos esses regimes diferenciados ou isenções têm que estar autorizados na Constituição, que autorizou a alíquota reduzida de 60, podendo chegar também a 100%, para os produtos de cuidados básicos e saúde menstrual. Isso está na reforma tributária. O que isso representa? Um décimo das meninas no mundo deixam de ir à escola porque não têm dinheiro para comprar absorvente. No Brasil, esse quadro é mais grave ainda, pois um quarto das meninas do Brasil deixam de ir à escola. Se isso não lida com o desenvolvimento, eu não sei mais o que pode lidar. Agora, nós temos a possibilidade de redução no Projeto de Lei Complementar (PLP). A regra está 60%, mas poderia também ser alterado para dar a isenção nos produtos destinados ao cuidado básico e à saúde menstrual.

Outra regra específica que a reforma tributária trouxe e lida com a questão da igualdade de gênero é a dos regimes diferenciados e benefícios fiscais. Eles serão objeto de avaliação quinquenal. Agora, a cada cinco anos, cada regime diferenciado de benefício fiscal será analisado sob o custo-benefício, para ver se ainda se justifica ou se precisa ser alterado. Esse custo-benefício também vai precisar levar em consideração a promoção da igualdade entre homens e mulheres. Nós temos a possibilidade, com essa previsão, de acabar com aquela discussão de que a norma é neutra do ponto de vista de gênero. Nós sabemos que não podemos, por conta da Constituição de 88, que previu a igualdade entre homens e mulheres, ter uma norma discriminatória explícita, que seria claramente inconstitucional, mas temos o que chamamos de vieses implícitos, normas que, apesar de não se destinar às mulheres, quando aplicada, afeta

de forma muito mais grave as mulheres e aumenta o fosso entre homens e mulheres. Então, ela não é neutra.

Eu sou bastante otimista quanto a esses pontos da reforma tributária, porque conseguimos atacar o desenvolvimento sobre três perspectivas. Nós só vamos conseguir construir uma sociedade livre, justa e solidária, quando olharmos esse aspecto social e igualitário. Não existe desenvolvimento sustentável com elevados graus de desigualdade. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) diz que os países mais ricos e mais desenvolvidos são os países menos desiguais. Então, caminhemos juntos com esse objetivo.

Gustavo Binenbojm



Advogado e professor
da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro

Eu vou partir de dois axiomas do mundo tributário, e justifico minha presença mais como um constitucionalista. Eu parto, de um lado, de um português, que foi e ainda é um grande pensador, o professor José Casalta Nabais, em seu livro chamado “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, no qual faz uma afirmativa que, hoje, é quase um lugar-comum. Ele diz que no regime capitalista, que privilegia a propriedade privada, só há Estado de Direito – e, mais ainda, um Estado Social – onde houver um dever fundamental dos cidadãos e das empresas de pagarem tributos. Um Estado Social, um Estado de Direito em geral, pressupõe a existência de um Estado Fiscal. Por outro lado – e esta é a ideia antinômica que eu vou procurar conciliar com a primeira – é conhecida a máxima do John Marshall, pronunciada em 1819, no julgamento do caso *McCulloch versus Maryland*, de que “o poder de tributar envolve o poder de destruir”. Na verdade, ele diz que esse poder de destruir pode derrotar e tornar inútil o poder de criar. Essas duas ideias são absolutamente complementares. O dever fundamental de pagar tributos é e deve ser sempre limitado pela Constituição e pelas leis, tanto do ponto de vista mate-

rial como do ponto de vista procedimental, com a proteção das liberdades básicas, do mínimo existencial, mas, por outro lado, é preciso que o Estado exista e funcione de maneira eficiente, porque um Estado ineficiente é um Estado descartável, e coloca em risco a própria continuidade democrática. A tributação, portanto, equilibrada e eficiente, depende da observância desses dois axiomas, e para que ela se aproxime de um ideal nunca alcançado de justiça fiscal, deve, de um lado, preservar direitos fundamentais, mas, por outro, e este é o ponto da minha fala, deve sempre permitir, no maior grau possível, a previsibilidade e a calculabilidade na distribuição das cargas tributárias ao longo do tempo. Isso faz com que nós cheguemos à minha primeira conclusão, em outras palavras, de que a tributação no Estado de Direito deve ter uma relação umbilicalmente associada à promoção da segurança jurídica. O meu corte será a ligação essencial, umbilical, que deve haver entre compromisso do Estado de tributar e exigir o cumprimento desse dever fundamental dos cidadãos de pagar tributos, como condição de possibilidade da existência do próprio sistema de direitos fundamentais e da democracia, mas, por outro lado, um compromisso também com segurança jurídica na criação e na execução orçamentária.

Eu destaco dois casos que, pela sua relevância e pelo seu caráter típico, paradigmático, demonstram a distância a que a tributação no Brasil ainda está desse ideal de justiça fiscal sob o ângulo da segurança jurídica. O primeiro caso é o que diz respeito a algo que o Supremo Tribunal Federal (STF) já pacificou, ou seja, as relações de trabalho no Brasil como objeto de incidência tributária. Estou me referindo especificamente às terceirizações e às chamadas “pejotizações”, como um tipo mais específico do gênero terceirização. Em 2005, ainda no primeiro mandato do presidente Lula, foi editada uma medida provisória (MP) que ficou conhecida como “MP do Bem”. Era uma medida bastante modesta do então presidente da República. Nessa MP, posteriormente convertida na Lei nº 11.196, de 2005, consta no seu artigo 129 uma norma legislativa que visava pacificar o problema existente na sociedade brasileira da contratação de serviços intelectuais por meio de pessoas jurídicas. Esse problema existe, tanto do ponto de vista trabalhista quanto depois, encerrado o contrato, muitos contratados ingressam na Justiça do Trabalho postulando reconhecimento de uma relação de emprego. As parcelas consequentes a isso, mas também como um problema

tributário, porque, durante muito tempo, foi e em parte ainda é o entendimento da Receita Federal no Brasil, de que, havendo materialmente uma relação de emprego, é possível que a fiscalização considere aquele contrato de prestação de serviços uma espécie de simulação, desnature aquela relação de uma relação contratual de prestação de serviços para uma relação de emprego, afastando-se, portanto, da tributação incidente sobre a prestação de serviços entre pessoas jurídicas e passando a incidir os tributos e as cargas previdenciárias próprias de uma relação de emprego. O artigo 129 desta lei de 2005, não poderia ser mais claro. Ele, em síntese, fala que, na prestação de serviços intelectual – e faz uma enumeração exemplificativa de serviços de natureza intelectual, serviços de natureza artística, cultural e científica –, ainda que a prestação seja personalíssima ou não, ainda que o sócio esteja envolvido ou não na prestação de serviço, obedecerão ao regime tributário próprio, para fins fiscais e previdenciários, das pessoas jurídicas. O legislador não poderia ter sido mais claro. O papel da fiscalização, dos tribunais administrativos que julgam esses casos, seria verificar a existência da hipótese de incidência. Se, materialmente, os fatos forem esses, o papel da fiscalização seria respeitar a opção por esse modelo de prestação de organização do trabalho entre pessoas jurídicas. Os setores envolvidos nesse modelo de prestação de serviços através de pessoas jurídicas foram ao STF e disseram que havia uma insegurança jurídica reinante nessa questão das terceirizações e das “pejotizações” que gerava custos transacionais para a sociedade brasileira, porque a máquina da Receita é posta em movimento, o Judiciário é chamado a resolver o caso e o STF precisava resolver isso. Como ele fez? Através da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 66, vencida por oito votos a dois – os dois votos vencidos, da ministra Rosa e do ministro Marco Aurélio Mello, originários da Justiça do Trabalho, já aposentados, ficaram vencidos, mas a maioria do STF proclamou, em tese, em caráter abstrato, com efeito vinculante, eficácia *erga omnes*, a constitucionalidade dessa norma do artigo 129 da Lei nº 11.196, de 2005.

É importante lembrar que, desde que esse modelo de controle foi reformado no Brasil com a Emenda Constitucional nº 3, as decisões em ações declaratórias de constitucionalidade vinculam não apenas o Judiciário, mas também a administração pública. Depois, mais recentemente, a própria Lei nº 9.784, de 1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, foi alterada nos seus artigos 64 A e B, para permitir o cabimento de reclamação contra a recalcitrância da administração pública em cumprir decisões vinculantes do STF. A reclamação é uma ação, um remédio direto, competência originária do STF. Esse dispositivo, declarado constitucional pelo STF, além de validar o modelo de “pejotização”, prevê, observado o artigo 50 do Código Civil, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando houver abuso de personalidade jurídica, ou seja, quando houver, de fato, uma fraude ou uma simulação, mas só prevê a desconsideração no âmbi-

to judicial. Então, se houver uma discussão relevante, terá que ser provado o abuso de personalidade jurídica no âmbito do Poder Judiciário. A verdade é que o STF, também no julgamento mais amplo das terceirizações, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324, proclamou a constitucionalidade da reforma trabalhista aprovada durante o governo Temer, para dizer que terceirizações, tanto de atividade meio como de atividade fim, são constitucionais, que a Constituição brasileira tem flexibilidade suficiente para abarcar esses modelos alternativos de prestação de serviço, que não envolvam apenas a relação de emprego, e não é possível insistir em uma situação como essa.

A discussão, no mérito, era uma discussão intrincada e difícil porque há situações em que, de fato, pode haver abusos. Se os serviços não forem intelectuais, se houver uma desequiparação, uma hipossuficiência clara, de um lado, mas, em geral, esses contratos, quando envolvem profissionais liberais muito bem remunerados, como jornalistas, artistas, médicos – e esse modelo se disseminou muito no Brasil, muitas vezes por preferência dos próprios profissionais –, eles têm que chegar a um ponto de se estabilizar, senão o sistema não fecha. Não é possível que a Receita Federal e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) não compreendam que houve uma decisão final e o STF, como em qualquer país que tem um tribunal constitucional, tem a prerrogativa de errar por último. Então, ainda que, ressaltando opiniões pessoais, é preciso, sobretudo depois da aprovação da Lei nº 13.655, no artigo 30, que diz que todos os órgãos, as autoridades públicas, administrativas, controladoras e judiciais, têm o dever jurídico de promover segurança jurídica no âmbito da sua própria atuação. Logo, é chegada a hora de os órgãos administrativos que exercem a jurisdição administrativa sobre a Receita e da Justiça do Trabalho, através do seu órgão máximo, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), adotarem anunciados que venham a dar generalidade e abstração a esse entendimento como uma condição para que a segurança jurídica impere nessa matéria até que haja uma alteração legislativa sobre isso ou uma eventual alteração da compreensão da jurisprudência do STF. No entanto, para que esse sistema funcione, é necessário que haja um conjunto de mecanismos institucionais que permitam a sua aplicação prática. Eu sou convencido de que há um dever fundamental de qualquer cidadão no Estado Democrático de Direito pagar tributos, mas também entendo que segurança jurídica é um valor fundamental sem o qual não existe apenas segurança, sem o qual não existe a própria Justiça Fiscal.

Heleno Taveira Torres



Professor da Universidade
de São Paulo.

Eu tenho trabalhado com os assuntos sobre tributação e desenvolvimento há muito tempo. O doutor Carlos Higino citou Celso Furtado e ninguém pode falar sobre desenvolvimento ou subdesenvolvimento na América Latina sem tratar dele. A grande perspectiva de Celso Furtado era, justamente, a tecnologia. Como a tecnologia, e isso sendo dito na década de 60, era um avanço enorme? Ela poderia propiciar a superação do subdesenvolvimento na América Latina e a Constituição brasileira tem uma vocação para o desenvolvimento. Ela cita 94 vezes a palavra desenvolvimento. Então, não é possível que eu não interprete o Direito brasileiro como orientado a um desenvolvimentismo. Eu sei que há linhas de economistas que deploram o desenvolvimentismo, mas, para o jurista, não há escolha. O desenvolvimento é um princípio constitucional, está citado no preâmbulo, estabelecido como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no artigo 3º. Ao lado de erradicar a pobreza e da concretização da erradicação da discriminação entre pessoas, está também aquele objetivo de garantir o desenvolvimento social e regional. Consequentemente, o desenvolvimentismo é parte integrante da

hermenêutica constitucional. Qualquer interpretação que contrarie uma vocação para o desenvolvimento deverá ser compreendida como uma regra inconstitucional, é um mínimo de proteção, é uma regra de bloqueio, portanto. Ainda que se diga que não tem conteúdo, que não diga o que é desenvolvimento ou em qual alcance, nós teremos várias hermenêuticas para tentar inibir o conceito, mas o mínimo é que a norma tributária não iniba o desenvolvimento.

Neste sentido, por muito tempo o direito constitucional adotou uma linha de competências, ou de interpretação das competências, sob uma teoria do professor Canotilho, de normas programáticas. Hoje, no constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, não há mais espaço para normas meramente programáticas ou aquelas que, eventualmente, não cheguem a um resultado específico. Por que? Os cidadãos terão sempre à disposição mecanismos para se proteger da omissão legislativa. A norma programática, no mínimo, deve ser observada quanto a uma inibição de algo que seja contrário ao seu conteúdo. Então, se o desenvolvimento tem que ser concretizado, é lógico que ele nos exige uma perspectiva de olhar para regras que sejam indutoras do desenvolvimento. Assim, o direito tributário, muitas vezes, traz normas de indução a comportamentos que levam ou buscam desenvolvimento social e regional e, consequentemente, nas interpretações do direito econômico, elas serão conformes a essa pauta constitucional.

Nós vamos encontrar também certas situações nas quais a tributação deve ser o elemento de inovação para promover o desenvolvimento, ou seja, nós não temos só uma preocupação de que a tributação não pode inibir, mas que ela deve induzir o desenvolvimento, perfeitamente coerente com a Constituição. Vamos ter também uma visão de que a tributação deve ser neutra. O princípio de neutralidade foi trazido, agora, para a Constituição, por essa reforma tributária, que nós seguramente teremos muitos anos pela frente para discutir o que é neutralidade, como também para discutir os princípios do parágrafo terceiro do artigo 145, que são indutores de desenvolvimento ao exigir proteção ao meio ambiente, transparência, simplicidade da legislação tributária e justiça tributária. Consequentemente, esses princípios são indutores de práticas que levam à segurança jurídica, à proteção do meio ambiente, e portanto,

ao desenvolvimento sustentável e às garantias sociais. Logo, esse desenvolvimento social, na proteção da igualdade de gênero, das pessoas, parte para um conceito que Amartya Sen também definia como conteúdo do desenvolvimento, que não seria só econômico, mas também social.

A Constituição de 1988 tem instrumentos próprios para essa finalidade, mas também temos visto que, em alguns momentos, a tributação pode levar ao subdesenvolvimento, quando desestimula os atores da iniciativa privada. O artigo 1º da Constituição diz que a República Federativa do Brasil se move pelos princípios, dentre esses, dignidade da pessoa humana, a proteção da livre iniciativa e da garantia do trabalho. Esses pressupostos do exercício da soberania, logicamente, colocam meios para que o Estado assegure o espaço, conforme o artigo 170, da livre iniciativa. Esta, obviamente, não precisa ser estimulada ou promovida, mas não pode ser prejudicada ou desestimulada. O excesso de judicialização, de burocracia, de um Estado de polícia excessivamente presente na vida das pessoas, também podem ser indutores de subdesenvolvimento. Nesse sentido, um tema como esse é muito importante.

O primeiro ponto que eu considero relevante é que a tributação e o orçamento necessitam dialogar mais. A Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem trabalhado, nos últimos anos, com três grandes fundamentos. Primeiro, a OCDE, com o G20, esforçou-se, ao longo da primeira década desse milênio, para acabar com o chamado sigilo bancário e fiscal, no sentido de proteção absoluta que impedisse o acesso do fisco a informações essenciais para que pudesse ter condições de resolver graves problemas na economia e na tributação como um todo. Isso foi, com alguns acordos multilaterais, alcançado. Depois passou-se ao Base erosion profit shifting (Beps), um programa destinado a eliminar os chamados planejamentos tributários abusivos. A OCDE também logrou êxito com esses programas. Agora, nós estamos vendo a OCDE trabalhar em um novo bloco desse projeto, que são os pilares 1 e 2, que tratam, especificamente, da tributação mínima das empresas multinacionais. Os Estados Unidos têm as suas posições contrárias às da União Europeia, e países subdesenvolvidos ou de baixo desenvolvimento têm sido contra, na Organização das Nações Unidas (ONU), a esses programas. No entanto, a orientação é clara. A era da não tributação das multinacionais simplesmente pela escolha de jurisdições acabou. Isso nos leva a uma preocupação da sociedade de países ricos para ampliar a capacidade de financiamento dos orçamentos públicos para recuperar as condições para oferecer à sociedade os meios de sobrevivência, de assegurar a todos um Estado Social, um Estado de Direito, conforme os princípios de um Estado Democrático de Direito. Logicamente, a sociedade cada vez mais global vai perdendo o sentido de soberania absoluta das jurisdições e, conseqüentemente, nós temos que pensar a tributação não como um meio de opressão das pessoas e das empresas

a pagar imposto a qualquer custo. Deve-se ter um compromisso social, com esses valores da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, e, portanto, coerente com os parâmetros que as Constituições estabelecem, mas, ao mesmo tempo, ciente do dever de financiamento de um Estado que seja suficientemente capaz de promover todas as condições necessárias para o desenvolvimento social e econômico que a todos interessa.

MESA XXX

30

MODERADORA - DENISE NICOLL SIMÕES¹

O PAPEL DO SETOR PRIVADO NA PRESTAÇÃO DE SAÚDE

¹ Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Denise Nicoll Simões



Desembargadora do
Tribunal de Justiça do
Estado do Rio de Janeiro.

Eu sou desembargadora no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) e, atualmente, componho a diretoria da Mútua, que é o nosso plano de saúde dos magistrados. É uma honra mediar essa mesa e esse painel que tem como tema o papel do setor privado na prestação de saúde.

A Constituição Federal brasileira, assim como a portuguesa, estabelece que a saúde é um direito fundamental e deve ser prestado pelo Estado, portanto, compete ao poder público executar as políticas sociais e econômicas necessárias para garantir o serviço de saúde. A Constituição brasileira faculta a participação da iniciativa privada, que atua no sistema de saúde, de diversas formas, buscando contribuir em caráter complementar ao Sistema Único de Saúde (SUS), tendo como agência reguladora a Agência Nacional de Saúde (ANS). O avanço da ciência na área de medicina surge em tecnologias, diagnósticos, doenças raras e necessidades terapêuticas novas e o plano de saúde privado enfrenta, hoje, o desafio de ter que prestar assistência a doenças raras e disponibilizar novas tecnologias. Então, é necessário buscar o equilíbrio para enfrentar essas questões, de um lado o Governo

Federal, que precisa atuar para regulamentar, e, do outro, a contribuição e a importância do apoio do setor privado.

Antonio Saldanha Palheiro



Ministro do
Superior Tribunal
de Justiça do Brasil.

Falar de saúde é sempre desafiador pelo grau de complexidade que esse segmento nos apresenta. Nós temos, primeiro, a expectativa da população, que é uma expectativa da saúde integral, impossível de se prestar. Saúde integral, realmente, em nenhum lugar do mundo se consegue diante daquilo que o usuário pretende que lhe seja oferecido e pela disponibilidade, tanto do setor público quanto do setor privado. Aquela divisão clássica entre saúde pública e saúde complementar – que são os hospitais que prestam serviço agregados ao serviço da saúde pública, através de contratações e delegações – e a saúde suplementar – que é a saúde privada na sua essência – é um desafio porque a população envelhece, as doenças surgem, a indústria farmacêutica abarrotou o mercado de medicamentos de alto custo e sofisticadíssimos, e nem sempre podem ser prestados naquilo que se propõe. Hoje, nós temos medicamentos que, individualmente, custam 7 ou 8 milhões de reais uma dose. Temos 632 planos de saúde no Brasil e a grande maioria deles é de pequeno porte, e se uma decisão judicial determina o pagamento de um medicamento desses, de 7 milhões de reais, quebra o plano. Nós temos 50 milhões de brasileiros que estão vincula-

dos a algum tipo de plano de saúde, e o que existe, principalmente nas cidades do interior, são pequenos hospitais que fazem um plano de saúde para aqueles moradores que são atendidos naquele hospital. Por conta dessa complexidade, nós fazíamos muita especulação de qual era o cenário da saúde. A Fundação Getulio Vargas (FGV), através da FGV Conhecimento, e especificamente do FGV Justiça, que é um núcleo de pesquisas coordenado pelo ministro Luis Felipe Salomão e do qual eu faço parte, decidiu tentar aprofundar a investigação de como esses planos de saúde são vistos e geridos, o que eles prestam efetivamente, pois só podemos atacar um problema de uma forma consistente e efetiva se o conhecermos.

Assim, essa pesquisa empírica foi realizada, junto com o professor Lavareda, através de um perfil de linhas de corte, em que investigamos sexo, idade, grau de instrução e renda familiar. A pesquisa foi abrangente e cobriu todo o território nacional, com percentuais diferenciados, e as regiões Sudeste e Nordeste tiveram a maior incidência de investigados. Essa pesquisa é muito densa e grande, tem mais de 100 laudas, porque cada um dos itens está detalhado dentro desse perfil. O detalhamento é muito sofisticado, mas eu vou trazer alguns recortes.

De acordo com o perfil dos entrevistados, vimos o tipo de serviço de saúde que eles utilizam e 66% usam serviços públicos de saúde, 23% usam planos de saúde e serviços privados sem qualquer plano, ou seja, pessoas que procuram seus médicos quando têm alguma comorbidade. Sobre posse do plano de saúde, 30% têm plano de saúde, 28% já tiveram e não têm mais e 41% nunca tiveram. Nota-se que o percentual do plano empresarial é o que prevalece hoje em dia e há tendência de diminuição, cada vez mais, dos planos individuais. Um outro dado interessante é que daqueles que não possuem o plano de saúde, 72% não pretendem adquiri-lo, o que nos causa surpresa porque achávamos qualquer pessoa gostaria de ter um plano de saúde. Nós não conseguimos identificar o porquê, mas eu acho que a pesquisa vai nos dar um direcionamento. A avaliação da rede pública ficou com 25% ótimo, 41% regular e 32% ruim ou péssimo. Já a avaliação do Sistema Único de Saúde (SUS) foi de 37% ótimo, 38% regular e 24% péssimo. Agora, a primeira surpresa está relacionada à avaliação da atuação dos planos de saúde pelos usuários, pois 34% consideraram ótimo

ou boa e 42% regular. Isso significa que 76% das pessoas consideram que os planos de saúde prestam serviço de qualidade. Eu achava que a imagem fosse ser bem mais acanhada do que aquilo que a pesquisa demonstrou, pois as pessoas gostam dos seus planos. Ainda foi pedido para os usuários darem notas de zero a dez para os planos de saúde, e 77% dos usuários apontaram notas entre 7 e 10, que são notas excelentes. Isso realmente não era esperado. Sobre a avaliação da atuação dos planos no Brasil, 85% das pessoas consideraram o plano de boa qualidade.

Uma das investigações foi: como o usuário do plano de saúde vê o noticiário a respeito dos planos? Como o noticiário televisivo, de rádio, da imprensa escrita, impacta naquele espectador? Os noticiários mais favoráveis são considerados por 17% e 27% mais desfavoráveis. O pesquisador levou 10 assertivas, disponibilizou para os usuários que foram entrevistados e pediu que eles indicassem qual é a assertiva de maior positividade e vai decrescendo de acordo com a menor positividade. Os pontos positivos destacados entre os investigados foi a qualidade dos serviços da saúde suplementar, com 29%, e 28% indicaram a qualidade dos profissionais de saúde. Foi percebido que eles dão muito valor ao atendimento presencial, que ficou em destaque entre os três pontos mais apontados. Qual é o maior ponto negativo das pesquisas? Valor da mensalidade dos planos, que é o que atinge mais a classe dos usuários do plano de serviço. Paradoxalmente, esses que consideram que o plano é muito caro, acham que a qualidade dos serviços é um ponto negativo. Em relação à percepção sobre valores das mensalidades dos planos de saúde, 10% consideram que os valores são justos, 36% acham altos e 48% muito altos. Assim, começamos a verificar qual é a vulnerabilidade dos planos. Já sobre a qualidade dos reajustes, 24% consideram adequados e 64% consideram inadequados os reajustes que são autorizados pela Agência Nacional de Saúde (ANS), ou seja, eles não são livres, pois é a agência reguladora que autoriza o valor dos aumentos. Sobre o percentual de gasto com a saúde no orçamento familiar, 27% dos entrevistados gastam até 10% da renda familiar, 20% gastam de 11% a 20%, e 14% gastam de 21% a 30%. Agora, 35% dos entrevistados gastam 10% do orçamento familiar com o plano de saúde e isso, efetivamente, impacta na renda. Já 24% gastam entre 11% e 20% e 10% gastam entre 21% e 30%.

A fraude na saúde, hoje em dia, nos traz bastante preocupação. Nós não temos uma noção precisa do tamanho e da profundidade das fraudes. Qual é a dimensão das fraudes? Nós só conseguimos atacar aquilo que conhecemos. Então, começamos a tentar inibir aquelas fraudes conhecidas, mas estas são a ponta do *iceberg*. Na verdade, aquilo que está por baixo do tapete é que é a grande vulnerabilidade. Eu tive um professor de direito comercial, que agora é direito empresarial, que dizia que o contrabandista está sempre à frente do guarda da aduana, ou seja, cada vez que uma fraude consegue ser identificada, outras novas vão surgindo. Nós temos usado a inte-

ligência artificial para melhorar o serviço e para combater as fraudes, mas os fraudadores também a usam para fraudar. Seria interessante detalharmos isso, mas seria outra palestra, porque a questão das fraudes é infundável e de alta sofisticação. As fraudes, hoje, são uma preocupação e trazem vulnerabilidade aos planos de saúde muito maior que a própria judicialização. Por que? A judicialização é conhecida, nós sabemos que está no processo, mas nós não sabemos o que está acontecendo na fraude. Nos Estados Unidos, gasta-se até 30 bilhões de dólares os valores que são desperdiçados em fraudes. No Brasil, é em torno de 4 bilhões de reais só com fraudes, ou seja, são valores importantes que vão gerando maior fragilidade para a manutenção dos planos. Foi indagado aos entrevistados quem sabia da existência de fraude e 46% já ouviram falar de fraude e 50% nunca ouviram falar de fraudes em planos de saúde, o que é uma preocupação.

Ao perguntarmos se os entrevistados tinham conhecimento sobre entidades ligadas ao setor de saúde, o resultado me trouxe uma surpresa, pois as pessoas não sabem das entidades que trabalham com o setor de saúde. Sobre a ANS, 62% nunca ouviram falar e 73% não conheciam a Confederação das Santas Casas. Já 86% não conheciam a União Nacional Instituições Autogestão em Saúde (Unidas) nem a Associação Brasileira de Planos de Saúde (Abramge), entidade da maior relevância dos planos de saúde, e 87% nunca ouviram falar da Federação Nacional de Saúde.

Sobre judicialização da saúde, 78% não conhecem o termo e 28% sabem do que se trata. Quais são os fatores para o aumento da judicialização? Isso é um ponto bastante relevante, pois é um ponto que os planos têm que trabalhar. Falta clareza nas cláusulas contratuais. Isso implica em um melhor preparo para os corretores para, na hora da contratação, poder trazer uma informação mais precisa e plena para o usuário, como o Código do Consumidor determina. O usuário contrata e não sabe, então pensa que tem direito a um quarto particular, mas o plano contratado só dá direito à enfermaria. Isso causa um constrangimento. Por isso, os usuários acham que os planos de saúde são mais focados no lucro do que no bem-estar, pois eles não se informam previamente sobre o que está previsto nos planos. O acionamento da justiça é uma questão de maior vulnerabilidade, pois permeia todo o segmento. Nós vimos que, de todos os usuários, apenas 6% acionaram a justiça para obter algum tipo de prestação jurisdicional e apenas 26% conheciam alguém que já acionou. Os 6% são insignificantes em termos quantitativos, mas os valores que são buscados ou que são determinados nas decisões judiciais são de muita expressividade. Logo, é um grupo pequeno, mas muito barulhento. Sobre quais assuntos a justiça foi acionada? Negativa de cobertura, suspensão à mudança de contrato e questões relacionadas aos reajustes.

Nós fizemos uma pesquisa no Superior Tribunal de Justiça (STJ), dos anos de 2019 a 2024, e verificamos 41 decisões em sede de recurso especial e de recurso especial repetitivo. Nós vimos que 80% foram favorável e 7% tiveram provimento parcial. Então, temos 87% de sucesso para aqueles usuários que buscam a justiça. Isso traz a preocupação, porque são 87% dos 6% que acionam, mas que os valores que são demandados são de muita expressão. Entre os fundamentos utilizados para que a decisão fosse favorável ou parcialmente favorável ao usuário vimos os princípios constitucionais, destaque para a dignidade da pessoa humana, que o tratamento não consta do rol da ANS, mas o usuário tem direito. Isso também traz uma preocupação, porque se não consta do rol, como é que o usuário tem direito? No entanto, isso é o sentimento que o magistrado que está decidindo tem.

A pesquisa vai ficar à disposição, lembrando que a profundidade do que está contido na pesquisa é um instrumento excelente para a gente direcionar as nossas ações.

Daiane Nogueira de Lira



Conselheira do
Conselho Nacional de
Justiça do Brasil.

Eu vou falar um pouco do Rio de Janeiro, porque acho que o Rio de Janeiro foi o estado que criou a verdadeira ferramenta de transformação da judicialização da saúde. Eu tive a felicidade de ter sido designada pelo ministro Luís Roberto Barroso, presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para supervisionar o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus) – criado pelo ministro Gilmar Mendes, então presidente do STF e do CNJ, em 2010 –, depois das audiências públicas que o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou sobre a judicialização da saúde pública, quando entendeu que se fazia necessário a criação de um fórum, por meio da cooperação, para formular políticas públicas voltadas para as demandas judiciais de saúde, integrando o sistema de justiça e o setor de saúde. Então, é um fórum de interlocução e de diálogo em que participam entidades do sistema de justiça, representantes do setor de saúde, da Confederação Nacional de Saúde (CNSaúde), da Agência Nacional de Saúde (ANS), do Conselho Federal de Medicina (CFM), da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e do Ministério da Saúde. Qual o objetivo do Fonajus? Este fórum foi criando para auxiliar a magis-

trutura nacional buscando uma maior racionalização da judicialização da saúde, por meio de políticas públicas, de monitoramento dessa judicialização e proposição de medidas concretas.

Nós temos que concordar que decidir sobre o direito à saúde não é fácil. Quando o magistrado decide sobre o direito à saúde, muitas vezes, embora esteja diante de um caso concreto, de uma ação individual, essa demanda nunca é apenas para aquele caso específico. Não é sobre uma decisão apenas de uma pessoa porque é o momento que se decide sobre o processo, a vida e a saúde daquela pessoa, uma questão muito sensível para os magistrados e para a população em geral. Nós não temos bem maior na vida do que a saúde, mas essa decisão judicial vai ter sempre impacto sobre os sistemas. Ela vai tratar de uma pessoa, mas, ao mesmo tempo, está tratando da fila de UTI, da destinação de verbas públicas de uma política pública para outra, de reajustes de mensalidades nos casos da saúde suplementar etc. Essa judicialização sempre vai impactar o sistema e nós não podemos deixar de pensar na sustentabilidade do nosso sistema de saúde. Quando falo em sistema de saúde, estou falando do sistema complementar que existe entre saúde pública e saúde suplementar. Eu não gosto de lidar com esses sistemas isoladamente. A Constituição brasileira de 1988, quando assegurou o direito à saúde a todos, como um direito universal e um dever do Estado, montou um sistema complexo. Nós temos que reconhecer o Sistema Único de Saúde (SUS), mas ele também é complementado pela saúde suplementar. Isso faz com que haja necessidade de integração entre eles, de forma que uma decisão, problemas, omissões ou excessos no âmbito da saúde suplementar vai impactar o SUS e vice-versa. O SUS e as políticas de saúde também impactam na saúde suplementar. Logo, nós precisamos começar também a desenhar os modelos de acompanhamento e de monitoramento das ações em saúde, pensando nesse sistema complementar.

O Poder Judiciário sempre teve um papel relevantíssimo na concretização do direito à saúde. Foi a partir das ações judiciais de saúde que o Ministério da Saúde desenvolveu esse programa pioneiro no mundo de tratamento do HIV, a partir de uma política realizada no estado do Rio de Janeiro. O problema não é a judicialização em si. O Poder Judiciário é aquele que vai, caso haja falhas ou omissões, concretizar o direito

à saúde, por meio de decisões judiciais, quando necessárias. O problema é o excesso porque o excesso de judicialização vai impactar a sustentabilidade do sistema de saúde e a sustentabilidade do Poder Judiciário. Entre 2020 e 2023 foram ajuizadas mais de 1,8 milhão de processos judiciais envolvendo o direito à saúde. Destes, 1,2 milhão eram demandas de saúde pública e 669 mil eram ações de saúde suplementar. Em 2023, foram ajuizadas 553 mil novas ações judiciais do Poder Judiciário. Um aumento de quase 20%. Na saúde suplementar, o aumento em 2023 foi de 32,8%. Nós temos 215 milhões e, mais ou menos, 25% estão na saúde privada por meios de planos de saúde. Esses 25 milhões são responsáveis, hoje, por 42% das ações judiciais em saúde. Logo, temos um percentual de 25% de usuários de planos de saúde e, se pegarmos o total da judicialização, eles são responsáveis por 42% dessa judicialização. O que isso significa? Está crescendo muito a judicialização dos planos de saúde, da prestação de saúde pelo setor privado. Isso chamou a atenção no Fonajus e nos perguntamos o porquê, em 2023, tivemos um aumento tão exponencial de judicialização do setor privado, com 32% de aumento. Nós precisamos identificar essas ações para que possamos focar nos problemas e tentarmos atuar para verificar através do diálogo e da cooperação, quais as melhores soluções.

A lei dos planos de saúde foi alterada recentemente para autorizar a cobertura pelos planos de saúde para além do rol da ANS, mas ela exige dois requisitos: comprovação de eficácia à luz das evidências científicas da saúde e plano terapêutico, ou existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), que é a entidade responsável pela incorporação de medicamentos no SUS, ou por uma entidade internacional de renome. Como a magistratura, ao analisar uma ação judicial de saúde privada, vai saber se aquele medicamento ou tratamento tem evidência científica ou se já foi incorporado em alguma entidade de renome internacional? Para isso foi criado o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NatJus), criado pelo estado do Rio de Janeiro e nacionalizado pelo Fonajus, que dá assessoramento técnico à magistratura. Hoje, o NatJus nacional não atende à saúde suplementar. Esse é o nosso grande desafio no âmbito do Fonajus, ou seja, ampliar esse apoio aos juízes para que, no momento em que se dá uma decisão judicial, antes de decidir, tenha esse apoio técnico sobre a evidência científica. Há a realização de uma análise de custo-efetividade. Qual é a melhoria na saúde que aquele tratamento vai trazer para o paciente em contraposição ao sistema e ao custo daquele medicamento e daquele tratamento? O juiz vai se sentir mais seguro, a partir dessas informações, para poder garantir o direito à saúde aquele jurisdicionado que buscou se socorrer no Judiciário e, a partir dessas informações técnicas, proferir a melhor decisão, a mais racional, a que melhor traz o equilíbrio desses princípios tão complexos, mas também tão sensíveis como o direito à saúde e a sustentabilidade dos nossos sistemas. Este é o nosso grande desa-

fio e, por isso, temos dialogado muito com o setor e com a ANS, para que possamos garantir aos magistrados de todo o Brasil essa racionalização e esse apoio técnico necessário para proferir as melhores decisões.

Alexandre Siciliano Colafranceschi



Membro titular
da Academia Nacional
de Medicina do Brasil.

Eu vou trazer a visão médica, da linha de frente, sobre os desafios que existem no sistema de saúde como um todo, mas em particular na saúde suplementar. Eu sou cirurgião cardíaco e tenho certeza que se precisarem operar o coração, irão buscar alguma referência que possa ajudar em um cenário tão complexo quanto esse. Se buscarem meu nome no Google, acharão cinco estrelas no Brasil e nos Estados Unidos e vão estar convencidos de que eu seria uma pessoa capaz o suficiente de tratar uma válvula ou colocar uma ponte de safena no coração. No entanto, nós temos evidências bastante robustas de que se eu operá-los no Hospital A ou no Hospital B existe uma chance dez vezes de maior mortalidade em um desses dois hospitais, ou seja, procura-se o cirurgião – ou o médico ou o provedor de saúde – que tem cinco estrelas porque tem uma reputação, por conta da referência de amigos ou familiares, mas não sabem exatamente o resultado da entrega daquele tratamento ou daquele cuidado. A mesma pessoa pode ter resultados diferentes dependendo da instituição onde ela está. Esse é um modelo que temos do sistema de saúde, particularmente da saúde suplementar no Brasil.

Quais são os atributos que fazem comprar o plano A ou o plano B? A maior parte das pessoas não sabe o que está comprando, não sabe qual é o acesso que tem. Há um desperdício enorme se é referenciado para a instituição A ou B. Ao longo da minha carreira médica, esse desconforto foi se manifestando e a necessidade de estudar foi sendo impulsionada para entender um pouco melhor sobre gestão de sistemas de saúde. Essa formação foi buscada para tentar ajudar a construção de sistemas de saúde, público ou privado, particularmente no Brasil. Nesse caminho, temos os principais desafios, que todo sistema de saúde enfrenta em qualquer lugar do mundo, que passa pelo custo, que em geral são ascendentes, e pela qualidade. Se quiserem comprar um carro, vão saber escolher o carro de acordo com o tamanho da família, a sua dirigibilidade, se é elétrico ou se a quantidade de combustível que gasta é maior ou menor. Obviamente, o preço do carro para esses atributos vai fazer parte da sua decisão final. No entanto, isso não está muito claro na saúde. Quais são os atributos de qualidade que se quer contratualizar com o plano de saúde? Esses atributos não são muito diferentes do código de ética médica.

Se considerarmos Hipócrates, 400 anos depois de Cristo, o código não mudou. Todos nós, desde 1500, fazemos o juramento quando nos formamos médicos. O primeiro princípio é o da não maleficência, e eu enxergo isso como segurança. Se quer comprar a saúde para ser seguro, este é o principal valor. No Brasil, 30 mil pessoas morrem por ano por uma causa médica evitável. Esta é a terceira maior causa de morte no país, se fosse computada como tal. Isso não é diferente em nenhum outro lugar do mundo. O segundo atributo é a beneficência, ou seja, deve-se fazer bem para aquele indivíduo. Nós devemos conectar a ciência com o ato médico. Logo, deve haver uma correlação entre o que se oferece e o que está definido dentro da ciência que faz bem ou mal. Estudos mostram que quase 50% das pessoas com diabetes ou insuficiência cardíaca, mesmo tendo acesso, não recebem a ciência em termos de medicação ou cuidado necessários. O terceiro atributo, dentro da qualidade que se quer comprar quando se escolhe um plano de saúde, é o que consideramos como ética médica, que é a autonomia. Eu gostaria de ter a autonomia do paciente, de participar do meu cuidado, de definir se quero ser entubado, se quero receber dispositivo A ou B, ou se estou disposto a fazer parte de uma pesquisa. O último atributo não é comprado, mas

faz parte da função do médico, e é a justiça. A justiça, na área de saúde médica, tem dois grandes atributos. O primeiro é o acesso ao sistema. No Brasil, a saúde suplementar dá acesso a apenas 50 milhões, dos 215 milhões brasileiros, e a saúde pública tem filas de espera. O segundo atributo é o tempo. Muitos gostariam de comprar também, pois o *timing* para as coisas serem oferecidas é fundamental na saúde. Então, justiça passa por acesso e pela escolha do indivíduo. Esses são os atributos que eu consideraria fundamentais quando queremos comprar alguma coisa e, talvez, se tivéssemos mais clareza sobre o que estamos comprando dentro da compra dos serviços de saúde na saúde suplementar, isso poderia nos ajudar.

A relação entre o médico e o indivíduo é a unidade básica fundamental do sistema. Por mais complexo que seja, o sistema só existe se houver uma relação entre o médico e o indivíduo, seja paciente, quando eu preciso diagnosticar e tratar, seja um indivíduo sem doença, quando se tem que antecipar ou prevenir alguma coisa. Se o médico é o principal ator nessa função, a formação médica é absolutamente importante na condução da melhor capacidade possível de todos os atributos falados. Nas últimas duas décadas aumentaram de 200 para 390 faculdades de medicina, temos mais 100 aprovadas, mais outras 200 em processo de judicialização e formamos mais de 50 mil médicos por ano no Brasil. Nós temos 2,8 médicos para cada mil habitantes em geral. Eles estão mal distribuídos, e essa é uma discussão para depois, mas eu não tenho nenhuma dúvida de que a formação médica transpassa a nossa capacidade técnica e, hoje, nós precisamos mais de lideranças do que técnicos.

Luciano Bandeira



Presidente da Ordem
dos Advogados do Brasil,
seccional do Rio de
Janeiro.

O tema do painel é muito interessante porque consegue reunir todas as questões relativas ao plano de saúde, como cobertura, limitação de tratamento, rol taxativo, todas as questões estão envolvidas no Transtorno do Espectro Autista (TEA), que vêm sendo debatidas nos últimos anos. De acordo com os dados da pesquisa apresentadas pelo ministro Antonio Saldanha Palheiro, se 25% das pessoas estão em plano de saúde e apenas 6% judicializam, são 3 milhões de processos não simultaneamente. Cerca de 70% de pessoas acham o plano de saúde bom e 30% não, o que significa que 18 milhões de pessoas acham que o plano de saúde, na realidade brasileira, não é bom. Além disso, 30% têm plano de saúde, 28% já tiveram e não têm mais, mas gostaria de ter, para que pudessem ser 58% de pessoas com plano de saúde.

O TEA é um diagnóstico. Como na medicina a evolução é muito grande, em 1943 nós tivemos o diagnóstico do transtorno do espectro autista. A partir disso, foi-se evoluindo nesse diagnóstico e nas formas de tratamento, chegando à terapia ABA, uma forma de tratamento mais ampla, mas que demanda uma intensidade grande no acompa-

nhamento permanente de quem tem este transtorno. Segundo o Centro Escolar Brasileiro, de 2017 a 2021 houve um aumento de 280% do número de estudantes diagnosticados com o TEA nas escolas brasileiras, tanto privadas como públicas. Já a Organização Mundial de Saúde (OMS) diz que há 2 milhões de indivíduos diagnosticados com TEA no país. O Centers for Disease Control and Prevention (CDC), dos Estados Unidos, apurou que em 1995 nós já tínhamos pulado de uma criança para 10 mil com o TEA para o número de uma a cada mil, e esse número foi crescendo no diagnóstico até que nós chegamos, em 2022, com o diagnóstico de uma a cada 44 crianças com o diagnóstico de TEA. Isso leva a crer que teríamos, no país, em torno de 4 milhões de pessoas com esse diagnóstico.

Por que eu trouxe esses números? Nós temos que ter a compreensão da importância da relação cobertura-sustentabilidade do sistema de saúde complementar, mas também questões relativas à regulação. Houve um debate muito forte sobre o TEA, inclusive com decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema do rol taxativo, depois tivemos legislação do Congresso Nacional provocada em decorrência da decisão do STJ, para tentar solucionar a relação da cobertura dos planos de saúde para o TEA. A regulação, apesar de determinar a cobertura e botar a inclusão ou não dos tratamentos, infelizmente, não consegue ter efetividade e ser um instrumento de efetividade no cumprimento dessa regulação, o que gera 3 milhões de processos judiciais tratando desses temas de plano de saúde. Ademais, com 4 milhões de pessoas com cobertura de plano de saúde para tratamento num aspecto muito amplo desse tipo de diagnóstico, e permanente e contínuo, nós temos o grande conflito de preço, de valor, de quanto custa o plano e qual é a capacidade desse sistema de saúde complementar de custear esses tratamentos.

Voltando para os 28% que já tiveram plano de saúde, mas não tem mais, precisamos entender o porquê. É provável concluir que esses 28% que já não têm mais plano, certamente não tiveram a capacidade de custear a subida do preço dos planos de saúde. Por que ocorre esse aumento tão drástico dos preços dos planos de saúde? Primeiro, o desconhecimento do que se está contratando. Há uma ausência do interesse e da informação do que está sendo contratado. Também há o problema da cla-

reza nos instrumentos de regulação brasileiros para esse segmento. Nós não temos uma clareza de regulação. Por exemplo, a Agência Nacional de Saúde (ANS), só em 2022, apresentou uma resolução que tratou, de forma clara, o que se considera tratamento adequado e cobertura para esse diagnóstico de TEA. Então, tivemos um atraso muito grande no tratamento e, antes disso, estava ocorrendo a judicialização. Quem resolvia o que tinha cobertura, o que era adequado ou não era o Judiciário, exclusivamente. Ele continua resolvendo, mas antes não tinha essa regulação, que é onde deveria estar solucionado. Assim, se coloca a situação do magistrado que recebe uma ação que diz que a criança, para ter um desenvolvimento, precisa ter um amplo rol de tratamento sem limitação, pois se recomenda em torno de 40 horas semanais de terapia para uma criança que tem o transtorno, e esse magistrado vai ter que decidir se o plano vai dar a cobertura ou não. É natural que quando estamos tratando de saúde e da vida, que o magistrado determine a cobertura, até porque, no momento de cognição sumária, ele tem que tomar uma decisão muito rápida, que vai sempre privilegiar a preservação da vida.

Essa questão não deveria estar no Poder Judiciário. Ela deveria estar limitada e solucionada no ambiente regulatório, tendo efetividade e clareza na normatização e uma prontidão das agências reguladoras para regular e prever os diagnósticos. A regulação deve ser contemporânea à necessidade do usuário para aquela doença, para qualquer tipo de diagnóstico. Essa quantidade de processos judiciais demonstra que nós, no Brasil, falhamos na efetividade da regulação e isso deságua integralmente no Poder Judiciário. Nós não conseguimos avançar na discussão do que realmente importa, que são sistemas de sustentabilidade e do sistema de saúde complementar. Nós precisamos, por exemplo, discutir a coparticipação, que talvez ajudasse a reduzir o custo mensal, permitindo que esses 28% voltassem para a cobertura dos planos de saúde, mas também tendo a responsabilidade do usuário no momento que vai utilizar o seu plano, não onerando toda a coletividade.

MESA XXXI

31

MODERADOR - SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR¹

TRIBUNAIS SUPERIORES E SEGURANÇA JURÍDICA

¹ Advogado e Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

Sérgio Antônio Ferreira Victor



Neste painel intitulado “Tribunais Superiores e Segurança Jurídica”, eu tenho a honra de contar com brilhantes palestrantes e uma diletta e ótima audiência.

Advogado e professor
do Instituto Brasileiro de
Ensino, Desenvolvimento
e Pesquisa.

Marco Buzzi



Ministro do
Superior Tribunal
de Justiça.

Eu vou traçar um breve contexto, do meu ponto de vista, sobre o interessante tema deste painel. Nós tivemos um crescimento muito grande da litigiosidade depois da Constituição de 88, no Brasil. A Constituição Cidadã é uma Constituição ótima e trouxe, em alguns artigos, novos direitos. Em outros, ela abriu frente para que fossem criados e instituídos novos direitos. Nós temos o Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Proteção à Mulher, à Humanidade e ao Meio Ambiente. Quando eu comecei a carreira, isso não existia. A litigiosidade, no Brasil, também veio por um aspecto positivo, o aperfeiçoamento da cidadania. Logo, ninguém está criticando o fato de operarmos com muito mais direitos protegidos para as pessoas.

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2023 com 84 milhões de processos em andamento, ou seja, para cerca de dois brasileiros há uma ação. Isso é uma mera comprovação. Grande parte da população brasileira nunca vai à porta de um Fórum nem em um escritório de advogado, mas, multiplicando pelo número de ações, é um belo número. O superendividamento é uma das coisas

mais novas em relação ao volume de demandas. A Confederação Nacional das Indústrias (CNI) divulgou um boletim dizendo que 79% das famílias economicamente ativas, pois nós temos uma boa parcela da população que não existe, estão endividadas. Uma coisa é ser endividado, outra coisa é ser inadimplente. Agora, segundo esta instituição, destes 79%, 26% estão já inadimplentes. Desses 26%, 12% não terão condição de resgatar a dívida, ou seja, são milhões de pessoas. Nós temos aproximadamente entre 28 e 32 milhões da população brasileira, que são pobres e miseráveis, que não têm mais condição de conviver nesse sistema nosso de consumo.

Assim, o legislador modificou o Código de Defesa do Consumidor para criar uma alternativa para os superendividados. No entanto, com isso, nós temos um aumento, segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) um aumento dos processos recebidos. O número de processos recebidos no STJ bateu um recorde, pois aumentou 64% no ano de 2024 em relação ao 2023. A projeção é que o STJ supere, até o final de 2024, a marca de 500 mil processos. Nós já estamos recebendo 1.000, 1.200, 1.256 no meu caso, mas agora vamos receber mais, por mês. As nossas equipes, que são excelentes, têm que dar conta do recado, senão, a máquina para. Ainda assim, temos processos que estão cansados de esperar ser julgado. O tribunal deverá também receber, no crime e no civil, se continuar essa projeção estatística, mais de 100 mil *habeas corpus* até o final do ano. Assim, há a necessidade do fortalecimento da cultura de precedentes. Nós temos três ministros no STJ que já foram criticados pela imprensa, e eu sou um deles, porque nós chamamos a atenção para observar os precedentes. No tempo que eu fiz concurso para juiz, ele tinha que seguir súmula e lei. Hoje, eu estou sendo vencido porque sempre fui muito fã do sistema da *Civil Law*. Nosso sistema está misto, híbrido entre *Common Law* e a *Civil Law*. Dentro dessa expectativa desses recursos e desse socorro que nós estamos buscando do sistema da *Common Law*, pensamos que estamos aperfeiçoando o sistema, criando precedentes e dando foco às súmulas vinculantes, aos repetitivos. Nós temos que uniformizar, manter a jurisprudência estável e dever de integridade e de coerência. Para isso, temos que ter segurança jurídica e temos que zelar por ela.

Neste ponto, a questão da relevância federal e a reconfiguração do STJ estão sendo

discutidas de novo. Isso fará um filtro de relevância e o STJ se aproximará do seu papel constitucional. A estabilidade jurídica é desejada por todos, só que o produto da prestação judicial tem que ser dado dentro de um certo tempo razoável. Justiça tardia nunca foi justiça. A uniformização vem a ser uma ferramenta de concretização da segurança jurídica. O Código de Processo Civil (CPC) de 2015, em diversos preceitos, traz a possibilidade de nós utilizarmos com maior ênfase os precedentes. É a era dos direitos para dar segurança jurídica e viabilizar os direitos. Canotilho botou o dedo na ferida, há uns 20 anos, quando disse que os direitos fundamentais que estão consagrados nas cartas, nas leis, são excelentes, mas essa era passou. Na França, se lutou e morreu para poder criar, reconhecer e ver declarados esses direitos. Agora, isso tudo passou e nós temos que ver esses direitos prestados. É o direito prestacional.

Eu não sou fã do ativismo jurídico, mas, hoje, eu tenho que ceder, por isso que eu disse que estou sendo vencido. O protagonismo, segundo o professor Paulo Bonavides, é quando o juiz não cria o direito, como no ativismo, mas, com base no direito já declarado, nos princípios já declarados na Constituição, supre a falta de muito regramento, como temos no direito digital. Quando um caso desse está para o juiz decidir, que ainda não tem direito suficiente proclamado pelo Estado, ele tem que dar a decisão observando os princípios do sistema que aí está. Só na área do direito digital, nós passamos os últimos três ou quatro anos sentindo falta de lei. Quando, no STJ, chegou aquela decisão, nós tínhamos que pensar o que fazer com a Google e com várias entidades, sobre retirar e impor a eles, ou não, o filtro das mensagens, e até onde ia esse dever, pois não tinha norma específica para isso. Então, nós tivemos um protagonismo judicial para passar a reger isso até vir a lei.

Eu fico com a segurança jurídica e acho que atribuir a relevância da questão federal, efetivamente, ao STJ, é a solução para um sistema de consumo que a cada dia se aprofunda mais. Eu defendo esse sistema, mas ele gera muito conflito e o superendividamento prova isso. Foi modificado o Código de Defesa do Consumidor só para atender esse pequeno detalhe.

Francisco Müssnich



Advogado.

Os clientes me procuram para fazer três tipos de coisa: comprar ou vender uma companhia, participar de uma oferta hostil para tomar o controle de uma companhia, ou defender a companhia de uma tomada hostil de controle. Por isso, vou dar um foco específico da área empresarial, na qual eu sou militante há mais de 40 anos.

O que está acontecendo hoje em dia? As pessoas querem investir e continuar no Brasil, que é um mercado gigantesco. Eu sempre brinco que o Brasil não tem problemas, que ele tem características imutáveis, infelizmente. A partir disso, eu acho que essa vontade de investir, de participar, de vir ao Brasil, esmaece porque os investidores estrangeiros não confiam mais na capacidade de execução, de entrega do nosso Poder Judiciário, seja através da arbitragem, seja porque não existe espaço ou tempo para conseguir dar uma providência jurisdicional a todos os conflitos que existem. Um ponto de enorme preocupação para os advogados é que os investidores negociam e vêm investir no Brasil, mas a lei é a lei americana, ou a inglesa, ou a de Singapura. O nosso idioma é falado no Brasil, em Moçambique, Angola, Macau, em poucos luga-

res. O inglês é falado no mundo inteiro e tudo se negocia inglês. Então, nós já perdemos na competição das jurisdições pela língua. Estamos perdendo, agora, também pela incapacidade de ter uma segurança jurídica que permita que se contrate de uma forma adequada.

Qual é o prazo da garantia em um contrato de compra e venda? Sete anos? Três anos? Dez anos? Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o ministro Marco Aurélio Bellizze diz que todas as obrigações, inclusive as contratuais, têm prazo de prescrição de três anos. Já o ministro Moura Ribeiro, da mesma turma, diz, em um julgado de 2023, que o prazo é decenal. Outro exemplo é a data da violação de direito para começar a correr a prescrição. A ministra Isabel Gallotti diz que é o princípio da *actio nata*, considerando a data da efetiva violação como marco inicial, mas o ministro João Otávio de Noronha entende que é a data da ciência inequívoca dos efeitos. Há uma grande quantidade de insegurança jurídica na área. Um outro ponto é que é lícito, no Brasil, contratar em moeda estrangeira, como uma das partes é residente no exterior, então, é a maneira de você indexar uma obrigação a dólar. Isso é uma exceção ao curso forçado da moeda. O que temos de decisão? O ministro Raul Araújo diz que, em consonância com a jurisprudência do STJ, as dívidas fixadas em moeda estrangeira deverão, no ato da quitação, ser convertidas para moeda nacional com base na cotação da data da contratação e, a partir daí, atualizada com base em correção monetária. Isso é tudo que um estrangeiro não quer ouvir, porque ele contratou em dólar e vai receber em reais com correção monetária. No entanto, o ministro Antonio Carlos Ferreira, da quarta turma, diz, em um acordo de 2019, que restando assim mantida a conclusão do acordo no Tribunal de Justiça de Pernambuco, que o valor do débito seja convertido para moeda nacional pela cotação do dólar norte-americano vigente na data do pagamento, que é o que efetivamente foi contratado. Logo, temos mais uma insegurança.

O nosso painel deveria ser intitulado de “tribunais superiores em insegurança jurídica” porque é difícil, às vezes, conviver com tudo isso. Sobre a natureza prescricional, a discussão sobre as deliberações assembleares é um fato da vida cotidiana cada vez mais. A lei diz que o prazo pelo artigo nº 286 é um prazo prescricional. O ministro Raul Araújo

Filho disse que é jurisprudência do STJ pela aplicação do prazo prescricional, mas o ministro Marco Buzzi disse que o prazo estabelecido no artigo 286 é de decadência. Além disso, quando se tem a prescrição civil, quando se tem questões criminais, quando começa a contar o prazo? O artigo 200 do Código Civil diz que quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal não começará a prescrição, não ocorrerá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva. Então, nós estamos discutindo se é ação penal ou inquérito policial. Já no caso do STJ, o ministro Antonio Carlos Ferreira disse que não houve ajuizamento de ação penal, apenas inquérito policial, que foi arquivado. Assim, não prosperam as alegações constantes no regimental incapazes de alterar os fundamentos. Já o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva disse o STJ tem entendimento jurisprudencial, no sentido da aplicação disposta no artigo 200 do Código Civil, de que deve ser afastada somente quando nas instâncias ordinárias estiver consignada a inexistência de prejudicialidade entre as esferas civil e criminal ou quando não houver instalação de inquérito. Basta um inquérito, não é isso que diz a lei. Como vivemos com isso? Como indexamos? É taxa Selic ou de 1% ao mês? Nós precisamos pacificar, porque vamos escrever nos contratos.

O último ponto é a questão da personalidade jurídica. A Companhia das Índias Orientais, no Brasil, teve um gerente muito famoso, chamado João Maurício de Nassau, que era sobrinho dos reis da Holanda. Ele esteve no Nordeste, tentou criar uma companhia de colonização, foi expulso e nós mantivemos o nosso território. A Companhia existiu porque existia responsabilidade limitada, que é uma grande invenção, porque, para empreender, até a invenção da responsabilidade, perdia-se o dinheiro que gastava e ainda se corria o risco de perder o seu próprio patrimônio. Hoje, no Brasil, o artigo 50 do Código Civil prevê a desconsideração da personalidade jurídica quando há abuso. O que eu digo para o meu cliente quando faz um mútuo entre um acionista controlador e um acionista e um diretor ou empresta para a subsidiária, é que, infelizmente, se os tribunais não conversarem entre si, se dentro das turmas e entre os tribunais não houver uma conversa em todos os níveis, com vontade de resolver e com muita humildade, nós não vamos conseguir andar para frente porque o mundo empresarial tem uma velocidade muito diferente da velocidade dos tribunais. Se nós não conseguirmos atender à demanda, em 2025, se eu for convidado para vir a esse painel, eu acho que vamos continuar na mesma toada.

Carlos Vinícius Alves Ribeiro



Secretário-geral do
Conselho Nacional
do Ministério Público
do Brasil.

O tema deste painel me fez pensar em um recorte de construir algo pensando entre o desejo de estabilidade e a necessidade de mudança. Isso nos leva ao que nós convencionamos chamar de sistema brasileiro de precedentes. Dentro dessa ideia de falar um pouco de um sistema de precedentes ou de um sistema de *framework* decisório, eu vou fazer mais um recorte sobre este tema dentro da liberdade de expressão.

No Brasil, nós temos uma decisão paradigmática que é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, que considerou não recepcionada a Lei de Imprensa e essa decisão convive com outras tantas decisões – de base, principalmente – que usam uma fórmula aberta, que a lei de introdução às normas de direito brasileiro, por exemplo, tenta fechar, que é uma forma genérica de motivar a decisão, dizendo que o réu transpôs os limites da liberdade de expressão. A maioria das decisões brasileiras, tratando desse tema, usa essa fórmula genérica de transposição de um limite da liberdade de expressão. Nós não temos no direito brasileiro uma doutrina como a do professor Jorge Reis No-

vais, que trata das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição.

Eu trago alguns precedentes de Cortes internacionais. A Suprema Corte americana cria *standarts* decisórios ou testes que acabam sendo paradigmas em determinados temas. Tem uma decisão do juiz Oliver Wendell Holmes, Jr. que criou uma espécie de teste de probabilidade de risco, de modo que as palavras aparentemente ditas de modo ilícito possam ser checadas para ver se há ou se não há o perigo claro e imediato do manejo daquelas palavras. No Brasil, houve uma certa transposição ou empréstimo desse paradigma norte-americano em um recurso ordinário em *habeas corpus*, julgado em 2016, cujo relator foi o ministro Edson Fachin, que acabou tomando de empréstimo essa lógica do teste, dizendo que era preciso fazer uma análise em três etapas diante desses casos. O ministro Fachin que, primeiro, é preciso analisar o caráter cognitivo em que atesta a desigualdade entre grupos, e nós estamos falando de liberdade de expressão. Outra é um viés valorativo em que se assenta suposta relação de superioridade entre esses grupos. Por fim, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, a exploração, a eliminação e a supressão de determinados direitos. Então, essa é uma primeira moldura que nós podemos tomar de empréstimo.

Outro caso muito conhecido é o *Brandenburg versus Ohio*, em que a Suprema Corte criou o chamado teste de Brandenburg, que permite a limitação de discursos com dois parâmetros, seja quando é direcionado a produzir um perigo iminente e ilegal, e quando é capaz de incitar ou de produzir alguma ilegalidade. Podemos também trazer o teste Miller, famoso por cuidar de liberdade religiosa de obras obscenas, em que ficou delimitado, pela decisão americana, que a obscenidade não é um ilícito por si só, ou seja, é preciso que haja algo que a torne ilegal. Para isso, é preciso submeter o nosso paradigma de verificação a um teste trifásico que nós nos perguntamos se a obra pode ser considerada apta a despertar a lascívia em um homem convencional. Assim, já tem um problema de subjetividade tremendo. Se a obra traz um conteúdo sexual ofensivo ou se a obra tem ou não tem algum valor literário, científico ou artístico. Portanto, há, em alguma medida, ainda que haja uma abertura a esse “homem

normal", um *framework* decisório que traz alguma baliza. No Recurso Especial (RE) nº 898.450, também de 2016, o ministro Fux toma de empréstimo essa mesma decisão americana para analisar o caso de um candidato de concurso público que tinha uma tatuagem, que, caso fosse entendida como sendo de conteúdo sexual, não o habilitou para o exercício do cargo público. O mesmo teste foi tomado de empréstimo pelo ministro Fachin, que perguntava se uma pessoa, seguindo padrões contemporâneos, considerava aquela tatuagem algo lascivo, se ela retrata algo ofensivo de conduta sexual e se havia alguma razão admissível para o sujeito portar aquela tatuagem. Então, foi tomado de empréstimo, mais uma vez, dos parâmetros norte-americanos que podem nos servir para nos ensinar a criar algum padrão decisório.

A Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982 criou o chamado teste de Oakes, em que, diante de uma análise de discurso, fala ou liberdade de expressão, são feitas algumas perguntas para verificar se aquela fala é pelo direito autorizado ou se há alguma restrição ou ação governamental afrontada pelo manejo daquela liberdade de expressão. A farta jurisprudência de Estrasburgo também nos serve de padrão. Um caso emblemático é o de Von Hannover *versus* Germany, que fixa parâmetros que tratam de liberdade de imprensa e respeito à vida privada. Nesse caso, ele fixa algumas análises e é bastante interessante, porque já tivemos essa discussão no direito brasileiro, de como a imprensa ou as pessoas podem tratar pessoas públicas ou expostas. Qual é o limite de divulgação ou de fala a respeito de pessoas que têm uma vida pública? Esse caso específico foi também usado no RE nº 1075412 de empréstimo pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nós temos uma lei aprovada recentemente em Portugal, a Lei nº 27, de 2021, que é a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital. Hoje, em Portugal, ocorre um franco debate sobre os efeitos e a extensão dessa carta e é bom que todos nós fiquemos de olho no que será produzido a partir disso.

A segurança jurídica perfeita talvez nós não alcancemos. Nós vamos alcançar uma segurança jurídica possível e ela se constrói com aplicação sistemática de teorias, de dogmática, de respeito a precedentes e uso, obviamente, de distinções quando for o caso de efetiva distinção e não produzindo decisões absolutamente factuais. Por isso, a comparação de casos brasileiros com jurisprudência de Cortes serve para um mapa de aproveitamento da caminhada que já foi trilhada tratando de direitos que são reconhecidos em outras Cortes, e ela pode trazer alguma segurança jurídica nos temas recorrentes em direitos analisados por tribunais em outros países.

Rodrigo Badaró



Advogado e
conselheiro do
Conselho Nacional
do Ministério Público
do Brasil.

Quando lemos o *Leviatã*, de Thomas Hobbes, na capa, vemos que dentro da figura do monarca tem milhões de pessoas, que é a síntese do Estado na transferência do poder individual, pois abre-se mão da sua liberdade individual em troca do cedro e da espada, que são a segurança e a estabilidade. Troca-se a liberdade individual pela segurança jurídica.

Desde a Constituição de 1824 até a de 1988, nota-se que se falou muito de proteção individual e de segurança individual. Já a Carta de 88, que é inovadora e extremamente ampla, trouxe uma visão mais geral de organização social e de supremacia da lei. Nesse caso, obviamente, nós esperávamos e esperamos que haja mesmo uma estabilidade na avaliação e na participação estatal dentro do âmbito de decisões. Muitas empresas e disputas estão indo para o exterior por conta do receio de disputar no Brasil, por essas mudanças de entendimento. Para se quebrar conceitos estruturais, tem que mudar o sistema. Nós vamos querer quebrar o conceito estrutural que aprendemos na faculdade, da coisa julgada? Vamos mudar o sistema, porque a coisa julgada está cita-

da na Constituição, e não adianta começar a dar uma interpretação mais volátil à coisa julgada ou virar ação rescisória.

A função do direito é a paz social, que só se dá pelo fim. Não existe ficar dentro de um espectro de perpetuidade e de litígio. A rescisória cria uma extrema instabilidade. De 2023 para 2024, nos tribunais superiores, eu verifiquei 300 ações rescisórias. No Supremo Tribunal Federal (STF), já são 24 só em 2024. Em 2023, foram 50 ações rescisórias. Em 2021, foram 70. Hoje, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) está com 662 rescisórias para serem julgadas. É lamentável, talvez, esse “abuso de direito”, sem deixar à margem o elogio que eu faço ao STJ pela aplicação dos repetitivos. Nós sabemos que precedente não é jurisprudência. É preciso que haja um amadurecimento na formação das convicções. Sabemos que a sociedade muda, o colegiado, a política e a ideologia mudam e as decisões também. Nos Estados Unidos, o *Roe versus Wade* demorou 50 anos para mudar e teve um impacto fantástico de debate nos estados, com um federalismo diferente do nosso. Hoje, depois de 50 anos, talvez mude a Doutrina Chevron, que instituiu, há 40 anos, a interpretação de que as agências americanas eram os intérpretes das questões técnicas para as decisões dos Estados Unidos, ou seja, o que é emissão e o que é aumento de carga. A agência específica era competente para fazer a interpretação em um famoso litígio contra a Natural Research. Hoje, a doutrina está quase caindo. Será que, com a eleição democrata, vai cair ou não? Isso faz parte, pois, como diziam os antigos romanos, a verdade conduz o tempo pela mão.

No entanto, no Brasil, a verdade e o tempo estão muito rápidos. Não faz sentido de dois em dois anos mudar um precedente. Nós temos que ter uma leitura mínima de que vai ter aquele impacto, e a modulação dos efeitos é uma subjetividade – muito interessante, porque ela, na verdade, é um mero *airbag* da quebra da coisa julgada. Nós trombamos o carro, mas o *airbag*, depois, abre, que é a modulação de efeitos. Além de falar da questão da Constituição, é péssimo escutar no exterior, que mesmo lá isso reverberou, que o Brasil é o país onde até o passado é incerto. Os estrangeiros já falam isso. É triste ver isso, ainda mais quando nós temos, na própria lei de introdução das normas brasileiras, o artigo 20, sobre o consequentialismo do juiz, e o próprio artigo 30, que coloca o intuito de se preservar o trânsito em julgado. A União vai

criando ideias, uma supremacia de números, terrorismo de estudos sistêmicos sem pesquisa empírica, um debate de números que vai quebrar a economia, e não podemos lidar com o direito no *civil law* dessa forma, não podemos ter medo da coisa julgada. Então, não posso ser penalizado por um equívoco da União, eventualmente.

Eu acho que a solução é conduzir e usar melhor o tempo para evoluir no debate, e, se assim entender, mudar a jurisprudência. Eu acho que o tempo ajuda esse entendimento. O consensualismo é de extrema importância, que, hoje, o ministro Bruno Dantas vem pregando, assim como o ministro Jorge Messias e o ministro Marco Buzzi. É preciso um consensualismo entre o poder público e o poder privado nos acordos e nas soluções fora do ambiente judicial. Ao comentar Cardeal Mazarin, Humberto Eco falava que o poder reside na manipulação do consenso. A partir do momento que conseguirmos manipular o consenso, nós teremos o poder. Assim, vamos transferir o poder para o cidadão brasileiro, que é quem tem e quem espera o melhor da justiça.

Bruno Bianco



Advogado e
advogado-geral da
União (2021-2022).

O tema que eu quero abordar um pouco do mundo administrativo para a discussão de coisa julgada. Hoje, eu consigo enxergar com muito mais clareza os equívocos que permeiam toda essa discussão envolvendo segurança jurídica e coisa julgada e o quanto que o mundo e os empresários sofrem, e o Brasil perde muito com essa falta de segurança jurídica. Eu vivi quase 18 anos no mundo público e uma grande frustração que me acometia, e remeto isso, talvez, ao fato em relação ao qual eu consegui um pouco de sucesso na carreira, é o meu total inconformismo com a falta de coragem e de segurança que era dada ao servidor público para que pudesse resolver algumas demandas. Na prática, não existe qualquer tipo de estímulo ao servidor público para que ele possa resolver demandas de maneira consensual. Na verdade, o servidor público, com todo o respeito até porque eu fui servidor por 18 anos, é um homologador de decisões contrárias às administrativas. Isso vai gerando um passivo quase que insolúvel, e esse passivo deságua no Judiciário, que tem que tomar a decisão. Essa decisão, na maioria das vezes, é tardia, injusta e não contempla, a tempo e modo, o que se buscava. En-

tão, na prática, e reiterando novamente as críticas, mas tentando ser um pouco otimista, nós estamos vivendo fases diferentes.

Eu me lembrava que há quase 18 anos, quando comecei minha carreira trabalhando no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), eu não tinha nenhuma possibilidade de fazer um acordo. Eu me deparava com 30 audiências diárias e, reiteradas vezes, eu negava direitos de pessoas que os tinham e que eram absolutamente necessitadas, que o Estado tinha o dever de provê-las com benefícios simples, como aposentadoria, mas o governo não fazia acordo. A discussão era a que não se pode dispor sobre interesse público. Isso era de uma crueldade atroz. As evoluções foram ocorrendo e, com a participação do Judiciário, hoje, nós temos a Câmara de Conciliação da Advocacia-Geral da União (AGU). Atualmente, nós temos o Judiciário protagonizando acordos e decisões *adequados* por meios *adequados* de resolução de conflitos. O Judiciário não enxerga mais os meios alternativos como meios que concorrem com ele. Por isso, a terminologia *adequada* é muito mais *adequada*. Na verdade, nós começamos a evoluir nisso e a administração pública começa a ver que é muito melhor um acordo, uma decisão consensual, do que a postergação de uma demanda quase que insolúvel. Nisso, nós começamos a enxergar evoluções, e o Tribunal de Contas da União (TCU), por exemplo, tem a sua câmara, a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso). Por que é interessante a câmara do TCU? Eu não acho que ela concorra com o Judiciário nem com a AGU. Ela é muito importante porque traz uma chancela do TCU que resolve o maior problema que acomete o servidor público nesses longos anos sem acordos, que é a falta de segurança para ele. O servidor público não tem segurança para fazer um acordo porque, amanhã, o Judiciário vai contestar ou o TCU vai tomar uma tomada de contas especial e vai acabar com a vida do servidor público. Isso não é brincadeira. Quando eu comecei a fazer acordo no INSS, ainda que a despeito de qualquer tipo de regulamentação, eu sofri um processo de tomada de contas especial no TCU, que ficou 15 anos tramitando. A pergunta era: por que você fez o acordo? Simplesmente, porque a pessoa tinha direito e a ideia era postergação.

Nessa onda de otimismo, para tentar trazer uma visão um pouco mais bacana do que tem acontecido hoje, eu trago alguns casos que eu vivi e um deles, conduzido pelo ministro Gilmar Mendes, que é o acordo do ICMS Combustível. As leis complementares nº 192 e nº 194 abaixaram a tributação sobre o ICMS Combustível e 11 estados de plano questionaram isso e alegaram a queda abrupta da arrecadação, o que comprometeria diretamente a prestação de serviço público. Logo, uma ponderação de princípios assustadora, porque é interessantíssima a redução do ICMS, e a redução do combustível era necessária nessa época que tinha pandemia, guerra da Ucrânia, entre outras coisas. No entanto, a argumentação questionava como se reduz de maneira abrupta e, com efeito de surpresa, a tributação dos estados que dependem dessa tributação. De maneira muito próspera, o ministro Gilmar Mendes criou uma comissão da qual eu participei como advogado-geral da União, e eu tinha zero convicção que isso daria certo e falei isso ao ministro. Todos os estados sentaram à mesa e o ministro Gilmar Mendes conseguiu um acordo, que o STF homologou. A União está ressarcindo os estados e, hoje, eles têm a possibilidade de optar por alíquota, e criou-se um grupo de trabalho que vai melhorar a legislação. Então, de fato, todo mundo ganha com isso. Isso é um exemplo para o Brasil e para o mundo, para os consumidores e empresários, que o Brasil tem solução do ponto de vista de segurança jurídica. Um meio alternativo ou um meio adequado que fez com que todos se sentassem à mesa. É Pacto Federativo na veia e competência do STF, mas de uma maneira absolutamente heterogênea, diferente do que nós estamos acostumados.

Quando eu cheguei na Advocacia-Geral da União com essa ideia de fazer algo diferente, me deparei com uma questão, que remonta a 1932, Revolução Constitucionalista, quando Getúlio tomou de assalto o Campo de Marte. Ninguém queria tocar nisso. Eu disse para fazermos um acordo. As pessoas diziam que era absolutamente impossível, pois o Campo de Marte estava tomado, uma indenização multibilionária da União para com a Prefeitura e não tinha nenhuma chance de chegar a um acordo. Havia graves problemas em relação a isso, a União dizia que a questão dominial e que a propriedade era da União, mas o município dizia que era dele. Até pessoas dentro da União reconhecendo que era do município, e essa briga era insolúvel. O que nós fizemos? Automaticamente, levantamos quanto o município tinha de débito em relação à União, que girava em torno de 26 bilhões de reais. Nós tínhamos essa dívida quase que incalculável da indenização por conta dessa utilização indevida, dessa posse injusta, e fizemos um encontro de contas. Não é algo simples pensar um encontro de contas? Não é algo corriqueiro, que nós vemos todos os dias? Ninguém tinha coragem de fazer. Nós fizemos um encontro de contas e o município de São Paulo, hoje, deixa de pagar em torno de 3 bilhões de reais por ano. Isso pode ser investido em outras questões que beneficiam a população diretamente, e a questão foi resolvida e homologada pelo STF, pelo ministro Kassio Nunes Marques.

Um outro caso que era do TCU, muito simples também, é sobre contratação emergencial de energia. Tivemos a maior seca da história, fomos obrigados a fazer o Procedimento Competitivo Simplificado (PCS), contratação de energia térmica, que é absolutamente menos limpa do que as demais, e muito mais cara. Tão logo se contratou por conta da maior seca da história, tivemos a maior chuva da história, e tínhamos um contrato com energia caríssima e a possibilidade de usinas hidrelétricas suprirem o consumo que o Brasil precisava. O que nós fazíamos? Queimávamos óleo diesel diuturnamente, porque os contratos eram inflexíveis, ou seja, que são necessários se verter energia todos os dias. Na Câmara de Consenso do TCU, chegamos a um acordo com todos, mais de 400 milhões de reais de desconto para os consumidores e isso reverteu em redução de tarifa e em uma melhora absolutamente significativa para o meio ambiente. Deste modo, eu acho que nós temos solução, mas as críticas são absolutamente necessárias. Este evento é para que nós façamos críticas e para que possamos evoluir. É uma semana de muito aprendizado, mas também é necessário se fazer aqui elogios e dizer que o Brasil está no caminho certo. Temos que ir para o exterior também, levar coisas boas do país, porque muito do que se critica no Brasil é culpa nossa, pois vamos ao exterior e levamos só críticas. Elas, necessariamente, têm que ser levadas, mas temos que ter humildade para revê-las, repensá-las e buscarmos mudanças, mas também temos a obrigação de trazer para o mundo que o Brasil é um belo país, nós estamos mudando esse país e o Judiciário tem um papel importante nisso.

Georges Abboud



Advogado e professor
do Instituto de Ensino,
Desenvolvimento e
Pesquisa

A principal regra do direito brasileiro é o artigo nº 926. O que é segurança jurídica? É ter estabilidade, coerência e integridade. Vou falar de forma contraintuitiva, porque segurança jurídica é um problema brasileiro, mas não é só um problema brasileiro.

Nós temos que entender a função do Judiciário no atual momento. O capitalismo de hoje é profundamente diferente do capitalismo de 30 ou 40 anos atrás. Os alemães falam que houve uma mudança do capitalismo organizacional das grandes organizações para o capitalismo das plataformas. Por que? É um capitalismo que se adaptou, pois diferente do Estado, ele é extremamente adaptável. O Estado não é adaptável, como é o capitalismo. Então, novas tecnologias e globalização geram um impacto profundo no que é o capitalismo, hoje. Ele muda profundamente, a ponto de a Sandra Mitchell falar que tem uma transição de complicado para complexo. Ela tem um livro sobre complexidade política em que trabalha estes conceitos. Mitchell diz que complicado é algo que tem muitos elementos, mas eles só se organizam de uma única maneira. Por exemplo, um quebra-cabeça de 10 mil peças é

complicado de ser montado, mas só dá para montá-lo de uma forma. O complexo é quando se tem múltiplos elementos que podem interagir entre si de formas infinitas. Esse é o capitalismo atual, na relação dele com plataformas e tecnologia. Essa simbiose do privado e do público em escala tecnológica é algo que gera uma complexidade profunda. O Estado, para se adaptar a esta complexidade profunda, deixa de ser aquele Estado autárquico, *top-down*, que é como o Judiciário se organiza, e passa a ser cada vez mais heterárquico. Ele começa a ter agências reguladoras, autorregulações privadas e autorregulações reguladas entre público e privado. São gerados vários núcleos normativos de regulação, só que a estrutura do Judiciário é *top-down*. Então, este Judiciário passa a ser demandado com causas muito mais complexas que no passado, do ponto de vista econômico, social e político. Então, o Judiciário, que tem uma organização estatal muito menos adaptativa, começa a ter uma crescente quebra de déficit cognitivo e de tempo na solução desses casos.

Difícilmente o ideal de segurança jurídica – que, às vezes, é uma visão romântica de um passado em que se decidia muito menos judicializações do que hoje – vai acontecer. Por que? As relações são completamente distintas. Não dá para se exigir que se julgue a quantidade de casos que a Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) julgam em um determinado padrão, quando existem outros sistemas que julgam muito menos e que geram insegurança jurídica. A arbitragem, por exemplo, é um caso clássico disso. Um árbitro muito ocupado julga 15 casos por ano e a quantidade de casos é exatamente sintomática nesse aspecto. A estrutura das produções econômicas não pode ser ignorada na relação do Judiciário e segurança jurídica. Na minha visão, é um caminho sem volta, mas muita melhoria pode ser feita seja na reforma legislativa, na forma decisória, na observância de precedentes etc. A fotografia prévia, necessariamente, não pode ser ignorada. Na Europa, se têm países que, historicamente quando se associa ao Brasil, dizem que têm muito mais segurança jurídica, e, por uma questão econômica ou estratégica, passaram a trabalhar com a questão do foro mais conveniente. Logo, se têm países europeus que aceitam processar a demanda que ocorreram no Brasil sobre uma alegação de que no Brasil não teria uma tutela jurisdicional adequada. Pega-se um precedente de um país africano que estava em guerra civil deflagrada, se faz uma interpretação elástica e eles dizem, por

exemplo, que o Brasil não consegue solucionar adequadamente do ponto de vista jurídico uma questão. Então, ela tem que ser julgada novamente na Inglaterra, na Holanda, à luz do direito material brasileiro. São juízes estrangeiros aplicando o direito brasileiro. Quão seguro juridicamente é isso? De novo, globalização e novas tecnologias influenciando diretamente na questão de segurança jurídica. Fala-se também do modelo americano, que tem um índice de não julgamento altíssimo. Se pergunta para um empresário americano, ele diz que é custoso e vai para o *trial*, vai para a júri. Não se sabe o que sai dali. O acordo é mais vantajoso não porque o sistema necessariamente dá uma segurança jurídica normativa de solução previamente. Logo, são idiossincrasias que, às vezes, nós ignoramos quando a tratamos do modelo de segurança jurídica do Brasil, que julga muito e o tempo todo.

Um exemplo: em São Paulo, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) tem câmaras especializadas de direito empresarial, que são excelentes e funcionam bem, mas geram alguns problemas. Essas câmaras criaram uma série de decisões que invadiam o domínio econômico de plano de recuperação, que já é complexo por si só. A quarta turma criou uma série de precedentes, trazendo a deferência ao aspecto econômico e, de novo, o Judiciário não invadindo a esfera do domínio econômico do plano. Isso é fundamental para a economia, para a recuperação de empresas e para a estabilidade de planos, que são cruciais. Este é um exemplo de como precisou-se dos tribunais superiores em uma temática simples. Então, por mais que haja insegurança jurídica dos tribunais superiores, o meu receio quando a crítica não dá um passo atrás ao fazê-la é que a solução seja que STJ e STF devem julgar menos. Eu não gostaria que o STF ou o STJ julgasse menos *habeas corpus*, ou que o STJ não pudesse dar a última palavra sobre temas privados fundamentais no direito brasileiro. As saídas para isso são várias, mas uma delas é acordo em controle abstrato de constitucionalidade. O STF já fez mais de 20 acordos em controle abstrato. Então, soluções existem, podem ser trabalhadas, mas eu acho que a fotografia do diagnóstico tem que ser um pouco mais estruturada nas relações econômicas e políticas antes de a solução jurídica ser apresentada.

MESA XXXII

32

MODERADORA - PATRÍCIA CARRIJO¹

A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL NO BRASIL

¹ Presidente da Associação dos Magistrados do Estado de Goiás.

Patrícia Carrijo



Presidente da Associação
dos Magistrados do
Estado de Goiás.

É motivo de muito orgulho para todos nós falar sobre um tema de tanta relevância, que é a atualização do Código Civil. Desde 2023, nós iniciamos esse trabalho de atualização com muita discussão. Foram diversas audiências públicas, onde tivemos a oportunidade de ouvir os principais segmentos da sociedade civil.

Nós estivemos em vários locais do país, debatendo e ouvindo, pois o Código Civil atual, entre a tramitação e a aprovação, já tem mais de 50 anos. É uma norma que, no momento, diante dos avanços que temos vivido, precisa ser atualizada. É esse o trabalho que a comissão se debruçou durante todos esses meses, presidido pelo ministro Luis Felipe Salomão, que conseguiu conduzir com muita maestria e composição, todas as nossas necessidades.

Temas relevantes relacionados ao direito de família, da personalidade, de empresa, contratos, responsabilidade civil, a qual tive a honra de compor a subcomissão junto com o professor Nelson Rosenvald e a ministra Isabel Gallotti. Nós trabalhamos muito e apresentamos esse anteprojeto no mês de abril e esperamos que continuemos avançando em relação a um tema tão importan-

te, porque nada é imutável, tudo está sempre mudando. Quem imaginaria que, com tanta tecnologia e avanços, nós teríamos a sociedade que estamos vivenciando? Os desafios continuarão aumentando.

O professor e ministro Alexandre de Moraes, em um evento, mencionou sobre a necessidade de pensarmos em todas as funções que, hoje, o Código Civil exerce, quando pensamos em *fake news*, em ambiente virtual, no direito digital, em tecnologia de uma forma geral. Os desafios que nós temos que enfrentar também dizem respeito a lutarmos para que tenhamos uma sociedade cada vez mais igualitária, mais preocupada em oferecer realmente a justiça, que, afinal de contas, nos é devida.

Desde já, eu gostaria que o ministro Luis Felipe Salomão explicasse os principais desafios que foram enfrentados durante esses trabalhos da comissão, porque nós também que fomos alvos de muitas *fake news*. Falaram sobre várias previsões que não existem. Também gostaria que o senhor falasse o porquê de a sociedade precisar dessa evolução e qual o seu pensamento em relação à inteligência artificial, ao direito digital, já que, hoje, ele conversa com todos os nossos livros do Código Civil.

Luis Felipe Salomão



Vice-presidente do Superior Tribunal de Justiça, corregedor nacional do Conselho da Justiça Federal, coordenador do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV Justiça.

Nós tivemos intensas mudanças recentemente e é altruísmo afirmar que, nos últimos dez ou vinte anos, todo o ambiente e toda a sociedade mundial teve uma transformação extraordinária nos costumes, nas formas de contratar, de se relacionar no ambiente social e econômico. É desnecessário dizer o quanto nós alteramos, não só pelo impacto das tecnologias, mas também pela transformação que vivenciamos nos costumes. Nós temos uma população mundial com oito bilhões de pessoas e, praticamente, 60% vivendo no ambiente urbano. Desse oito bilhões de pessoas, 5,6 bilhões têm acesso à internet por um telefone, sendo 5,3 bilhões de maneira individual. Quase 70% da população do mundo usa a internet e 5 bilhões desses estão inseridos em redes sociais. Nós estamos falando de 62% da população mundial. O primeiro *website* foi criado em 1992 e, de lá para cá o crescimento foi extraordinário. Em 2024, 5 bilhões de pessoas utilizam a internet. O tempo médio que as pessoas usam na internet por dia é em torno de 6 horas e 40 minutos. A África do Sul e o Brasil são os que mais utilizam a internet durante o dia, por cerca de nove horas. Os que menos utilizam, curiosamente, são os países mais avançados. O Japão é o que menos utiliza, se-

guido da Dinamarca e Coreia do Sul. O Google é o site mais visitado, depois o YouTube, o Facebook etc. Esse é o contexto que nós trabalhamos para apresentar o projeto.

O atual Código Civil, na época em que foi concebido, foi acolhido pela comunidade internacional como um código de ponta e, efetivamente, o é. Ele tem plasticidade e princípios, como eticidade, operabilidade e boa-fé objetiva, e, a partir da sua vigência, resolveu uma série de problemas, mas já tem praticamente 50 anos desde a sua elaboração. A primeira comissão foi composta por três homens e liderada por um grande jurista, Miguel Reale, que elaborou o projeto quase 50 anos atrás. O Parlamento o tramitou por quase 20 anos e ele está em vigor há 20 anos. Então, é um tempo efetivamente longo. No meio do caminho, teve uma Constituição e ele foi alterado por 59 normas e tem 50 propostas para modificação. Então, é o momento de pensarmos na sua atualização, porque o mundo inteiro vem atualizando sua legislação civil, e este, como sabemos, é o código do cidadão, do dia a dia.

O nosso trabalho foi intenso. Nós nos reunimos por quase 70 horas de trabalho só em audiências públicas, nos quatro cantos do país e realizamos inúmeros seminários no Brasil e no exterior. Ouvimos juristas argentinos, que modificaram o seu código civil há pouco tempo. Nós recebemos sugestões de toda a sociedade civil, faculdades de direito, órgãos públicos, associações de advogados, de juristas e da sociedade civil. Nós realizamos um trabalho que começou em 4 de setembro de 2023, com um grupo de juristas reconhecidos no Brasil e no mundo. Alguns ficaram de fora, e ficaram um pouco ressentidos com isso, porque não cabia todo mundo, mas o trabalho foi bem apresentado. O Luciano Bandeira, que é o presidente da OAB/RJ, acompanhou esse trabalho também.

Quais foram os temas que nós tínhamos para enfrentar? É impossível mencionar todos, e eu prefiro tratar mais da questão da tecnologia, mas alguns temas são realmente candentes, como incapacidade, pessoas com necessidades especiais, formas de disposição do próprio corpo e doação de órgãos, direito autoral e imagens por inteligência artificial etc. Quem não se recorda de um comercial recente com a filha de uma cantora, que, em um comercial, foi transformada em uma interpretação musical pela inteligência artificial, e aquilo gerou uma grande discussão sobre a utilização da imagem depois da morte da pessoa, se havia possibilidade de os parentes autoriza-

rem, ou se havia necessidade de se deixar isso expresso antes. Há a questão da própria doação de órgãos, da disposição do corpo, pois já há um debate intenso sobre eutanásia na Europa e em vários países do mundo. O direito ao esquecimento, posse e direito de laje, também foram tratados. Assim como o conceito de vizinhança, com essas novas economias, chamada de economia de compartilhamento, e com aluguel de imóveis, sofreu uma transformação muito grande e os tribunais, hoje, debatem se é possível, se a convenção pode vedar, se não pode, como isso funciona no aluguel por aplicativo. Contratos e na assinatura digital, também é um grande desafio.

Fundos de investimento e novas formas societárias, a Comissão desburocratizou uma série de procedimentos e procurou simplificar e estimular o empreendedorismo, que é uma das raízes do nosso capitalismo. Tratamos dos títulos de crédito, sobretudo aqueles de maneira digital. Hoje, nós temos novos desafios, como criptomoeda e todos os títulos de crédito que estão, hoje, praticamente em desconto em banco, que são títulos de crédito digitais. Temos novos horizontes da responsabilidade civil, internet das coisas e redes sociais, e a ideia da prevenção, que nós trabalhamos em linha com o que está acontecendo no mundo todo. Atualmente, nós sabemos que tem experimentos, no Vale do Silício, com transplante de órgãos, com elaboração de órgãos humanos em laboratório, independentemente de transplante, à exceção do cérebro, que tem os neurodireitos. Os novos arranjos familiares que chegam, tanto o Supremo Tribunal Federal (STF) como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também foram tratados. Aliás, o STJ foi pioneiro ao reconhecer a possibilidade de casamento entre duas pessoas, e não só entre um homem e uma mulher, e a adoção por casais homoafetivos. Embriões e barriga de aluguel, toda a parte de relacionada a formas diferentes de engravidar, de embriões implantados, de novas tecnologias para que isso aconteça, herdeiros e herança digital, eutanásia e o conceito de morte física, o próprio direito animal, que ganhou um *status* bem interessante, e que foi debatido. Nós não chegamos a reconhecer personalidade jurídica, foi um debate muito intenso, mas, em linha com o que também outros direitos estabelecem, nós inserimos a ideia de ser senciante para o animal. Então, nós temos um grande novo desafio, pois nós avançamos muito e propusemos ao Parlamento a criação de um livro novo e explicamos isso ao presidente Pacheco, que teve a ideia de criar a comissão e de avançar com esse projeto e, agora, é o Parlamento que vai apreciar o desdobramento do nosso trabalho.

Nós propusemos de maneira inusitada, pioneira, a criação de um livro do direito digital, abordando diversos temas, que têm sido objeto das nossas pesquisas na Fundação Getúlio Vargas (FGV). Nós trabalhamos com os eixos de governança, solução de conflitos, democracia, sustentabilidade, e fizemos algumas pesquisas avaliando a inteligência artificial nos tribunais, a questão das *on-line dispute resolutions* (ODR), de como decidem os tribunais quando se trata de plataformas digitais. Nós temos a proposta para realizar uma pesquisa, que já está em andamento, sobre reforma do Código Civil, fazendo um estudo comparado entre o Brasil e a Europa nesse capítulo do direito digital. O nosso objeto da

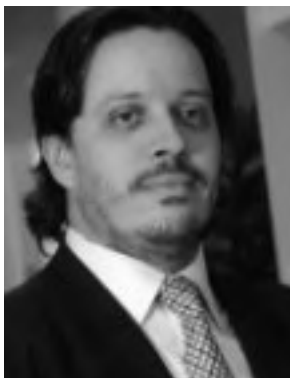
pesquisa vai ser uma análise de equiparação a fundamentos e princípios, conceito de ambiente virtual, desindexação, neurodireitos, conceitos gerais de inteligência artificial (IA), e vários outros temas que os nossos pesquisadores estão trabalhando. Hoje, já se avalia que daqui a 10 ou 20 anos possamos criar, em laboratório, órgãos humanos, à exceção do cérebro, e isso deve ser protegido pelo direito por uma série de fatores, principalmente porque também é o detentor de dados do ser humano. Por isso, ele não pode ser substituído e é impossível de ser transferido ou transplantado, e precisa de proteção. Assim, algumas legislações do mundo já estão inserindo essa proteção e nós propusemos isso no nosso projeto, conceituando neurodireitos e estabelecendo suas proteções.

Há também a herança digital. Muito além de fotos nas redes sociais, herança digital representa criptomoeda e senhas. Hoje, todo o conceito de banco está armazenado na ideia do compartilhamento das nuvens, então é relevante resguardar isso pela herança digital. Os pesquisadores estão avaliando onde já existe a regra para neurodireitos, para herança digital, para criação de imagem de pessoa viva ou falecida por inteligência artificial. O nosso projeto estabelece uma proposta sobre a permissão e quem pode conceder essa autorização, e essa é uma regra que ainda não existe no mundo. Os *smart contracts*, também, formas digitais de se contratar, e já há pesquisas avaliando se existe alguma forma de discriminação nesses contratos e em que medida isso acontece. O nosso projeto de pesquisa também vai avaliar se há alguma regulamentação em outros países. Sobre moderação de conteúdo das redes sociais, também observando as diretrizes da Comunidade Europeia e em outros países, fazendo a comparação, nós propusemos esse texto.

Por fim, só queria mesmo mencionar a outra pesquisa que nós concluímos sobre moderação de conteúdo nas plataformas e como decide o STJ. Nós fizemos um apanhado sobre vários julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e do Rio de Janeiro (TJRJ) e das ações que envolvem esse tema no STJ para concluirmos que essas ações têm por fundamento principal a retirada do conteúdo, mais até do que a questão indenizatória. Então, se nós resolvermos, na regulação, a retirada de conteúdo, vamos resolver inúmeros problemas relacionados a essa questão.

Nós temos muito ainda a debater e essa proposta vai tramitar no Parlamento. Seguramente, vamos realizar inúmeros debates em vários outros setores, com vários segmentos, e esse é apenas uma das oportunidades que nós temos para uma plateia muito privilegiada e qualificada de podermos transmitir um pouquinho das nossas ideias e ouvirmos as ponderações. Esse Fórum de Lisboa já transcende ao encontro de juristas Brasil-Portugal, e já é um marco icônico, assim como existem fóruns econômicos, políticos e sociais, esse, do ponto de vista do direito e de matérias correlatas, já se destaca no cenário e no calendário como um fórum que transcende aos dois países e é um fórum internacional que crava nas nossas mentes e nos nossos debates, perspectivas para um futuro melhor.

Flavio Galdino



Advogado.

O tema do direito da empresa foi objeto de trabalho de uma subcomissão e, assim como a comissão, realizou diversas audiências e conclaves com professores. Nós nos reunimos com mais de uma centena de pessoas, entre embaixadores de câmaras especializadas, juizes de primeiro grau especializados, professores das principais escolas do país, e acredito ser legítimo dizer que o resultado do trabalho, em sua grande maioria, foi acolhido pela comissão. A lógica foi a de incorporar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – que nos últimos 20 anos produziu um trabalho relevante em matéria de direito da empresa – e voltar os olhos para os institutos do direito da empresa, especificamente do livro de direito da empresa, com a tentativa de focar em segurança jurídica, atribuindo maior grau para as atividades empresariais no país e estimulando, deste modo, o empreendedorismo.

A legislação brasileira não foi formulada em uma época em que houvesse tecnologia disponível. Isso vale para todas as áreas e para o direito de modo geral, mas, no direito empresarial, isso é muito sensível porque as formas de constituição e de manutenção da vida

da sociedade, das sociedades empresariais, estão ainda no direito brasileiro, especialmente as do Código Civil, atreladas a um modelo muito antigo. Mais de 95% das empresas brasileiras obedecem a formas previstas no Código Civil. As empresas formadas de acordo com as regras do Código Civil correspondem à maior parte do recolhimento de tributos no país e são os maiores empregadores. O mercado de capitais e as regras de fundos, que o professor Marco Aurélio teve a oportunidade de cuidar no livro de direitos reais, são muito importantes para investimentos e o Brasil é a segunda maior indústria de fundos de investimento do mundo e as sociedades abertas são veículos de investimento importantes. No entanto, a lógica do empreendimento individual é a do Código Civil. Então, é muito importante dotar o código de instrumentos eficientes para o desenvolvimento de atividades empresariais.

A comissão foi muito permeável às informações da área de direito da empresa e o objetivo foi simplificar a vida empresarial, desde a constituição até o final, de novo, com foco em segurança jurídica e observância de autonomia privada e força obrigatória dos contratos. No momento de constituição da empresa, diversas decisões devem ser tomadas no sentido de otimizar a sua vida subsequente. Se for adotado o anteprojeto, se for acolhido pelo Parlamento e promulgado, a lógica será de que no momento da constituição da empresa não se registrará uma nova empresa sem observância de determinados parâmetros que tendem a facilitar a lógica de comunicações eletrônicas. Então, no momento de constituição, é imperativo que as pessoas indiquem os meios de comunicação eletrônica e o dispositivo estabeleça que as comunicações serão efetuadas através daquele modo, não apenas as comunicações interna-corpo, as comunicações da sociedade, mas, de um modo geral, as comunicações processuais também têm presunção de validade e eficácia quando realizadas por meio daqueles endereços. As conversas com os tribunais demonstraram que os atos de comunicação são, via de regra, problemas na vida societária. Da mesma forma, as publicações relativas à vida societária no Brasil ainda tendem a um modelo muito estranho. O professor Barbosa Moreira dizia que publicar um edital no Diário Oficial é a melhor forma de manter uma informação inédita, porque ninguém o lê. Por isso, o objetivo do anteprojeto é simplificar a publicação, estabelecendo a publicação eletrônica como regra e através de sítios eletrônicos predeterminados pela empresa.

Não vai mais haver dúvida quanto aos atos de comunicação, quanto às comunicações e publicações da sociedade.

No ato de registro, a empresa já informa se opta por arbitragem ou não opta por arbitragem como método de solução de controvérsia e, principalmente, qual será o critério, o parâmetro para apuração de haveres em caso de dissolução. O anteprojeto estabelece a vigência única do princípio majoritário nas deliberações sociais. O Código Civil de 2002 estabeleceu originalmente uma série de quórum diferentes. Isso, em geral, não traz solução, só problema. A lógica foi a de realizar uma uniformização, apenas um quórum majoritário para qualquer deliberação. As deliberações são preferencialmente virtuais, mas eventualmente é possível alguém requerer a realização de uma deliberação presencial, na medida em que a matéria seja de algum modo sensível, por exemplo, a exclusão de um sócio ou algo que o valha. Quem milita nessa área sabe que a maior parte das deliberações não existem como reuniões de verdade. As pessoas não se reúnem, mas elas circulam papéis para tomar as deliberações. Isso, hoje, é institucionalizado até no ambiente da insolvência, em que não existe afeto societário, não existe um vínculo de confiança, ou seja, nós podemos realizar assembleias ou dispensar a realização de assembleias por meio de fórmulas documentais. Da mesma forma, no ambiente das empresas, é muito mais eficiente que as pessoas possam institucionalizar esse método porque, hoje, nós vivemos um regime permanente de simulação, ainda que seja uma simulação inocente, ou seja, as pessoas não estão exatamente fraudando alguma coisa, mas a reunião não existe, pois o papel circula, as pessoas assinam, e é melhor que a prática do mercado seja efetivamente institucionalizada.

Além de cuidar do nascimento da empresa e simplificar – ou tentar desburocratizar – a vida da empresa, no que diz respeito ao episódio de solução da empresa, os problemas, a morte da empresa, era muito importante e esse foi o principal ponto de atenção nos debates que nós realizamos com os tribunais de justiça. Diversos magistrados disseram que o principal problema que enfrentavam era a utilização de critérios de apuração de haveres e o levantamento da jurisprudência indicava que havia muito dissenso. Embora o STJ tivesse tentado uniformizar, ainda havia um grau de dispersão muito grande. Parece-me que o Código de Processos de 2015, de certa forma, aumentou o problema porque, aparentemente, outorga ao juiz e, de certa forma, parece atribuir mais poderes ao juiz para controlar os critérios de apuração aplicadas na apuração de haveres. A solução do anteprojeto foi, de novo, observância da força obrigatória dos contratos, o que tiver estabelecido no contrato, e este só vai ser registrado com aquela previsão, o que tiver estabelecido no contrato vai ser observado, sem a possibilidade de uma substituição. Evidentemente, nós dispomos de inúmeros critérios para fazer *valuation* de empresas e de participações societárias. Obviamente, a pessoa que sai pretende um valor maior, os que ficam pretendem pagar um valor

menor, e isso faz parte do jogo. Esse é o mercado, mas parece que a solução do STJ é boa, no sentido de que o critério deve ser o de preservação da atividade empresarial. Então, para aqueles que saem, principalmente voluntariamente, na omissão do contrato, que tende a ser rara, porque o contrato só vai ser registrado com uma previsão específica sobre o critério de apuração de haveres, na hipótese de omissão do contrato, segue-se a decisão do STJ. Assim, nós atendemos os dois parâmetros que foram propostos pela Comissão e pelo presidente Pacheco, que é incorporar a jurisprudência do STJ e observar a segurança jurídica. As partes deliberam, vai ser observado, se não tiver previsão, segue-se o parâmetro fixado pelo STJ.

Nelson Rosenvald



Professor do Instituto
Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e
Pesquisa.

Eu sou um civilista, gosto de direito civil como um todo, mas tenho um carinho muito especial pela responsabilidade civil também e tive a felicidade de integrar essa comissão como relator, junto com Patrícia Carrijo e a ministra Isabel Gallotti.

O motivo para que entendam o meu recado é uma frase do Stefano Rodota, o maior jurista italiano dos últimos 50 anos, que disse que a responsabilidade civil é a campainha de um alarme. O que ele quis dizer com isso? Todas as patologias que existem em um sistema jurídico, tudo que há de disfuncional vai para a responsabilidade civil. O problema é que, apesar de ser um excelente Código Civil, ele é um projeto da década de 70. Há 50 anos, quem discutia o que havia de errado no Código Civil era Caio *versus* Tício, ou seja, a lógica do Código Civil era baseada em problemas relacionados à violação de propriedade e inadimplemento contratual. Só que a responsabilidade civil cresceu enormemente, porque, hoje, não recebe apenas questões patrimoniais. Ela é o repositório de todas as desgraças relacionadas à violação de direitos fundamentais, direitos da personalidade e tecnologias digitais emergentes, ou seja, nós discutimos vazamento de da-

dos, danos algorítmicos e estamos no campo da responsabilidade civil, preferencialmente. Justamente por isso, as propostas da Comissão de Responsabilidade Civil são mais amplas e mais densas do que outras comissões do Código Civil, como a do Direito das Obrigações, que já é um setor mais estabilizado, mas não existem surpresas. O que a nossa comissão fez foi seguir a melhor doutrina, a melhor jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e uma novidade. Nós não começamos a nos reunir há oito meses. Desde 2004, nós fazemos as jornadas do Conselho da Justiça Federal (CJF) e estamos discutindo a reforma desse Código Civil há 20 anos. Muito do que tem na proposta é produto dessas discussões.

Eu vou verticalizar a discussão em dois cenários, que são igualmente importantes. Primeiro, os magistrados são os destinatários da responsabilidade civil. A maior parte das demandas acessíveis no Brasil, dos Juizados Especiais até o STJ, são demandas de responsabilidade civil. Seja demanda de responsabilidade civil por violação de contrato, por dano ao consumidor, por um dano moral, quem já não esteve diante de uma situação como essas? Ou seja, nós não estamos falando de arbitragem, notário ou registrador, estamos falando de magistrados. Qual é o problema? O Código Civil atual não oferece critérios objetivos para os magistrados realizarem seleção e quantificação de danos. O que acontece? A chamada guerra das etiquetas. O que é isso? Cada doutrinador quer um dano para chamar de seu e a criatividade é enorme. Hoje, nós temos estabilizado no STJ o dano estético, o dano à imagem, mas todos já ouviram falar de dano existencial, dano ao projeto de vida, dano morte e dano biológico. Essas nomenclaturas avultam conforme a nossa criatividade. O que acontece? À míngua de respostas no Código Civil, os juízes criam as suas próprias rubricas, classificações e tariffações de gabinete. Isso é muito ruim, porque não se trata de um novo código.

Nós queremos seguir a base do Código Reale e uma das diretrizes é a da operabilidade, ou seja, esse Código se destina ao cidadão comum, que não quer saber, no caso de uma sentença de responsabilidade civil, se há um dano biológico, um dano corporal ou um dano de morte. Ele quer saber quais são as consequências lesivas do dano que sofreu, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial. Então, o que a Comissão seguiu? A ideia é de criar um guarda-chuva chamado dano extrapatrimonial. A partir

do dano extrapatrimonial, nós evoluímos o critério bifásico, criado pelo saudoso ministro Sanseverino, aperfeiçoando em duas fases. Primeiro, aquela noção geral de qual é o bem jurídico atingido, e depois entramos mais a fundo nas vicissitudes de cada vítima. Isso é muito importante, não só para o cidadão comum e para o magistrado, mas também para os agentes econômicos, porque eles querem previsibilidade. O que acontece? A regra, em qualquer lugar do mundo não é a responsabilidade civil, é a irresponsabilidade civil, porque se todo o dano que acontece no nosso dia a dia fosse indenizado, as pessoas amanhã não sairiam na rua com medo de causar lesões a outrem. Um investidor ou empreendedor não realizaria sua atividade econômica. Logo, tem que haver muito cuidado nas razões pelas quais um ordenamento jurídico transfere os danos sofridos do ofendido para o ofensor.

O segundo cenário é importantíssimo. O Código Civil de 2002 também cai na cilada Caio *versus* Tício com relação aos danos que reconhece. O Código Civil atual pensa no mundo bipolar, onde só existem danos individuais e patrimoniais. Só que se sabe muito bem que os danos que interessam hoje não são danos patrimoniais, são danos extrapatrimoniais. Eles não são danos apenas individuais, mas são danos metaindividuais. Eles são danos difusos, homogêneos, anônimos, catastróficos, como em Minas Gerais com Mariana e Brumadinho, e, muitas vezes, são danos irreparáveis. Se eles são danos irreparáveis, como nós podemos, hoje, acreditar no monopólio da função compensatória da responsabilidade civil? Como nós podemos ainda acreditar naquela ficção que nos contavam em sala de aula, que o objetivo da responsabilidade civil é restituir a vítima a uma situação hipotética, aquela que, se o dano não tivesse acontecido? Isso é impossível. A poetisa Adélia Prado diz: “Deus, de vez em quando, me tira a poesia. Olho para uma pedra e vejo uma pedra”. É isso que acontece na responsabilidade civil. Nós estamos olhando a pedra e cantando aquela mesma pedra que os nossos avós. Quando, na verdade, o importante, em 2024, não é só conter danos, é conter comportamentos antijurídicos e, para isso, nós não apenas olhamos para a vítima, mas também para o ofensor, porque há necessidade de prevenir e punir ilícitos, restituir ganhos indevidos e, muitas vezes, premiar o agente econômico que adota comportamentos conforme a boa fé. Justamente por isso, num tom muito semelhante ao Código Civil da Argentina, de 2015, nós trabalhamos com a ideia de uma multifuncionalidade da responsabilidade civil, que há uma função preventiva. Essa função preventiva não seria uma invenção do projeto do Código Civil. Ela já existe no Código de Processo Civil (CPC), no artigo 497, parágrafo único, na tutela inibitória do ilícito, também desenhada por Marinoni, no Brasil. Ela já existe no CPC, na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), na futura Lei de Inteligência Artificial, porque, em todas elas, a ideia não é *liability*, ou seja, a obrigação de indenizar os norte-americanos é *accountability*. O Código Civil, que nós queremos reformar, não tem a pretensão de ser monopolístico como o Código Civil Beviláqua. Ele apenas quer ocupar um

papel de centralidade dentro do sistema, mas, para isso, ele tem que dialogar com os outros microssistemas. Se nós não tivermos uma função preventiva, esse Código Civil ficará perdido. Ele não se dará esse trabalho de coordenação que é fundamental. Essa função preventiva se concilia com a chamada função promocional da responsabilidade civil que significa que os agentes econômicos que mitiguem riscos, adotem regras de governança e *compliance* e, às vezes, mesmo fazendo tudo de correto, causam danos dentro de uma responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, e o juiz poderá reduzir o valor dessa indenização, tendo em vista que ele adotou as melhores práticas. O que se observa? É uma canalização de propósitos que faça com que a responsabilidade civil de 2024 passe a se chamar gestão de riscos. O que nós queremos é uma gestão eficiente de riscos.

Se esse Código Civil for aprovado, dentro da parte de responsabilidade civil, apenas será a ponta do *iceberg*. Por que? Nós precisamos, além da reforma do Código Civil, de políticas públicas em matéria de responsabilidade civil, vide o que aconteceu no Rio Grande do Sul, mas não apenas políticas públicas do Executivo e do Legislativo, mas do Judiciário também, através do processo estrutural, parametrizando caminhos para danos permanentes e danos de longa atuação. Nós precisamos de ações coletivas, isso é muito importante, porque as demandas são pulverizadas. Também precisamos de sanções administrativas, como já há a previsão na Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), porque com sanções administrativas e com conformidade, muito daqueles prováveis danos não se consumam e não chegam ao Judiciário. Por fim, para aqueles que gostam de inteligência artificial, para o futuro que já se faz presente, nós também temos que pensar, no Brasil, em fundos compensatórios e seguros obrigatórios, porque a maior parte dos danos que atingirão os nossos filhos não serão aqueles do Mark Zuckerberg nem do Bill Gates, serão de empreendedores de fundo de quintal, muitas vezes insolventes e anônimos, e que nós não teremos acesso a uma indenização. Assim, a importância de fundos compensatórios e seguros obrigatórios.

Heitor Sica



Professor da
Faculdade de Direito
da Universidade de
São Paulo

A minha área de estudo é o direito processual civil e entendi que haveria uma possibilidade de uma melhor contribuição da minha parte em enxergar aquilo que o anteprojeto traz de alterações diretas e repercussões no Código de Processo Civil (CPC). Assim, vou dividir a minha exposição em algumas partes: dispositivos do CPC que foram revogados, alterados, expressamente referidos, porém sem alteração, e outras disposições que podem ser consideradas tipicamente processuais e que estão encartadas no texto que foi apresentado ao Senado Federal e, por fim, repercussões indiretas que disposições apresentadas neste projeto trazem para efeito de impactos no funcionamento do direito processual civil.

Eu começo assentando uma premissa. O Código Civil e Código de Processo Civil são leis ordinárias federais, ambas editadas com base no artigo 22, inciso I da Constituição Federal, que atribui à União Federal a competência legislativa exclusiva em matéria de direito civil e direito processual. Isso resolve uma série de problemas, em especial pelo fato de haver normas processuais no bojo do Código Civil, anterior a essa proposta reforma, e normas materiais

que estão presentes no Código de Processo Civil, e a doutrina já as tem todas mapeadas. Ainda assim, subsiste a utilidade manifesta em entendermos o que é uma norma de direito material e o que é uma norma de direito processual. Não apenas sob o ponto de vista de competências legislativas, porque fora do direito civil, do direito comercial e de outras matérias do inciso I do artigo 22 da Constituição, há uma série de outras áreas do direito em que estados e municípios legislam. Portanto, há indubitável utilidade de saber o que é uma norma processual e o que é uma norma material e quando estamos diante de processos solucionados por árbitros, em que o direito brasileiro aplicável à arbitragem é o direito material, portanto, ali sim existe a utilidade de separar esses fenômenos.

A par desse aspecto meramente metodológico, é possível dizer que, em princípio, não há problema algum que normas materiais estejam no CPC e normas processuais estejam no Código Civil, e esse diálogo entre esses dois códigos que constituem um elemento fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, naquilo que concerne ao cidadão, aos seus direitos, e como eles são defendidos perante o Poder Judiciário. Nós temos uma série de alterações, revogações e menções expressas do CPC de 2015 em relação a esse projeto de Código Civil. Não são tão numerosas assim, e não vou passar por todas as questões, mas verifica-se que diversas disposições trazidas pelo projeto de Código Civil alteram de forma textual o CPC. Isso já havia acontecido quando o CPC em 2015 foi aprovado, ou seja, normas, como a do artigo 456 do Código Civil, tratando da evicção e das medidas processuais decorrentes dela, produziram alterações do CPC em relação ao texto do Código Civil. É possível também identificar uma série de dispositivos do Código de Processo Civil que estão na mira do projeto de revisão do Código Civil para serem revogados. Eu destacaria, ainda, antes de fazer reflexões mais interessantes que vão muito além do que simplesmente o texto legal já nos apresentaria, menções expressas do CPC de 2015 no texto do projeto. Nós temos, em determinados momentos, como nos direitos da personalidade, a alusão a um dispositivo do CPC que impõe a um juiz um dever específico de fundamentação quando decide causas em que há colisão de direitos fundamentais. Isso aparece na parte geral, atinente à colisão entre direitos fundamentais e, por exemplo, direitos de liberdade de expressão. O artigo 489, parágrafo 2º, impõe ao juiz que faça o

juízo de proporcionalidade de ponderação com uma fundamentação específica. Exemplifico também o artigo 1146, que fala sobre trespasses de estabelecimento comercial e responsabilidade do trespassário, e estabelecendo que a forma pela qual se estenderá a responsabilidade patrimonial ao trespassário seguirá o mesmo procedimento do incidente de desconsideração de personalidade jurídica. Embora sejam fenômenos do ponto de vista material distintos, cria-se no CPC, de forma textual, que a jurisprudência já vinha colhendo, um mecanismo que proporciona ao sujeito, a quem se pretende redirecionar e estender a responsabilidade patrimonial, a possibilidade de um prévio contraditório, para que somente depois, possam ser praticados atos de agressão à esfera jurídica.

Fiz uma listagem que me parece exemplificativa, até pelas dificuldades de identificar com absoluta clareza o que são, em muitos casos, normas tipicamente processuais e normas tipicamente materiais. Nós temos normas que eu reputo indubitavelmente processuais. Uma norma que dispõe de uma impenhorabilidade para preservação do mínimo existencial, que vai além da Lei do Bem de Família, Lei nº 8.009/1990, que vai além das proteções já instituídas pelo artigo 833 do CPC, me parece uma norma tipicamente processual, pois a penhora se realiza perante o Poder Judiciário, necessariamente. Há até um procedimento e um diálogo muito intenso entre o procedimento especial instituído no CPC da dissolução de sociedade, com várias regras a respeito da apuração de haveres, também indubitavelmente disposições de caráter material, embutidas no Código de Processo Civil, e que são alteradas naquilo que é objeto tipicamente material, mas um passo além, se instituindo até um procedimento especial no bojo do Código Civil.

Eu destacaria ainda uma tendência importante, que aparece difusa em várias dessas alterações, e que não é uma tendência nova, porque simplesmente aprofunda algo que já vem se desenvolvendo há bastante tempo, que é a redução gradativa da jurisdição voluntária. São 20 anos de reformas legislativas, que vão tirando do Poder Judiciário determinados procedimentos, que Calamandrei chamaria de “ações constitutivas necessárias”, que, mesmo que houvesse consenso entre as partes, obrigava-se a que as partes recorressem ao Poder Judiciário, e gradativamente essas funções têm sido excluídas do Poder Judiciário e confiadas a notários e registradores. Nós temos, em 2004, na Lei de Registros Públicos, no que toca a imóveis. Em 2007, tivemos arrolamentos e separações e divórcios extrajudiciais, mas com limitações se houvesse menores ou houvesse testamento, não seria possível fazer pela forma extrajudicial. O CPC preservou essa regra, mas o projeto a abandona. A jurisdição voluntária vem sendo comida pelas beiradas e não é difícil imaginar que, em um prazo breve, ela será reduzida quase a zero, deixando o Judiciário focado naquilo que é a sua missão essencial, que é a solução de conflitos.

Por fim, algumas exposições têm uma finalidade limitada, mas que, aos olhos de um processualista, trazem novidades auspiciosas. Por exemplo, a ideia de que é possível quebrar o dogma da suma estabilidade subjetiva do processo na ação de alimentos, o artigo 1698 permite que o alimentante que não obteve êxito em demonstrar as capacidades do alimentante originalmente colocado no polo passivo, inclua novos corresponsáveis no curso do processo, sem necessidade de ajuizar uma nova ação. Também a disposição que obriga que o fiador seja comunicado a respeito do débito antes que ele se avolume e se institua um prazo para que o credor demande o afiançado, sob pena de não poder reclamar os encargos moratórios do fiador. Isso poderia se aplicar em diversas outras hipóteses de corresponsabilidade. A ação movida pelo fiador para cobrança da dívida do afiançado no interesse do credor, instituindo, no Código Civil, algo que a legislação brasileira não conhece expressamente, a ação sub-rogatória presente nos ordenamentos europeus e latino-americanos, à exceção do brasileiro. O meu objetivo não era exaustivo, era uma primeira aproximação informativa para apresentar a aqueles que não leram eventualmente o projeto até agora, com os olhos de um autor que estuda o direito processual civil.

Celso Barros



Presidente da Ordem
dos Advogados do Brasil
Seccional Piauí.

Alguns civilistas creem que quando se olha para um Código Civil, está se enxergando as digitais de um país, independentemente, inclusive, da Constituição Federal que tenha. Um grande jurista, Santiago Dantas, dizia isso, que as Constituições são feitas ao sabor de um governo, de um ditador, ou do povo. No Brasil, por exemplo, nós tivemos, desde a Independência, sete Constituições. Nessa última Constituição, a atual, de 1988, já tivemos 140 emendas à Constituição. Já Códigos Civis, nós tivemos apenas dois, o de 1916 e o de 2002. Este último começou na década de 70, 80, 90, e meu avô era professor de direito civil da Universidade Federal do Piauí e da universidade de Brasília (UnB), e foi um dos relatores do Código na parte de sucessões. Ele sempre dizia que o Código Civil é uma lei que deve ser sempre feita naturalmente, sem aquelas transformações abruptas, ao sabor do momento político de um país. Assim, esse Código Civil não seria passível de determinadas mudanças, pois seriam feitas mudanças em calmaria, aluvionais, que fizessem com que as pessoas vissem naquela lei o seu dia a dia, o seu cotidiano. O cidadão, quer queira, quer não, no dia a dia, está enraizado com as regras do Código Civil,

por exemplo, com parentesco. O cidadão, percorrendo todos os caminhos do Código Civil, enxerga o seu cotidiano. Em outras regras e outros âmbitos normativos, nós não percebemos isso. No Código Penal, se o sujeito sempre for um sujeito que não comete nenhum tipo de ilícito, nenhum tipo de contravenção ou crime, jamais será punido através do Código Penal. No Código Tributário, quer queira, quer não, se o sujeito não tiver nenhum tipo de renda, não tiver nenhum tipo de situação que possa ter alguma exação tributária, não vai também ali ter um tipo de imputação tributária. No entanto, o Código Civil tem isso. A natureza não dá saltos, como diria aquele velho provérbio, ou seja, deve ser feitos algo com a transformação lenta.

Esse projeto do Código Civil sofreu algumas críticas com relação à sua pertinência, mas, efetivamente, há necessidade de um novo Código Civil porque o *timing* atual é muito diferente de 20 ou 30 anos atrás. O mundo mudou muito em 10 ou 20 anos. Quando inserimos, em um novo Código, a proteção aos animais, não é que o animal vai dizer sim ou não, mas nós devemos admitir que, com as relações que existem hoje, os vínculos existentes entre as pessoas e os animais, a proteção que é dada, universalmente, é lógico que é conveniente dar a um animal uma proteção, inclusive de indenização, por exemplo, a respeito de um tratamento que ele possa sofrer em função de um abarramento, por exemplo, de um acidente de trânsito. A questão da herança digital, algo que seria inimaginável há bem pouco tempo, hoje, nós temos a convicção de que a herança digital é algo premente, porque se o brasileiro passa nove horas por dia na internet, olha o patrimônio que ele tem embutido com o passar dos seus anos. A figura colocada no Código Civil anterior, de 2002, entre mulher e homem e a distinção que se fazia com relação à questão de gênero, ao não se admitir isso no Código atual, nós cravamos, efetivamente, a igualdade de gênero. Quando nós não admitimos porventura, hoje, a questão da poliafetividade, chamado poliamor, em que as pessoas podem ter duas, três, quatro famílias. Isso, hoje, não é admitido pela grande maioria, mas, talvez daqui 10, 20, 30 anos, com um outro Código Civil, nós já tenhamos um aceite relacionado a isso na questão da herança, da autonomia da vontade humana, mas isso, pelo menos no Brasil, é algo que ainda é muito conservador, relacionado ao limite entre as pessoas de terem uma família.

Essas evoluções nos mostram, através dos recortes que fazemos do Código Civil, e, para a advocacia, nos dá muita segurança de que nós temos uma nova roupagem de um Código, que está sendo gerido, forjado em uma ampla jurisprudência feita com o passar dos tempos. Antigamente, para quem é advogado, para se saber o que tinha decidido o Superior Tribunal de Justiça (STJ), era uma luta, pois chegava, mês a mês, um informativo da Revista dos Tribunais, de três em três meses chegava um livro. Era outro tempo. Hoje, com essa evolução que nós temos, em que o julgamento de um ministro fica disponível em 20 ou 10 minutos para todo o Brasil, faz com que nós tenhamos a segurança de que uma legislação que vai evoluindo através do firmamento jurisprudencial, das colocações doutrinárias, das polêmicas doutrinárias, das distorções também jurisprudenciais. Se nós tirarmos o fulcro disso tudo, temos condições de dar ao país um Código Civil inovador, observando as grandezas microscópicas dos problemas das relações humanas e sociais. O Código Civil serve para isso, para que os estudiosos e os civilistas se apropriem dessas partículas, cédulas e tecidos que são colocados no seio da sociedade. Ao civilista, se exige que ele perceba o que está acontecendo na realidade, na sua comunidade, e o Código Civil deve sempre revelar isso. Eu vejo que esse aprimoramento da legislação civil, através de vários aspectos, como acessibilidade civil, a questão do contrato atual, a questão das obrigações, a questão do *link* que é feito com o Código de Processo Civil, como uma dificuldade que existe do legislador, de sempre, quando se mexe em um lugar, tem que se retirar de outra legislação. Seria o caso de se fazer um contexto do nosso ordenamento jurídico, para que não se concebesse tantas distorções, que as leis tivessem algum tipo de situação que pudessem conviver mutuamente, sem necessariamente haver uma revogação parcial de determinados artigos.

Esse é o problema que nós temos em um país como o Brasil, com mais de 40 mil leis. Se nós formos admitir a legislação toda, são mais de 40 atos normativos do Legislativo, concebendo leis municipais, estaduais e federais. Isso faz com que haja essa dificuldade. Cria-se uma lei nova, como o Código Civil, mas ao mesmo tempo nós teremos alguns choques de outras legislações. Então, seria o caso de fazer algo que tivesse um contexto muito maior, a fim de que, por exemplo, no Código de Processo Civil e em outros códigos, como o do consumidor, houvesse uma compatibilidade, uma harmonização, a fim de que não trouxesse, efetivamente, mais problemas para o julgador e para a advocacia.

MESA XXXIII

33

MODERADOR - THIAGO GONZALEZ¹

RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL NA ECONOMIA GLOBAL

¹ Advogado.

Thiago Gonzalez



Advogado.

Eu tive a oportunidade de acompanhar muito de perto o crescimento, o desenvolvimento e a consolidação deste evento como o mais importante evento político-jurídico do Brasil e um dos maiores para o debate de ideias no mundo. Me sinto particularmente honrado em mediar esse painel com pessoas que têm a minha total admiração.

O mundo em que vivemos, hoje, é um ambiente de negócios muito dinâmico e global. As barreiras formais são cada vez mais perenes. Eu pego o meu celular em Portugal, entro no aplicativo, compro um produto que vai ser entregue da China no Brasil, feito por uma transação bancária realizada em Luxemburgo e nos Estados Unidos. Isso envolve uma série de atores que já não veem as distâncias e as barreiras formais como um empecilho para a realização desses negócios. Nesse ambiente de negócios dinâmico, é natural que surjam problemas e a recuperação de uma empresa inserida nesse contexto vai ter reflexos em uma cadeia muito complexa de credores, investidores e fornecedores. Assim, surgem algumas questões que serão elucidadas pelos palestrantes, por exemplo, empresas globais cuja composição societária é

pulverizada pelo mundo, com atuação em vários países. Essa recuperação judicial vai se processar em que jurisdição? Investidores estrangeiros com títulos emitidos em determinado país se submetem a uma recuperação judicial no Brasil? Essas perguntas são muito importantes nesse contexto global da recuperação judicial.

Também, sob uma outra ótica, nós temos que observar a recuperação judicial como um critério de atração ou afastamento de investidores. Isso não só no mundo real dos negócios, como também nesses *rankings* que fazem dos melhores países para se investir ou para se fazer negócios. A recuperação judicial, junto ao direito das garantias, à segurança jurídica e à estabilidade política, é um fator que entra nesse cálculo e que é determinante para ranquear os países, saber se determinados investidores podem ou não fazer negócio naquele país. Então, a recuperação judicial tem, hoje, uma grande importância.

João Otávio de Noronha



Ministro do
Superior Tribunal
de Justiça do Brasil.

O que é mais importante nesse tema, hoje, é falar sobre algo muito importante, que é crédito em recuperação de empresas. Por que? O que vale? Estabelecer um plano de recuperação da empresa que não tem fluxo de caixa para tocar o seu empreendimento. Eu quero falar do crédito, mas não daquele que antecede o ajuizamento da recuperação de empresas, mas do que a empresa necessita após o ajuizamento da recuperação. É fundamental entendermos que o novo instituto da Recuperação de Empresas difere filosoficamente da antiga concordata. Não é um favor legal, não visa socorrer o devedor, mas recuperar um ente que tem uma função social chamada empresa, entendida como a organização para a produção de bens. O que vale processar uma concordata em que a empresa não consegue desenvolver um fluxo de caixa para atender e dar continuidade aos seus negócios? O negócio pode ser bom e ficou ruim sazonalmente, impactou o caixa, gerou momentaneamente um estado de iliquidez, mas ele não conseguiu honrar os seus compromissos, mas o seu negócio tem perspectiva, a planta da indústria é boa ou o mercado está recuperando, mas essa empresa tem que sobreviver para honrar o que se comprometeu.

Nós vivemos um momento muito diferente da concordata, da falência do passado. O devedor falido era socialmente reprovado e o devedor em concordata era um empresário visto com desconfiança. O mundo moderno é o mundo dos negócios e negócio envolve risco. Não tendo má fé ou dolo, nós não temos porque repudiar qualquer empresário que se aventurou, que se prontificou arriscar seu patrimônio, seu tempo, sua saúde, sua vida para explorar um ramo de atividade comercial, proporcionando emprego, pagando tributo, fazendo com que este país crescesse.

Então, nós estamos em um outro momento. Essa empresa necessita de crédito para restabelecer seu fluxo de caixa e dar continuidade à produção, à comercialização e poder produzir eficazmente. Aqui, eu não estou falando de crédito concedido exclusivamente por banco, pode ser por outra empresa, por sócio da empresa, por qualquer pessoa que se disponha a financiar a empresa em recuperação.

Seria razoável aplicar os mesmos critérios de preferência para o crédito que antecedeu o ajuizamento da recuperação a esse crédito novo que vai viabilizar o fluxo de caixa da empresa, que vai mantê-la no comércio ou na indústria, que vai mantê-la em produção? A resposta é negativa porque, se assim se entender, ninguém vai se dispor a financiar essa empresa. Ela não vai se restabelecer, não vai continuar dando emprego nem produzindo. É preciso imunizar esse crédito e assegurar garantias diferentes, mais eficazes para o novo crédito, para que os investidores vejam nessa empresa em recuperação um ponto de atração.

No mundo dos negócios, não há favor nem caridade. Era muito razoável, desejável e necessário que a lei criasse incentivos, de modo a atrair investidores para manter e financiar essa empresa, para que ela pudesse cumprir o plano de recuperação. A legislação brasileira se modernizou com a Lei nº 14.112, alterando a antiga Lei de Recuperação de Empresas, de 2005, incluindo, no artigo 69 regras que propiciam o financiamento do devedor em recuperação ou durante a recuperação da empresa. Esse financiamento pode acontecer no curso, no início, ou após o plano. O que é importante é saber que ele tem que ter um tratamento diferenciado das dívidas anteriores. Esse instituto, o *DIP financing*, vem importado da lei americana, que pode ser

traduzida como devedor em posse, ou posse do devedor. Por que esse nome em inglês? Porque no sistema americano a recuperação de empresa constitui uma massa sob a administração do empresário. Esse não é o nosso sistema, mas importamos a ideia de financiar e de possibilitar o financiamento.

O *DIP financing* é o financiamento do devedor em insolvência. Essas regras restaram inseridas no artigo 69, da alínea A até a F, tratando exclusivamente do financiamento. A lei trata, nesses dispositivos, do financiamento concedido à empresa em recuperação. O que ele diz? Primeiro, depende de autorização judicial, salvo se já estiver no plano de recuperação. Se depende de autorização judicial, se ela for concedida, também poderia ser revogada pelo próprio juiz e, depois, pelo tribunal. Isso geraria um estado de perplexidade e de insegurança. A lei resolveu, pois diz que, concedida a autorização, contraído o empréstimo, não se pode mais revogar. Não se pode declarar ineficaz ou nulo. O empréstimo há de ser tratado como se válido fosse, ainda que uma decisão posterior venha a ser proferida. Além disso, se o empréstimo é de liberação parcial, o que já foi liberado, ainda que revogada a decisão, há de ser cumprido. O que não se liberou, não libera mais, mas se garante a recuperação do capital mutuado. Garante-se, portanto, segurança jurídica.

O mais interessante é que este crédito não será quirografário em uma eventual convolação da recuperação em falência, pois não será um tratado como os demais. Ele é um crédito não concursal e que se recebe prioritariamente, assim como as dívidas da massa, antes dos demais créditos, ressalvado o trabalhista e, neste, só os de natureza estritamente salarial. O credor trabalhista também trabalhou, sustentou a sua família, prestou o seu esforço e foi remunerado. A empresa beneficiou a todos quando deu emprego e, para continuar dando, precisa de um tratamento diferenciado, mas, por vezes, a concessão desse empréstimo requer a exigência de garantias.

O que inova a lei? As garantias serão prestadas, registradas e, portanto, constituídas. A lei fez uma diferenciação bastante importante. Nem precisava fazer, mas fez porque, infelizmente, tem algo que, às vezes, draga o direito, que é a jurisprudência e, às vezes, o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ). A lei diz que se a empresa tiver um bem, ou um terceiro oferecer um bem em garantia, que já esteja hipotecado a outro, pode-se receber essa hipoteca e há de incidir sobre a quantia que exceder, vendido bem, a hipoteca original. Isso é importante em termos de reforço de garantia. Às vezes, nós temos um imóvel construído em hipoteca que vale 10 milhões de reais e garante uma dívida de 1 milhão, logo, temos 9 milhões de crédito em aberto para cobertura de financiamento. Essa garantia é chamada de garantia subordinada, e independe do consentimento do titular a garantia originária. A lei diz para dar preferência a recuperação da empresa e permitir que ela cumpra a recuperação. A lei foi clara e

colocou que a garantia subsidiária não se aplica a qualquer modalidade, gerando ação fiduciária e, na transferência da propriedade, o bem não pertence mais a quem dele tem posse, mas a um criador específico com transferência da titularidade sob uma condição resolutiva. Quando quitar o financiamento, transfere-se a propriedade a um ex-devedor, que agora se torna proprietário.

O legislador não quis privilegiar banco. Quem pode financiar? Qualquer pessoa, inclusive credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, familiares, sócios e integrantes do grupo do devedor, ou seja, ampliou as possibilidades. Ninguém vai dizer “não vou pagar ao fulano porque ele é pai do devedor, ou dos sócios da empresa”. A lei abriu o leque para buscar recursos e permitir a captação deles e quanto maior a garantia menor o custo. O Brasil precisa aprender que dinheiro importa e o custo de dinheiro é conhecido pelo nome de juros, e juros é preço. Essa precificação leva em conta disponibilidade de capital, risco legal, que inclui o risco judicial. Se cobro rápido ou se demora a cobrar, o preço é maior.

O ministro Rui Rosado, um dos maiores ministros do STJ, dizia que dinheiro que se empresta fácil, cobra-se fácil. É assim que se incentiva a captação. A celeridade na cobrança tem impacto direto no preço do dinheiro, portanto na fixação da taxa de juros. O mais importante é que esses créditos são considerados extraconcursais e, consequentemente, não de ter pagos com precedência sobre aquele elenco do artigo 83. Se assim não fosse, ninguém ousaria investir em uma empresa em recuperação.

Esse instituto já existia de certa forma e já era possível concebê-lo antes da reforma feita pela Lei nº 4.112, mas não havia uma classificação como extraconcursal. Não havia ainda regras claras sobre garantia da importância da edição da Lei nº 4.112, atualizando a lei de recuperação de valência e trazendo institutos novos que viabilizassem o cumprimento ou do plano de recuperação da empresa e, consequentemente, mantendo vivo alguém que exerce uma função social à empresa.

José Marcelo Martins Proença



Professor da
Faculdade de Direito
da Universidade de
São Paulo.

Eu vou dividir minha fala em dois tópicos. Primeiro, eu acho que nós temos que verificar a eficiência econômica e a recuperação judicial e, depois, fazer uma revisão para saber quanto que o *enforcement*, no Brasil, o que nós temos em regras nacionais e internacionais de recuperação estão sendo cumpridos.

Eu quero relembrar que, embora genericamente todo sistema de insolvência tenha, em sua essência, um componente relacionado à eficiência econômica, consequência da retirada do mercado de agentes inviáveis, foi só no final do século XX e no início do século XXI, que houve um esforço técnico sistemático para entender e, posteriormente, replicar os motivos de eficiência do deferimento de estruturas jurídicas. Pode-se estabelecer, como marco nessa evolução histórica, a formação do movimento chamado de *Law and Economics* ou *Law and Finance*, inaugurado pelo trabalho de Rafael Laporta, em 1997 e 98. O que é importante destacar é que esses trabalhos acabam estabelecendo a relação entre linhagem jurídica e desenvolvimento financeiro de diferentes países, identificando diversos fatores ou fatores muito próximos e mecanismos que contribuiriam para um estágio

superior de alcance financeiro. Talvez, protegendo os credores e os acionistas, inclusive minoritários, deve-se verificar a qualidade de exequibilidade dos créditos, dentre tantos outros, ou que a exequibilidade de contratos seja sempre muito importante para regular um sistema de proteção de credores para permitir uma boa estratégia de recuperação de empresa em crise.

Um desses mecanismos para maior desenvolvimento financeiro seria a ampliação da eficiência do sistema de insolvência, ou seja, os motivos de eficiência estariam relacionados. Eu vou relembrar dois tópicos para que isso fique sempre na nossa mente. Primeiro, a rápida eliminação do agente econômico inviável me parece algo extremamente importante para uma eficiência econômica de um país. Em segundo lugar, é preciso o fortalecimento de uma estrutura adequada para a eficiente reestruturação da empresa viável. Se é viável, temos que ter estrutura para levantar. Se é inviável, não tem como manter aquele agente econômico no mercado, mesmo considerando a função social da empresa. Na esteira dessas construções, o Banco Mundial publicou, em 2001, o guia *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, sobre as melhores regras e práticas na área de insolvência. Posteriormente, ele recebeu atualizações em 2005, 2011 e 2015 e houve também a publicação do *Insolvency and Creditor Rights Standard*, em 2011. Dessa breve narrativa, extrai-se as razões de uma constatação relevante: a estrutura de sistemas de insolvência na economia global convergiu significativamente nos últimos 20 anos, nesse século. Há, claro, diferentes graus de eficiência da sua aplicação, mas há uma maior similitude estrutural.

Uma análise da evolução da produtividade total em diferentes países demonstra que o Brasil, infelizmente, vem perdendo espaço. Embora o país esteja em posição superior em relação às nações subdesenvolvidas, deve ser objeto de considerável preocupação a direção de sua produtividade relativa, que, há décadas, vai no caminho inverso de seus pares de renda média. A preocupação é o que pode-se ter em termos de processo ou procedimento de recuperação de empresas no que diz respeito a um desincentivo de investimento e aumento de produtividade do país. Eu tenho a impressão de que nós teríamos que pensar que inovação pode gerar problemas, há risco, e, se é viável a continuidade do trabalho, precisa-se de uma estrutura jurídica que permita a reestrutura-

ção da empresa em crise, viável, e de outro lado, uma inviabilidade pelos motivos trazidos pela inviabilidade, para que ela seja retirada do mercado o quanto antes.

Nós tivemos uma nova lei de recuperação de empresas, em 2005, e eu gostaria de relembrar como foi a exposição de motivos da Lei nº 11.101, assinada pelo senador Ramez Tebet. Agora, nós temos uma legislação super necessária para revogar um decreto tão obsoleto que tínhamos no século passado. Qual é a perspectiva? Proteção de credores e função social da empresa, mantendo no mercado aquele agente econômico que organiza fatores de produção, que gera empregos e que paga tributos. O que mais se tem? Posição ativa de credores para acompanhar e incentivar a recuperação daquela empresa. A redução do juros no país, que credores, com essa nova lei, terão muito mais segurança do recebimento do seu crédito. O que mais tem na exposição de motivos era que trazia tanto otimismo, celeridade em um procedimento de falência, que permite a venda antecipada, imediata, dos ativos arrecadados no processo falimentar. Logo, na exposição de motivos, uma nova lei que vai trazer participação ativa de credores, celeridade e eficiência nos processos judiciais, maximização do valor dos ativos do falido e, no artigo 50, uma lista apenas exemplificativa de formas de recuperação de uma empresa.

O que se vê concretamente? Infelizmente, são planos de recuperação em processos judiciais idênticos para agentes econômicos absolutamente distintos. Em uma passagem desse último livro publicado de recuperação de empresas, eu tenho a forma de recuperação da empresa constante em planos de recuperação e 99,46% dos planos trazem concessão de prazo pelos credores e 72,41% concessão de desconto pelos credores. Há desconto e prazo em mais de 99% dos processos de recuperação, não obstante o artigo 50 na lei, que traz formas exemplificativas de recuperação, parece um retorno à antiga concordata.

Sobre a celeridade e eficiência do processo falimentar, que está na exposição de motivos e que justamente razão da venda antecipada e maior segurança procedimental no processo falimentar, o que se tem? O professor Marcelo Sacramone, recentemente, em entrevista ao jornal, mostrou que no nosso país leva-se de 16 anos para arrecadar 6% das dívidas de uma empresa falida. Então, aquela celeridade que traria maior segurança aos credores, com redução dos juros no país, gerando um ambiente muito mais propício para aumento de produtividade, desenvolvimento econômico e social, parece que não se comparece na realidade.

Agora, eu quero trazer duas importantes constatações da atual realidade brasileira. Não é toda e qualquer empresa em crise que pode se recuperar mediante processo de recuperação, e processo de recuperação deve ser um respiro para a atividade economi-

camente viável, e deve-se trazer explícita e objetivamente, no plano de recuperação, a forma ou formas para a superação da crise, como alteração do sistema produtivo, afastamento dos administradores ou dos antigos controladores, com remissão parcial apenas de dívida e alguma coisa nesse sentido. Sendo assim, eu vou trazer duas situações hipotéticas e qualquer semelhança com o caso real é pura coincidência.

Eu declaro que não tenho conflito de interesses de lado algum, não advogo em recuperação de empresas, sou apenas acadêmico na matéria, mas vamos pensar em um caso. No primeiro caso, a empresa, reconhecidamente, fraudou suas demonstrações contábeis, mascarando seus resultados reais por anos. Deflagrada a fraude, evidenciada fica a sua grave crise financeira. Essa empresa é economicamente viável? Provavelmente não. Se fosse, talvez não precisasse mascarar suas demonstrações financeiras. Se a causa da crise foi a fraude, o que ela precisa fazer para sair da crise? Requerer que os credores deem um desconto de 50%, 60%, 70%, 80% do seu crédito e o restante para ser pago em 10, 15, 20, 30, 40 anos? Mantendo a situação atual de uma empresa que mascara suas demonstrações financeiras, parcelamento de dívida e remissão importantíssima da dívida é o respiro para se recuperar? Me parece que não. Tirar a inviabilidade ou fazer com que aquela empresa torne-se efetivamente viável é tratar no que diz respeito à sua administração. É determinar que os responsáveis pela infração legislativa sejam condenados a reembolsar aquilo que foi indevidamente causado de prejuízo para a companhia. Mantida a má gestão, a crise subsistirá e reaparecerá em breve. Resolvido no plano de recuperação, não com 99,5%, só com remissão e desconto, mas solucionada a causa da crise no plano de recuperação, daí sim, talvez seja um agente econômico recuperável e com responsabilidade social para a recuperação.

Segundo a hipótese, mesmo havendo sistemas superimportantes no mundo para se controlar e conhecer riscos e, talvez, trazer segurança para os riscos assumidos, uma empresa, na sua administração, assume riscos relevantíssimos. Em um determinado momento, quando esses riscos não se concretizaram, administradores e acionistas receberam quantia relevantíssima de remuneração. Contudo, em outro momento, por questões de mercado, aqueles riscos se concretizam e a empresa entra em gravíssima crise financeira. Ela entra em recuperação e os credores pagarão a conta. Será que a recuperação deve-se dar apenas com remissão e desconto ou deve-se dar, com previsão no plano, de que aqueles riscos exacerbados assumidos serão regidos desta forma, como programa de controle de riscos, auditorias, nova administração e assim por diante? O artigo 50 da nossa lei está, absolutamente, em desuso no nosso país. Uma visão muito clara de uma volta a um sistema obsoleto de concordata, perdendo uma grande chance que nós tenhamos no Brasil uma aplicação da lei de recuperação de empresas muito próxima do que se tem de *guidelines* desde 2001 no mundo.

Perguntaram ao Marcos Barbosa Pinto, em uma entrevista: se há uma posição ativa de credores e eles vão às assembleias para votar ou não e aprovar o plano, por que é aprovado um plano como esse? Ele responde que, se ele é um credor e sabe que demora 16 anos para conseguir 6% do passivo da empresa, se não aprovar esse plano, que é muito ruim, não vai receber nada. Segundo ele: "Hoje, na recuperação judicial os credores têm muito medo de ir à falência porque é sabido que não se arrecada nada, então, cedem na negociação com o devedor, tendo em vista que se o devedor não concordar, pode ir à falência e todo mundo sair perdendo".

Essas situações mostram que o *enforcement* normativo não está sendo bom e há muita relevância em "re-refletir" os objetivos do texto normativo para que nós tenhamos redução do risco de negócios no país, bem regulando e aplicando uma lei de recuperação. Vou citar Ariano Suassuna, com a qualidade das reflexões e da produção científica no nosso país e também com a atenção de magníficos magistrados no setor de recuperação: eu não sou um pessimista chato nem um otimista tolo. Eu sou um realista esperançoso e continuo tendo esperança que a nossa legislação possa ser muito bem aplicada nesse país e trazendo, portanto, muita eficiência econômica.

Luis Felipe Salomão Filho



Advogado.

Eu dividirei a minha fala em três breves capítulos. No primeiro deles, eu vou tratar sobre um tema que considero de extrema relevância para a parte de insolvência que é a atualização legislativa. As relações comerciais entre as empresas e entre os países e o jeito que se estrutura uma dívida têm uma dinâmica muito veloz e ocorrem numa velocidade muito alta que, muitas vezes, não é a mesma que o legislador consegue imprimir para alterar essa realidade legislativa e se equiparar às mudanças que ocorrem no meio e no ambiente de negócios. Assim, é de extrema importância o Superior Tribunal de Justiça (STJ) interpretar essa legislação mais rápido que o legislador em si e adaptá-la para a evolução dos costumes e modos como são conduzidos pelos negócios e empresas. Eu trouxe alguns breves exemplos de como isso ocorre no dia a dia e como um precedente pode influenciar na modificação legislativa na prática. A última grande alteração que nós tivemos foi a Lei nº 14.112 de 2020, que mais incorporou os precedentes do STJ do que trouxe qualquer inovação legislativa. Ela, simplesmente, adaptou para dar mais segurança jurídica àquilo que o STJ já vinha decidindo ao interpretar a legislação federal.

O primeiro exemplo é uma evolução que vem desde a lei de 2005, passou pela de 2014 e culminou na de 2020, sobre a necessidade da apresentação de certidões negativas para concessão da recuperação judicial, que é o ato que se homologa o plano de recuperação. Essa evolução da necessidade veio a partir de diversos precedentes do STJ e eu cito um do ministro Marco Aurélio Bellizze, da terceira turma, que não se afigura mais possível, a pretexto do artigo nº 47, que a preservação da empresa dispense as apresentações de certidões negativas de débito fiscais. O precedente do STJ regula até a questão da fazenda pública dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Então, foi a partir de decisões do STJ que se alterou e inovou a legislação. Também foi a partir de precedentes judiciais que se incorporou o *debtor in possession (DIP) financing* para dar mais segurança jurídica e ele serve como oxigênio para a empresa em recuperação. Outro exemplo é a questão da constatação prévia, artigo 51A, que também veio a partir de evolução de jurisprudência do STJ. E eu trago um precedente do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que traz a intenção do legislador de atribuir exclusivamente aos credores a análise da viabilidade econômica da empresa. Por último, um tema que ainda deve ser melhor pacificado pelo STJ, que já criou critérios para se determinar a competência do foro para processar e julgar uma recuperação judicial, mas que ainda causa muita polêmica na jurisprudência e nos operadores do direito. O precedente mais recente é do final de 2023, do ministro Humberto Martins, que traz a questão do principal estabelecimento do devedor. Muito embora o STJ já tenha criado alguns critérios práticos, qual é o principal estabelecimento do devedor? É muito difícil fixar, sobretudo hoje, que temos diversas empresas com vários estabelecimentos internacionais e nacionais, qual critério vai se usar, se é o de mais vendas, mais funcionários, ou maior endividamento. Qual é o critério que se usa? O STJ já definiu alguns parâmetros, mas esse ainda é um tema que causa bastante polêmica e eu tenho a certeza de que o STJ, interpretando a legislação federal, criará parâmetros objetivos para se verificar a real competência de cada foro para processar cada recuperação judicial a cada caso.

Eu trouxe alguns dados bastante relevantes não só para nós, operadores do direito, mas também para aqueles que vão modificar a legislação porque, com números, há maior assertividade para alteração de legislação. Nós conseguimos sentir um sensível

aumento dos pedidos de recuperação judicial de 2022 para 2023. Me parece que, hoje, ainda estamos sentindo um rebote da pandemia, que foi muito dura não só prestadores de serviço e indústria, mas com as empresas, que foram construindo soluções e acabaram necessitando da insolvência ou da crise de liquidez presente. Nós tivemos um alto aumento, por exemplo, no mês de outubro. Enquanto em 2022 foram 107 pedidos de recuperação judicial ou falência em todo o Brasil, no ano de 2023 foram 162. Em novembro de 2022, foram 59 contra 175 em 2023. Um outro dado muito relevante para os operadores do direito é a divisão que a pesquisa foi capaz de fazer entre setores da economia e tamanho da empresa. Entre os setores comércio, indústria, serviços e primário podemos verificar que o setor de serviço, em 2023, foi o mais afetado, com 651 pedidos de recuperação judiciais.

Somente no setor de serviço, na questão do tamanho das empresas, verificamos que entre micro, pequena, média e grande empresas, nós tivemos as que foram para o jornal, que foram as grandes empresas, e tivemos a percepção de que essa crise se espalhou sobretudo nas grandes empresas, o que não é verdade. Se olharmos nos dados da pesquisa, quase mil pedidos de recuperação judicial e falência vieram de micro ou pequenas empresas, incluindo também as recuperações judiciais do produtor rural. A pesquisa conseguiu trazer que não adianta termos uma legislação, como a do Brasil, que é uma das mais evoluídas do mundo se não tivermos especialização naqueles que vão utilizar essa legislação, não só quem vai julgar, mas também os operadores do direito, para darem o melhor tratamento possível a cada caso. A especialização para julgamento de matéria de insolvência é extremamente necessária e relevante. A pesquisa foi capaz de verificar em todos os 27 estados o nível de especialização de cada tribunal para julgamento de casos de insolvência, recuperação judicial e falência.

Vou trazer outro efeito prático das recuperações judiciais em dois casos grandes que tivemos oportunidade de contribuir para a reestruturação das empresas. O primeiro é o grupo Petrópolis, fabricante de cerveja, que nós atuamos com muito afinco porque é uma atividade bastante indispensável e podemos ver que uma recuperação que durou apenas seis meses foi capaz de erguer uma empresa que tem uma geração de tributos muito relevante para os cofres públicos, mais de 25 mil funcionários e nenhum foi demitido. Neste caso, a aprovação do plano contou com mais de 96% de aprovação dos credores. O instituto conseguiu gerar um ambiente de negócios favorável para que se chegasse a um consenso, inclusive com os credores que são grandes interessados na recuperação. Um outro caso que causou muita controvérsia foi o da Light, que teve o seu plano de recuperação judicial homologado há muito pouco tempo. A Light é uma empresa que distribui energia e que atende mais de 11 milhões de pessoas nos estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais. A recuperação começou com uma temperatura muito alta e acabou com a aprovação do plano por 99% dos

credores, preservando a distribuição de energia, que é um serviço essencial, e diversos empregos e tributos que são pagos aos cofres públicos.

O nosso instituto é atualizado e se comunica com outros países. Não raro, é necessária atuação em mais de uma jurisdição internacional. No entanto, não se desconhece eventuais excessos e abusos desse instituto da recuperação judicial em prejuízo aos credores, ao investidor internacional e nacional e à segurança jurídica. Nos casos de excesso ou de fraude, cabe ao STJ dar a última palavra na matéria de direito comercial e, sobretudo, no direito de insolvência, interpretar a legislação e coibir eventuais excessos que possam ser praticados. Tivemos precedentes recentes do STJ, verificando quando houve excesso ou não na utilização do instituto. O primeiro precedente é do ministro João Otávio de Noronha, em sede de conflito positivo de competência – que é um instrumento jurídico em que se acessa o STJ de maneira muito rápida e no início do processo de insolvência, diferente de um recurso especial que chega ao STJ, quando já existe uma situação consolidada. O ministro Noronha entendeu que cabia ao juízo da recuperação judicial deliberar sobre atos expropriatórios e sopesar a essencialidade dos bens. Havia alegação de fraude pelo outro juízo e o ministro entendeu, neste caso, ser competente o juízo da recuperação para questões de propriedade da empresa passíveis de constrição e obviamente a solidez do fluxo de caixa. Do outro lado da balança, um precedente do ministro Antonio Carlos Ferreira, também da quarta turma, no sentido contrário, do final de fevereiro de 2024: na aplicação do *cram down* – que é a aprovação do plano por meio jurídico e não mais pela Assembleia Geral de Credores, ou seja, saímos do âmbito da negociação e entramos no âmbito da tutela incondicional jurisdicional ao devedor –, ele entendeu que não era razoável se exigir que um credor com 95% da dívida fosse forçado a aderir a um plano que dava 90% de desconto ao seu crédito. O STJ estava entendendo e atuando pontualmente na questão do controle de legalidade para coibir eventuais abusos com o uso da prática.

Há um outro precedente, agora do ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, da terceira turma, de 15 de novembro de 2023. Este é muito interessante porque saímos do âmbito da insolvência e entramos em outros conceitos e princípios como o princípio da boa-fé e da transparência. Neste caso, ocorreu a aprovação de um plano de recuperação judicial em que se previa que venderíamos um ativo por um valor X e, portanto, o desconto que os credores aceitaram foi dá-lo um patamar superior. No entanto, após a aprovação do plano, na continuação deste processo, vendeu-se esse ativo por seis vezes o valor inicial. Os credores questionaram por que aceitaram dar desconto e depois botou-se mais dinheiro em caixa. Me parece razoável que esse desconto não seja aquele prometido anteriormente. O tribunal entendeu que não cabia, a pedido dos credores, a revisão do plano. O assunto subiu pro STJ, que proveu o recurso especial dos credores dizendo que, pelo princípio da boa-fé e da transparência, conse-

guiu-se vender esse ativo por um valor maior do que havia se comprometido. Por essa razão, também, os credores devem ter nova oportunidade de votar em um plano que seja substancialmente melhor para eles. Assim, temos alguns precedentes de ambos os lados e o STJ tem atuado, pontualmente, em alguns casos específicos para coibir eventuais abusos dos devedores na utilização do instituto.

Eu concluo trazendo postos-chaves que são a necessidade dessa evolução legislativa acompanhar as transformações empresariais que acontecem nesse mundo de insolvência, no mundo dos negócios, que são muito rápidas e dinâmicas. Hoje, nós temos diversos tipos de investimento que não existiam anteriormente, que vêm não só de exemplos internacionais como o próprio Brasil, que é vanguarda na criação de oportunidades dentro do mundo da insolvência. O STJ tem sido muito sensível nisso e tem atuado como líder, guiando a evolução jurisprudencial, o que acaba resultando na evolução legislativa. Assim, hoje, a nossa legislação é uma das mais avançadas em todo o mundo.

Juliana Bumachar



Presidente da Comissão Especial de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Rio de Janeiro.

Nós passamos por momentos delicados na pandemia e na economia e os números de recuperação judicial só tendem a crescer. O último dado do Serasa de abril de 2023 foi de 93 recuperações judiciais e, em abril de 2024, foram 184 recuperações judiciais, então, temos um aumento expressivo do número de recuperações ao longo dos anos. No entanto, eu trago uma reflexão, pois mais de 70% dessas empresas são pequenas e médias e, sem dúvida nenhuma, a Lei nº 11.101 não está focada apenas e tão somente nas grandes empresas, mas tem que ser também um acesso para as pequenas e médias, considerando o grande número de recuperações que estas representam. Outra reflexão é que os sócios dessas empresas avalizam operações financeiras para aquela pessoa jurídica em recuperação judicial. Logo, a novação que gera naquele plano de recuperação judicial é *sui generis*, diferente daquela do Código Civil, e não acarreta a extinção das obrigações ou a quitação integral do débito com relação à pessoa do aval. Isso quer dizer que aqueles sócios permanecem comprometidos com aquele pagamento.

Outra reflexão é com relação às instituições financeiras que, hoje, não detêm

mais garantias reais de hipoteca e de penhor, mas garantias fiduciárias, seja por cessão de recebíveis ou por alienação fiduciária, e, conforme já expresso no artigo 49 parágrafo terceiro da própria Lei nº 11.101, excetua-se esses créditos da submissão à recuperação judicial e, em jurisprudência mais recente, também informa e ratifica que as garantias precisam, nesse momento, valerem para que o crédito não esteja submetido ao processo de recuperação judicial. Além disso, nós temos o Marco Legal das Garantias que é a Lei nº 14.711 de 2023, que redefine toda a regra com relação aos empréstimos e altera substancialmente as regras de alienação fiduciária, impactando diretamente a cobrança da taxa de ocupação para bens declarados essenciais na recuperação judicial. Os devedores sempre defendiam que tinham um crédito para alienação fiduciária, mas tinham um bem essencial, no qual não podiam consolidar a propriedade ou determinar a sua expropriação, porque a propriedade fazia parte do rol de essencialidade. Todavia, hoje, com o Marco Legal das Garantias, existe uma cobrança de 1% do valor da avaliação do imóvel em razão de taxa de ocupação para aquele proprietário fiduciário sem, quase sempre, instituições financeiras.

Sobre o tempo de duração de um plano de recuperação judicial, se analisarmos as últimas pesquisas, o tempo entre a impetração de um pedido de recuperação judicial até a aprovação de um plano são mais de 570 dias. Eu não estou falando de falência, mas de recuperação, e resalto: não estou falando de encerramento da recuperação, apenas do marco zero da recuperação e aprovação do plano. Será que não chegamos no momento de repensar o instituto da recuperação, com alternativas que a própria lei prevê? Será que não estaríamos, hoje, pensando em uma recuperação apenas para credores quirografários, em um retrocesso da moratória da concordata? Eu trago uma possibilidade para refletirmos sobre o instituto da recuperação. Não que ele não seja eficaz, e os números revelam que sim, mas para que ele também possa ser repensado de uma outra forma. Nesse ponto, a Lei nº 14.112, que alterou a Lei nº 11.101, foi muito feliz. Não sei se o Projeto de Lei (PL) nº 3/2024 será tão feliz, pois, hoje, altera as regras de falência, traz a figura do gestor fiduciário do plano de falência e muda, substancialmente, regras do próprio administrador judicial. A Lei nº 14.112 alterou a Lei nº 11.101 e trouxe a possibilidade de duas formas diferentes da que tínhamos como falência e recuperação judicial. Ela altera as regras da recuperação ex-

trajudicial e, hoje, vemos um crescimento substancial das recuperações extrajudiciais. Uma pesquisa mostrou que a recuperação extrajudicial traz alteração de plano, da adesão ao plano de recuperação extrajudicial – que hoje é de um terço, com a possibilidade de se alcançar os 50% em 90 dias – e o ingresso dos próprios trabalhistas na recuperação extrajudicial. Isso foi uma mudança relevante da Lei nº 14.112 e ainda surgiu um mecanismo de pré-insolvência que, associado ao Judiciário, é a possibilidade da criação da seção 2A da lei, com a possibilidade de tutelas cautelares com relação a mediações prévias dentro do âmbito da recuperação judicial.

Sempre há uma crítica muito grande de como o devedor consegue auferir o momento da sua crise. O devedor está sempre de forma muito retardatária, auferindo o que está em crise e, no momento que ele pede uma recuperação judicial, ela não será mais eficaz, porque já se ultrapassou o momento da crise desse devedor. Será que se utilizarmos de uma forma positiva o mecanismo da pré-insolvência associado ao Judiciário, através da possibilidade de uma tutela cautelar de urgência para a composição com os credores em 60 dias, nós não estaríamos pensando em uma nova forma de acordo, de transparência entre credores escolhidos pelo devedor e devedores em uma mesa de negociação prévia? Eu trago isso como uma forma prevista no artigo 20B, parágrafo 1º, que eu entendo que é uma forma muito relevante de se auferir uma maneira de uma composição principalmente já que temos modelos americanos e milhares de possibilidades, e não apenas evitando uma recuperação, mas como uma forma já de debater aquele plano em recuperação judicial. Esse instituto é diferente do processo das cautelares previsto no artigo 6º, parágrafo 12º da lei, que trata de antecipação dos efeitos do processamento da recuperação judicial. Nós estamos falando de mecanismos cautelares diferentes. O mecanismo do artigo 6º, parágrafo 12º, trata da antecipação dos efeitos do deferimento de uma recuperação judicial ou extra através de uma cautelar. O que estamos trazendo, hoje, é a possibilidade de uma medida cautelar antecedente prevista no artigo nº 20B, parágrafo 1º, com alguns pré-requisitos, como já ter ingressado em uma mediação dentro dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) ou das câmaras especializadas. Esse mecanismo prevê a possibilidade de uma mediação de um grupo de credores – escolhido pelo devedor – por 60 dias, com suspensão das ações e execuções. A escolha desse grupo é pelo próprio devedor, que não precisa, diferente da recuperação judicial, ter todos os créditos vencidos até aquela data. O credor pode aceitar ou não mediar, então não há, nesse momento, nenhuma imposição àquele credor para sentar-se à mesa para negociar. Há uma transparência com relação à lista de credores e a valores dos credores que se pretende negociar e, com isso, se tem celeridade, economia e paridade de credores, porque não se oferece nada diferente entre um credor e outro dentro daquele mesmo grupo e, ainda, há possibilidade depois de ingressar com o pedido de recuperação judicial ou extra, já com o plano debatido juntamente com aqueles credores.

Após edição da Lei nº 1412, em 2020, até hoje, nas sete varas empresariais, na capital do Rio de Janeiro, em 386 processos analisados, apenas 20 tiveram requerimento de tutela. Dentro desse requerimento de tutela, apenas 10% foram relativos à mediação antecedente do artigo 20B, parágrafo 1º. Todas as outras foram cautelares preparatórias para um pedido de recuperação judicial ou extra, que não prevê a mediação e o debate com aqueles credores no prazo de 60 dias. Em 80% dessas cautelares, houve deferimento do pedido liminar. Em apenas 20%, por ser representativa de 10%, nós tivemos a mediação prévia. Alguns podem achar que esse prazo de 60 dias é muito curto, mas não é. Temos um caso recente no Rio de Janeiro da Unimed, que foram feitas em 60 dias, conseguimos o apoio de mais de 80% para um plano de recuperação extrajudicial, com mais de 600 mediações na Câmara FGV. Então, se o devedor quiser e se os credores estiverem dispostos, senta-se à mesa e se negocia. Nesse percentual do âmbito dos 10% das cautelares, o plano está aprovado em 65%. Isso significa que, em 90 dias, com 60 dias de mediação, mais 90 dias de pedido de homologação de um plano de recuperação extrajudicial, se tem a solução, muitas vezes, sentados à mesa com credores de instituições financeiras que detêm uma garantia, credores fornecedores que são essenciais para a atividade daquela empresa, credores trabalhistas, onde se pode chamar o sindicato para mediar. Então, trago como uma reflexão, nesse momento, sobre a possibilidade de pensarmos a recuperação judicial de uma forma pré-insolvência, conforme o próprio legislador teve a intenção, com a inserção da seção 2A da lei, através do seu artigo 20.

Bruna Marengoni



Sócia do BTG Pactual
e pós-graduada em
Direito pela Fundação
Getulio Vargas.

A minha convivência como advogada investidora, no ambiente de recuperações judiciais e falências, é pessoalmente voltada para a compra de ativos judiciais e líquidos precatórios, direitos creditórios, mas, no banco (BTG Pactual), olhamos também para imóveis estressados e carteiras de crédito, ou seja, ativos normalmente não precificados com facilidade, às vezes até pela própria empresa, pelo mercado, também tentando fazer com que essa venda de ativos ou o *DIP Finance* ajudem as empresas a se reerguer e a se reestruturar. Nesse sentido, essa experiência faz com que acompanhamos continuamente editais de leilões, para estruturar *stalking horse* para conseguir viabilizar essas operações, enfrentar recursos e impugnações de credores e também acompanhamos de perto a evolução legislativa e do Judiciário. Acredito que, olhando para o quanto evoluímos no instituto de 10 ou 15 anos atrás, acho que estamos no caminho certo, hoje, e eu sou uma eterna otimista.

Antes, nós tinha uma visão aqui da falência e da recuperação judicial como algo ruim e uma condenação ao empresário falido que deveria ser penalizado pelo instituto e eu acho que as

evoluções recentes mostram que não é o caso, que ele é um meio. A recuperação judicial ou a falência, eventualmente se a empresa não é viável, não é o fim do mundo, pois para empreender é necessário tomar risco e temos que fomentar isso no país. Por conta disso, vale mencionar como funciona em outros países. Eu não sou acadêmica do tema, mas tento me manter atualizada. Quando olhamos para os Estados Unidos, quais são, na minha visão, as principais diferenças? A celeridade, pois é um processo mais rápido e, quando olhamos para o *forum shopping*, pode ser algo muito positivo se a empresa está buscando se recuperar e se reerguer. Também vale mencionar a sistemática do *Common Law* e pesquisas mostram como os países que têm essa tradição são as preferidas para a recuperação. Por que? Eu acho que é natural, como a economia é dinâmica, nós investidores estamos sendo cada vez mais criativos, e a jurisprudência, muitas vezes, vai sair um pouco na frente da legislação. O Brasil teve tantas atualizações e está em discussão uma nova e isso é muito válido para que consiga que a legislação e a jurisprudência espelhe o que está acontecendo na prática e consiga refletir as tendências e os ciclos econômicos e abarcar a criatividade empresarial tanto do ponto de vista do falido ou recuperando, quanto do ponto de vista do investidor.

Eu vejo com bons olhos a nossa evolução e coisas muito favoráveis que têm acontecido no Brasil, como a proposição de planos pelos credores, como está cada vez mais seguro fazer a compra de ativos via UPI, e isso faz com que, às vezes, até na hora de olhar para uma empresa, observemos que é melhor para o investidor esperar uma recuperação judicial, uma tutela por um juiz, organização de um processo, organização de credores, de fato, ter uma visão clara de quais são os passivos da empresa. Então, quando olhamos para como está bem colocado, hoje, esses processos de venda de ativo, isso é muito positivo. Recentemente, eu organizei uma compra de uma empresa de dois ativos judiciais, um precatório e um direito creditório, ambos de origem de discussão tributária. Foi uma operação estruturada via leilão, sob a tutela de um juiz, no ambiente de recuperação judicial, uma operação em torno de 200 milhões de reais, para a empresa. Ato contínuo, como era um caso tributário, nós, junto com a empresa, tínhamos uma estrutura de *earn-out*, o que significa que parte do que compramos pelo ativo foi no início da operação e parte seria se conseguíssemos re-

cuperar rapidamente o ativo e a empresa receberia uma segunda parcela, conforme a velocidade da recuperação do ativo em conjunto. Com isso, logo depois da aquisição, começamos a estruturar, junto com a companhia, uma transação tributária com órgãos, como a Receita Federal e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Hoje, vemos o Instituto da Transação Tributária novamente e mostrando que o governo está atento para se inserir nesse meio e ajudar a empresa a se recuperar e voltar a ser contribuinte, mas isso foi antes do instituto estar avançado e ser tão favorável para a empresa em recuperação como é agora. Nós conseguimos fazer um negócio jurídico-processual, fizemos um acordo em cima do direito creditório e voltamos o valor para a empresa nesse *earn-out* em menos de um ano e a empresa se reergueu e voltou a operar. Isso mostra como a recuperação judicial é um meio e temos que olhar para esses ativos como uma oportunidade, não só para o investidor, mas para a empresa se reerguer. São ativos que não são *core* e que, às vezes, estão parados e não tem nada com a operação da empresa. Por exemplo, um processo tributário tem ligação com a operação da empresa, mas não tem com o dia a dia. Então, é um meio muito bom para a empresa se reerguer.

Um outro caso muito semelhante foi de um um precatório estadual, onde também fizemos uma operação de compra via UPI e, novamente, com uma estrutura de *earn-out*, dando para a empresa uma segunda parcela se performasse bem e conseguimos fazer, em seguida, um acordo com o Estado. Na verdade, foi até uma viabilização que fizemos, porque esse precatório era o primeiro da fila e atrasava o pagamento de precatórios alimentares, então fizemos um acordo com o Estado de parcelamento para conseguir desovar a fila. A vantagem de ser um banco, um *player* privado, nos dá muita flexibilidade para conseguir olhar para fazer um acordo, essa projeção no investimento e ver se cabe e conseguimos desovar um pouco a fila e a empresa teve acesso ao *earn-out* antes do previsto e conseguiu sair da recuperação judicial.

Oreste Nestor de Souza Laspro



Professor da
Universidade
de São Paulo.

Não vou tratar das pequenas e médias recuperações judiciais. A legislação me parece suficiente e, para esse tipo de situação, não há outra solução, senão o tradicional binômio prazo e deságio. Não há espaço para estruturas mais complexas. Dentro de um tema de economia global, nos interessam as soluções para as grandes recuperações judiciais.

Quando falamos em grandes recuperações judiciais, estamos nos referindo não somente àquelas transnacionais, isto é, aquelas recuperações ou reestruturações que envolvem ativos e credores em múltiplas jurisdições, mas também às grandes empresas nacionais que, embora não tenham ativos ou credores – ou credores internacionais que possam se submeter a jurisdição nacional, já que todos os ativos estão no país – mas, me parece que em ambos os casos a solução que eu ouso propor é assemelhada. Eu digo isso porque existe uma convergência internacional no sentido de buscar soluções adequadas a essas grandes recuperações judiciais. Por que? Por uma razão muito simples: a crise não atinge só o Brasil, mas todas as nações.

Como nós devemos solucionar esse tipo de problema? Me parece que a Co-

missão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNDUCI), principal órgão de tentativa de regulamentação da matéria, patinou, e era natural no desenvolvimento dos seus trabalhos por alguns anos. A primeira tentativa de uniformização dessa questão, de buscar soluções mundiais para esse tipo de situação, foi uma frustrada tentativa de harmonização de textos legislativos, seja de direito substancial, seja de direito processual. Isso me parece uma atividade infeliz e absolutamente em vão. Não há como compatibilizar ou tornar absolutamente homogênea a legislação de diversos países. Cada um tem suas características, seu modelo processual, e ainda que se pense que a economia deve ser globalizada, devemos respeitar as características de cada nação. Todavia, buscou-se a cooperação internacional, ou seja, a possibilidade de você ter recuperações envolvendo diversas jurisdições, para que de alguma maneira elas trabalhassem em conjunto, com uma sendo responsável pelo processo principal, e as demais cooperando e trabalhando em conjunto para a solução. A solução é a ideia, sempre a mesma, de maximizar os ativos, pagar o máximo possível aos credores, e ainda assim conseguir que a empresa se soerga.

Qual é o problema dessa tentativa de cooperação internacional, que também cai no problema das grandes recuperações judiciais nacionais? É um artigo da legislação que deve ser revisto, que diz que a recuperação judicial deve ser apresentada onde a empresa ou o grupo de empresas exerce a sua principal atividade. O que significa a principal atividade? Se nós pensarmos em termos globais, principal atividade na França pode ser um conceito, na Espanha outra, no Luxemburgo outra etc. Quem vai comandar essa recuperação judicial? Qual será a jurisdição principal? Em termos nacionais, onde temos grandes recuperações, também com grandes grupos de empresa, já começa a confusão, consolidação processual substancial. E onde estaria a principal atividade? Essa subjetividade do conceito de principal atividade faz com que ocorra aquilo que me parece mais nefasto no sistema, que é a possibilidade de manipulação, não das regras do jogo, porque elas são federais, mas da forma como o jogo será desenvolvido, ou seja, corre-se o risco de uma manipulação por parte do devedor de escolher a comarca que lhe parece mais vantajosa, como, da mesma forma, os credores podem querer deslocar a competência para a jurisdição mais rígida, mais dura, em seu benefício. É natural, faz parte do jogo, mas essa subjetividade é danosa.

Por isso, eu ousou defender que o posicionamento assumido por parte de professores de insolvência, seja da Universidade de Chicago, seja da Universidade de Singapura, nos últimos encontros deste ano de 2024, seja a melhor solução, e são apresentadas duas soluções. A primeira diz que a jurisdição de insolvência deve ser pré-estabelecida por meio dos estatutos da companhia, ou seja, independentemente de onde ela exerce as suas atividades, ela deve colocar nos seus estatutos que, em caso de crise, o tribunal responsável para a solução daqueles conflitos será o tribunal X. Por que? Por uma simples razão de transparência, de publicidade nas relações. Se eu sei que aquela empresa em caso de crise terá aquele tribunal específico para processar e julgar a sua reestruturação, simplesmente tenho opção de negociar ou não com a empresa, porque eu não confio na jurisdição que escolheu. Essa jurisdição, de algum modo, é prejudicial aos credores. Então, isso fará com que, no futuro, nós tenhamos grandes *hubs* internacionais de reestruturação de companhias, como está ocorrendo com Singapura e Londres, o que acontecia já com Delaware. Logo, o primeiro passo para nós solucionarmos os nossos problemas é saber que há algo de errado. Por que grandes insolvências estão sendo mandadas para esses países?

A segunda solução, no mesmo caminho que a apresentada, e há de ser aceita pela comunidade internacional, é a possibilidade do negócio jurídico processual, ou seja, depois de deflagrada a crise, a Assembleia de Credores escolher a jurisdição adequada para a solução daquele caso. Assim, há a possibilidade de se impor qual será o tribunal adequado àquela solução, ou seja, não será estatutário, mas a partir da convergência de ideias para se escolher o tribunal que é mais adequado à solução do conflito, de modo a se acabar de uma vez por toda com a ideia justamente do *shopping forum*, e de escolher o devedor a comarca ou juízo que é mais vantajoso. Todos nós sabemos quão nefasta foi a conclusão de recuperações judiciais em que os credores estavam absolutamente desconfortáveis com o juízo em que aquele processo se desenvolveu.

MESA XXXIV

34

MODERADOR - MAURO LUIZ CAMPBELL MARQUES¹

MUDANÇAS CLIMÁTICAS E CIDADES RESILIENTES

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

Mauro Luiz Campbell



O tema deste painel é importante para toda a humanidade e mais do que normalizar, regulamentar e controlar, estimular conceitos de administração pública e privada no âmbito ambiental é algo necessário e que não será resolvido através de leis, mas por mudanças culturais.

Ministro do Superior
Tribunal de Justiça do
Brasil.

Paulo Dantas



Governador do
Estado de Alagoas.

Mudanças climáticas e cidades resilientes será a abordagem da nossa discussão, mas, antes disso, eu gostaria de fazer uma passagem rápida para nós falarmos um pouco da gestão de Alagoas. Nós conseguimos mudar a realidade local quando assumimos o governo e buscamos fazer um trabalho com eficiência e eficácia, visando ao bem comum. Para termos essa mudança de realidade, tivemos que compor uma equipe qualificada e formada por especialistas para nos apresentar cenários e possibilidades para tomarmos as melhores decisões. Isso nos fez promover um ajuste fiscal eficiente, reduzindo despesas desnecessárias e aumentando e alavancando a nossa receita e a capacidade de investimento e ofertando um serviço de qualidade para nossa população.

Em 2023, nós fomos o estado que mais investiu seus próprios recursos e ficamos na primeira posição entre todos os entes federativos. Foram 18,5% investidos da receita corrente líquida. Também fomos o estado da região Nordeste que mais cresceu economicamente e que mais gerou empregos e, em crescimento econômico, só perdemos para Tocantins, Mato Grosso e Mato Grosso

do Sul, que possuem um agronegócio muito pujante. Além disso, e os indicadores dialogam entre si, nós tivemos a honra ocupar a primeira posição do Brasil no item de pessoas que saíram da extrema pobreza. Foram mais de 100 mil pessoas que saíram da extrema pobreza no ano de 2023. É um governo sério, transparente, que ouve, dialoga e respeita as instituições e que fortalece o impacto federativo e a democracia. Nós construímos mais creches do que a soma de construção de creches todos os estados do Brasil. Nós já entregamos 60 creches e temos um compromisso de entregar 200 creches, com 40 mil vagas e mais 10 mil novos empregos para quem trabalha na área de educação. Lançamos, em junho de 2024, o maior programa de construções de escolas de ensino médio. Nos últimos 24 anos foram construídas 46 escolas. Nós vamos construir 56 novas escolas através do programa Escola do Coração, que vai nos permitir universalizar o ensino integral no estado de Alagoas. Todos nós sabemos, e a academia afirma, que quando mais tempo o aluno estiver em sala de aula, mais conteúdo e mais aprendizado ele terá. Ainda na educação, por exemplo, o Instituto Federal de Alagoas precisava de investimento para construir três prédios e nós, com os recursos do tesouro estadual, fizemos um convênio com o Instituto Federal que transferiu os recursos e a obra está em andamento. Alagoas foi o estado que mais reduziu o índice de homicídio na última década. Nós éramos o estado mais jovem, tínhamos altos índices de violência, mas, agora, entre as 50 cidades mais violentas do Brasil, nenhuma é do estado de Alagoas.

Nossa gestão tem três eixos fundamentais: (1) desenvolvimento econômico, (2) desenvolvimento humano e (3) inclusão social e preservação do meio ambiente. Assim, estamos na busca do desenvolvimento sustentável e buscamos acabar com os lixões a céu aberto. Nós estamos há oito anos com desmatamento zero na Mata Atlântica. Além disso, fazemos parte do consórcio Nordeste, que, recentemente, apresentou à ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, uma proposta de criação de fundo caatinga, importantíssimo para o Nordeste brasileiro. Eu sou do sertão de Alagoas e a vegetação da caatinga faz parte da minha vida desde que me entendo por gente, mas, como governador, posso contribuir para que ela se torne ainda mais importante para a economia da região e para evitar a desertificação do semi-árido brasileiro.

Eu tive a satisfação, como deputado estadual, de apoiar a criação da lei do ICMS Verde e realizar o primeiro leilão do escoamento sanitário do Brasil, atendendo ao Marco Regulatório do Saneamento Básico. Essa medida trouxe 12 bilhões de reais de recursos extraordinários de investimentos privados para o estado de Alagoas. O valor é muito expressivo. Ainda garantimos a universalização do acesso à água. Assim, pretendemos alcançar todos os centros dos municípios do estado de Alagoas.

Alagoas já passou por desastres naturais advindos das fortes chuvas. Em 2010, por exemplo, o presidente Lula editou uma medida provisória que criou as condições para recebermos um bilhão de reais com o objetivo de reconstruir todo dano causado pelo desastre natural. Em 2022, nós sofremos novamente com os efeitos colaterais das mudanças e mais de 245 mil pessoas foram afetadas, só não tivemos a sorte de ter o auxílio do governo federal. Nós seguimos em frente e conseguimos dar uma resposta célere e eficiente e salvar vidas. No terceiro governo do presidente Lula, nós solicitamos orçamento para a construção de barragens para minimizar enchentes, e esse novo projeto terá sua primeira fase executada pelo novo Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

Outro acontecimento importante se relaciona à empresa Braskem, que cometeu o maior crime ambiental em áreas urbanas do mundo, prejudicando de maneira direta e indireta mais de 200 mil pessoas e causando dano ambiental gigantesco e sem precedentes. Nós precisamos de maneira conjunta, unindo forças e esforços, sem apontar o dedo, encontrar uma solução para as vítimas, o meio ambiente e as prefeituras.

Uma cidade resiliente é aquela que tem capacidade de resistir, absorver ou se recuperar dos efeitos de um desastre, seja natural ou provocado pelo homem. Essas cidades conseguem enfrentar esses desafios de maneira organizada, minimizando perdas humanas e protegendo o patrimônio. Para tornar a cidade resiliente, podemos seguir algumas diretrizes: planejamento estratégico de preparação, infraestrutura sustentável, gestão de risco, participação comunitária, preservação ambiental e inovação tecnológica.

Portanto, não podemos admitir o negacionismo na formação e na construção de políticas públicas. Temos que nos basear em dados e evidências, ouvindo especialistas e respeitando a ciência. Logo, aprovamos a regulação que reconhece o estado de emergência climática que define diretrizes de ações para enfrentar essa situação. Nós temos também o programa Vida Nova nas Grotas que, além de melhorar a qualidade de vida daquela comunidade, conseguiu evitar deslizamento daquela região. Trata-se de um programa reconhecido internacionalmente. Nós vamos seguir adiante com um projeto que desenvolva o nosso estado e ajude a desenvolver o Brasil. Nós tivemos um crescimento de 6,5% em 2023, crescendo mais do que o dobro do Brasil e mais

do que a média do Nordeste. Este é um projeto que respeita as pessoas, que cuida de gente, que tem empatia e sensibilidade, que respeita o contraditório e a opinião de todos e que tenha um olhar especial para preservação.

Carlos Carreiras



Presidente da Câmara
Municipal de Cascais.

Brasil e Portugal possuem uma ligação cada vez mais forte e temos um potencial muito grande de convencer as populações sobre as questões ambientais. O tema das cidades resilientes obriga-nos a participar dele porque temos que pensar e de agir com estratégia e não podemos perder muitos recursos. Nós, enquanto humanidade, já temos muitas teorias sustentadas na Academia, nas universidades e no mundo científico. Por isso, é fundamental a aproximação dos políticos com as universidades e a Academia, para estas estarem cada vez mais próximas da decisão política para sustentarem as boas decisões.

Nós já temos muita teoria consistente e, por isso, é fundamental respeitar quatro pilares da sustentabilidade. Nós precisamos ter responsabilidade quando governamos e em relação àqueles que nós representamos. Também temos que ter um olhar especial para o social e a salvaguarda dos recursos ambientais. Nós temos que estar preocupados o bem-estar econômico, para gerar valor.

Cascais foi o primeiro município a aderir aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) a nível de local. Os ODS são muito sensatos e fortes pela Organização das Nações Unidas (ONU). Isso já é o

cardápio daquilo que para um bom governo e para o que nós devemos desenvolver em planos. Dentro dos 17 ODS postos pela ONU, nós temos o 11º, que é exatamente tornar a sociedade e as comunidades seguras, resilientes e sustentáveis, e nós começamos a aprofundar uma lógica mais local. Eu defendo que o grande desafio de todos pela frente é que parte da população cada vez se concentra mais nas cidades e, por isso, nós tivemos uma grande mobilização e fizemos com que o local tivesse a capacidade de influenciar o global.

Quando falamos em cidades resilientes e mudanças climáticas há uma responsabilidade coletiva. Por outro lado, também somos confrontados, na política, pela desinformação, que leva a movimentos radicais e extremistas, que acabam por prejudicar aquilo em que nós acreditamos que até hoje é a melhor forma de o governo que é a democracia mesmo, que com todas as suas deficiências, mas que precisa, cada vez mais, ser defendida e afirmada entre as nossas comunidades. Só que essa democracia com esta responsabilidade global, está conectada à democracia representativa, que é a que eu represento, mas os municípios não estão prestando muita atenção na democracia de participativa. A democracia não tem que ser um campeonato de partida de tiro, pois é a regra, não tem que ser a democracia representativa, que quem tem mais voto ganha, e não tem que ser um fato de divisão ou de diminuição. Democracia significa o poder do povo e nós podemos exercer esse mesmo poder em organizações, em colaboração com vários agentes. Por isso, também, há outros indicadores que devemos considerar e as pessoas concordam ou discordam de forma mais ou menos sentida, mas todos participam. Os indicadores são orientadores que sustentam toda a atividade que se exerce do ponto de vista político. A partir daqui vêm todas as políticas que precisam estar fundamentadas em um pensamento estratégico e científico para terem continuidade, pois temos que ter responsabilidade com os recursos, pois todo o dinheiro é público é privado, já que chegam pelos impostos dos nossos cidadãos.

O que a experiência nos diz é que é sempre mais barato termos uma capacidade de prevenção do que aquilo que vamos acabar gastando na correção. Por isso, temos que ter a capacidade também de gerir aquilo que não é nosso, mas que nos é entregue pelo cidadão, com uma parcimônia, pois os cidadãos são cada vez mais exigentes e cobram os políticos. O que nós entendemos e temos que saber para governar é saber o papel da responsabilidade coletiva para o orçamento.

Luciana Botafogo Brito



Presidente-executiva do
Fundo Financeiro para
Desenvolvimento da Bacia
do Prata.

O tema das mudanças climáticas e cidades resilientes é muito importante. Nós somos um banco multilateral que poucos conhecem, mas temos crescido muito e temos recursos em cinco países: Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai. Nós temos uma carteira dos cinco países, com 97 operações e quase 4 bilhões de dólares em execução. No Brasil, trabalhamos com municípios e temos uma carteira de quase 30 projetos já em execução, sendo 23% de projetos ambientais.

De toda a nossa carteira, pelo menos cinquenta das nossas operações contribuem para a resiliência e para as cidades e comunidades sustentadas. Nós medimos todas as nossas operações e atividades em relação a qual Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) contribui e os que mais contribuimos e temos pontos na nossa carreira são ações sustentáveis e infraestrutura. Nós precisamos fazer investimentos públicos de médio e longo prazos nas nossas cidades. Em toda a América Latina, 82% da população – e isso vem crescendo – vive em cidades. Portanto, a vida acontece na cidade de uma região do Brasil, do Paraguai e do Uruguai... Ela acontece em Maceió, São Paulo, Juiz de Fora, Belo Horizonte etc., ou seja, nas nossas grandes cidades. Nós vimos, por exem-

plo, toda a destruição no Rio Grande do Sul por faltas de investimento e infraestrutura adaptada ao campo climático, independentemente da discussão se é o homem que muda o clima ou se o clima que muda sozinho, que é uma discussão necessária, técnica e importante, mas não é o problema. O fato é que o clima muda e precisamos estar adaptados a ele, pois vimos a quantidade de mortes. Nós observamos que sempre são os países menos desenvolvidos e as populações de mais baixa renda dentro dos países mais desenvolvidos as que mais sofrem com a falta de investimento em infraestrutura. Então, isso é fundamental e é nisso que o Fonplata tem trabalhado de maneira intensa pra sempre buscar junto, no caso do Brasil, onde das nossas 30 operações, 100% dos nossos projetos são em cidades, como planejamento urbano, drenagem, saneamento, água potável, parques. Há uma variedade enorme de projetos e todos são focados na cidade.

Eu queria levantar os principais pontos e dividi-los em duas partes. A primeira parte é a baixa capacidade financeira do município e a responsabilidade fiscal. Se não tiver com as contas em ordem, não se consegue investir. Eu não estou falando onde investir, mas antes de investir tem que ter dinheiro para isso. É preciso planejar, no caso dos organismos multilaterais, só se consegue acessar o crédito se tiver planejamento. Para o financiamento internacional de projetos, é importante que eles sejam de estruturantes. Ninguém vai se endividar em dólares para não fazer isso. Logo, é de responsabilidade do município fazer projetos estruturantes que possam mudá-lo. Eu não vou ensinar aos políticos como ganhar a eleição, pois eu sou um burocrata, mas todo político sabe que para ganhar a eleição tem que mostrar resultado dos seus quatro anos e, depois, quem sabe a reeleição e mais quatro anos. Logo, é muito importante pensar nos médio e longo prazos. Com os nossos prefeitos, pensamos em projetos estruturantes e fazemos projetos pequenos, aos quais incluímos obras de resultados imediatos – que ele vai conseguir mostrar durante os seus quatro anos. Assim, alguns acham que vão dar dinheiro para o prefeito seguinte. No caso do Fonplata, nós, realmente, trabalhamos de maneira bastante ágil para poder, inclusive, reconhecer gastos. Quando o prefeito começa, nós já fazemos o planejamento das obras que ele pode começar a executar, mesmo com recursos próprios, de curto prazo, ou seja, pode ser a parte de drenagem. Por isso, ele já pode começar a obra, enquanto o projeto está sendo assinado e dali a um ou dois anos, nós reconhecemos tudo aquilo que o prefeito já investiu e tem impostos.

Por outro lado, é importante ter todas as viabilidades (técnicas, sociais, militar, econômica, legal etc.), então, nós também apoiamos o município com recurso, às vezes de cooperação para investimento, para financiar alguns desses estudos. Normalmente, quando fazemos projetos pequenos, no final de um projeto, o prefeito já coloca recurso para viabilidade técnica do próximo projeto. Um dos grandes problemas do Brasil é falta de banco de projetos. Os projetos são ruins e não têm os estudos e as viabilidades. Assim, nós ajudamos nisso, fazemos uma pequena parte e já financiamos as etapas seguintes do projeto. Isso também é importante para eles criarem essa parceria conosco porque já podemos ter apoio em cooperação técnica, o que ajuda a longo prazo.

Qual é a nossa responsabilidade? Muitas vezes, o banco de investimento não conhece e não entende a realidade local. Logo, precisamos trabalhar para entendê-la, ou seja, temos que ter regras claras e não podemos impor faltas. Nós podemos dizer que damos o financiamento, mas dizer que é obrigatório fazer o estudo de determinada forma ou investir em tal linha de gênero, não podemos impor. Nós temos que ter instrumentos adequados, por exemplo, baseados na metodologia CRB (*Commodity Research Bureau Index*), e fazemos uma análise do território para uma previsão dos próximos 50 ou 100 anos para saber se vai chover mais. Isso tem que ser adaptado ao município e não adianta ter tudo certo se o município, depois, não conseguir acessar esses dados. Logo, precisa-se ter metodologias adequadas e agilidade. Em vários projetos, entre o inexistente da consulta e o primeiro desembolso, nós conseguimos fazer ele em banco, então, é igual aos gastos. Isso é super importante pelo cargo político de cada um dos municípios e precisamos respeitar a normativa local porque já estão acostumados com seu processo de licitação e suas licenças ambientais.

Ser corajoso é importante também. Muitas vezes, o organismo multilateral tem medo do risco reputacional. Por exemplo, em Maceió, em uma zona com grotões, onde temos que realocar as pessoas para uma área segura, o organismo multilateral diz que, para tirar essa pessoa, ele precisa uma série de regras do banco mundial e só pode tirar essa pessoa se tiver casa, escola etc. Assim, começa-se a se colocar condições porque, se tira essa pessoa, alguém pode reclamar e dizer que a culpa é do banco multilateral. Nós precisamos mudar isso porque tem que seguir a capacidade de o município ordenar seu território.

O último ponto é premiar os melhores. Se resolvem utilizar, por exemplo, a perspectiva de gênero em projetos que vão fazer corredores de ônibus, colocando câmeras de segurança, canal de denúncia, botão de pânico etc., então, ao colocar um corredor de ônibus com perspectiva do gênero, oferecemos uma taxa de juros reduzidas, por exemplo, para que motivarmos o município a fazer melhores projetos.

Elton Leme



Desembargador do
Tribunal de Justiça do
Estado do Rio de Janeiro
e coordenador-adjunto
do Centro de Inovação,
Administração e Pesquisa
do Judiciário – FGV
Justiça.

É difícil abordar um tema específico em um universo tão amplo quando falamos de cidade resiliente, mas eu escolhi o tema da partícula menor de todo esse problema que é o direito à moradia adequada no contexto de uma população mundial de 8 bilhões de pessoas, com mais da metade desse contingente de pessoas vivendo em áreas urbanas, especialmente nas megacidades como Tóquio e São Paulo. Há um crescimento desordenado dessa cidade, especialmente nos países que têm mais dificuldades econômicas e sociais e com déficit habitacional, onde cada um mora onde é possível morar, onde há desigualdade e pobreza com uma deficiência grave de o Estado prover, fiscalizar e controlar as coisas e, principalmente, em uma realidade de mudança do clima brutal, que tem transformado a vida de todos nós que moramos nos grandes centros, mas não só, e que, invariavelmente, condiciona e há de condicionar um tempo para o futuro de todas as atividades humanas. É o fator condicionante e, portanto, nós não mais podemos ignorar que temos conhecimento científico e podemos dizer que, hoje, a população está consciente do problema.

O direito à moradia adequada, cunhado na Constituição brasileira de 88 como um direito social fundamental, mas não um direito isolado e, sim, com sede na dignidade humana e na função social da propriedade, leva sempre em consideração o princípio também fundamental da sustentabilidade, ou seja, daquele pacto jurídico e constitucional, mas que, antes de tudo, é ético, por permitir que as pessoas utilizem os recursos fornecidos pela natureza sem comprometer a capacidade das gerações futuras de utilizarem os mesmos recursos. É um pacto que jogamos para o futuro, de 1988 para cá, mas, na verdade, nós temos que observar hoje, porque essa forma de atuar, sem não comprometer o futuro, é algo que se projeta na realidade dos dias presentes. Isso é fundamental quando tratamos a questão climática como falamos de moradia adequada. Em 1991, as Nações Unidas cunharam esse conceito como direito de viver em algum lugar com segurança, paz e dignidade. Portanto, a dignidade é fundamental e congênere dos direitos humanos.

A Agenda 21 adotada na Rio-92, na convenção das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro, compatibilizou esse conceito com a ideia da sustentabilidade ambiental, um fator absolutamente condicionante no exercício do direito à moradia adequada.

A conferência das Nações Unidas sob moradia e desenvolvimento sustentável, conhecida como Habitat-III, reafirmou o direito à moradia adequada desde que atenda à função social da terra e o acesso universal à água potável como elementos da natureza que se tornam cada dia mais escasso.

O colapso da rede e a interrupção do fornecimento de água potável foram os primeiros ocorridos na tragédia do Rio Grande do Sul. Então, a moradia adequada tem como fundamentos a posse, o acesso aos serviços públicos, a acessibilidade econômica, ou seja, a possibilidade das pessoas conseguirem adquirir ou se apossar da sua propriedade; tem que ser habitável, ou seja, tem que ser seguro e compatível com a sua finalidade. A moradia também deve atender à vulnerabilidade de grupos específicos, em termos de acesso e permitir o acesso ao trabalho, ao lazer, à educação, à saúde e à cultura. Além disso, obviamente, com compatibilização com a questão ambiental.

Nesse contexto, quero destacar, e eu estou me baseando nas Nações Unidas, que eu não digo mudanças climáticas, mas mudanças do clima, como o termo deve ser referido, pois nós estamos tratando da mudança global do clima. O clima do planeta é apenas um e ele se manifesta em várias partes do planeta, pois está tudo absolutamente interligado quando tratamos da questão ambiental. A convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) trouxe dois princípios fundamentais: o da mitigação – que é impedir ou tentar reverter que o aquecimento global continue contribuindo de forma gradativa para essas mudanças que nós estamos vivenciando nos dias de hoje – e o princípio da adaptação. Interromper o movimento, uma mudança de clima, tal como, hoje, ela se apresenta, demanda décadas. Uma coisa fundamental à existência da espécie no planeta é a adaptação. Esse outro princípio da Convenção do Clima parte da mitigação – que nada mais é do que o reconhecimento de uma característica, um atributo natural de sobrevivência das espécies. Isso é fundamental como tratamos de moradia adequada. Essas moradias precisam e devem se adaptar à nova realidade. Se temos o conhecimento científico e a consciência da situação, isso implica em dizer que nós já ultrapassamos o ponto do não retorno, ou seja, nós viveremos um aquecimento gradativo e, muito provavelmente, nós não cumpriremos as metas que estão estabelecidas, porque não estamos fazendo nada concretamente e eficientemente para cumprir essas metas. Por isso, precisaremos adaptar a uma nova realidade climática a fenômenos cada vez mais intensos, com chuvas torrenciais, frio e seca e incêndios florestais, como os que atingem toda a região que nós estamos, por exemplo, periodicamente e com muita gravidade. Essa adaptação é fundamental, mas quem paga essa conta da adaptação? Como nós vamos fazer isso? Quem deve ser o responsável por esta obrigação? É claro que o poder público tem a obrigação e o dever de atuar, de implementar os comandos legais, constitucionais e convencionais, mas isso tem um custo e nós sabemos que há limitações concretas para a implementação desses valores.

Vamos transpor a situação para o Rio Grande do Sul. Quem vai reconstruir? Quem paga o quê? Em uma questão climática, em um ambiente de desordem climática como esse que nós vivemos, há um fato que não pode ser negado: todos pagam a conta igualmente, pois todos sofrem. Mas quem paga conta?

Um detalhe muito interessante é que o Código Florestal brasileiro de 1965 foi revogado, mas, na sua exposição de motivos, se estabeleceu o princípio da interdição natural do terreno. Isso tem tudo a ver com a questão do direito à moradia adequada. Essa interdição natural do terreno nada mais é do que permitir que se olhe para o terreno e verifique que aquele terreno é impróprio para a construção, por exemplo, ou para uma determinada ocupação. Isso é muito interessante e a exposição de motivos indicava que ninguém envenena a própria fonte de água ou escava em volta dos

alicerces da própria casa. Por isso, é uma é uma conduta incompatível com a função da casa e da água e, portanto, com a ocupação do terreno. Logo, essa interdição natural do terreno estava baseada em outro princípio que eu posso chamar de boa-fé objetiva ambiental, pois bastava o homem comum olhar e ver que aquela situação em uma encosta inclinada ou em uma área de transbordamento de rio era imprópria para ocupação humana. A moradia adequada tem que cumprir essa função.

A sociedade passou, nesses últimos 300 anos, por um processo muito interessante que pode ser comparado às relações ecológicas que aprendemos na escola. No momento da Revolução Industrial, nós vivíamos, por exemplo, uma relação de predação onde nós consumíamos tudo e aniquilávamos todos os recursos. Simplesmente, consumiam e matavam para sobreviver. Nós evoluímos e passamos a operar uma relação de parasitismo, na qual nós ainda utilizávamos os recursos, mas não necessariamente matando e aniquilando aquele que era utilizado. Evoluímos mais ainda para uma relação de competição, que passamos a disputar por recursos naturais, ainda com a lei dos mais fortes, ou seja, aquele que for mais forte consegue mais recursos naturais. Mais recentemente, passamos a estabelecer uma relação comensalismo, na qual apenas uma das espécies é beneficiada. Finalmente, chegamos ao ponto fundamental de mutualismo destas relações, em que todos os organismos são beneficiados dessa mesma relação. É exatamente o mutualismo que nós precisamos vivenciar hoje quando falamos de cidade resiliente. O mutualismo climático é aquele que todo mundo contribui com o objetivo comum, pois se todo mundo paga pena, todos devem contribuir de forma eficiente para que essa desordem climática não comprometa a sobrevivência da sociedade tal como nós a conhecemos hoje. O princípio da solidariedade e da cooperação é fundamental. Quem paga conta? Quem pode mais, paga mais conta, e quem pode menos paga menos. Este é o princípio da solidariedade, da cooperação, do mutualismo climático.

Alexandre Bianchini



Vice-presidente
regional da Aegea
Saneamento

A Aegea é a maior operação privada de saneamento do Brasil hoje e atende cerca de 31 milhões de pessoas. O tema que vamos discutir é muito importante e eu vou começar de uma forma um pouco mais pessimista, mas, ao longo da fala, eu vou me tornar mais otimista e trazer coisas boas.

Nós estamos, de alguma forma, agredindo a natureza e isso está gerando uma reação natural e contrária, assim como a Lei de Newton, que diz que para cada ação há uma reação de mesma intensidade, só que nós não sabemos o que vai acontecer. Nós estamos vivendo algumas coisas agora e nos surpreendendo com isso. O tamanho da encrenca ninguém consegue dimensionar de forma clara. Então, precisa-se tentar entender o que vem, fazer com que a cidade seja mais resiliente, ter mais capacidade de se proteger do efeito daquilo que vem, mas uma coisa muito importante é que existem muitos equipamentos instalados que não tem manutenção nem operação.

Agora, vou começar a falar parte boa. Manaus me ensinou muita coisa e me permitiu assumir o projeto no Rio de Janeiro, cujo cenário era assustador por-

que muita coisa foi feita, mas eram obras de 1960/70 que, sinceramente, não sei se teríamos capacidade de fazer hoje. Eu vou citar dois casos do Rio de Janeiro que são emblemáticos.

O primeiro é a Lagoa Rodrigo de Freitas. Quando assumimos, ela tinha diversos problemas que causavam a morte de peixes, mau cheiro, as pessoas corriam e viam o esgoto vazando. Simplesmente, toda estrutura de contenção e de proteção da Lagoa estava pronta, só que as elevatórias de esgotos eram operadas pelos donos dos quiosques. O cordão de isolamento vazava e não tinha quem consertasse. No primeiro dia de concessão, nós reformamos todas as elevatórias e trocamos quase um quilômetro. O efeito é imediato. Hoje, a discussão no Rio de Janeiro é diferente, e isso é lindo de ver, pois é se pode ter caça submarina na Lagoa Rodrigo de Freitas ou não. O carioca pode andar na Lagoa Rodrigo de Freitas novamente e sentir prazer com o que está acontecendo.

O segundo caso é que existe um equipamento instalado no Rio de Janeiro que vai do aeroporto Santos Dumont até o Posto 5, em Copacabana, com elevatórias que levam o esgoto até o emissário. Esse equipamento é um túnel de 5,2 m de diâmetro que percorre todo o Aterro do Flamengo e entra embaixo do canteiro central do Copacabana. Qual o objetivo dele? Receber todo o recurso hídrico e atingir ou a Baía de Guanabara ou as praias oceânicas, cair nele e atingir o emissário submarino através do bombeamento. Para cada corpo hídrico que chegava, existiam grades de proteção para que o lixo não entrasse e ficasse agarrado ali. Quando fica agarrado, tem que limpar, mas isso dá trabalho. Então, resolveram tirar. Quando assumimos esse equipamento, 70% dos 9 km de extensão estavam cobertos de lixo. Como esse equipamento urbano instaladofuncionaria dessa forma? Eu costumo dizer que tudo sumiu no Rio de Janeiro nos últimos 50 anos. Nós tiramos 3 mil toneladas de lixo desse interceptor oceânico. Hoje, ele é usado e nós fazemos manutenção – para não deixar ele se deteriorar – e operação – porque as coisas não funcionam sozinhas. Nós temos uma programação. Nós sabemos quando vai chover no Rio de Janeiro e, momentos antes de chover, o esvaziamos para que ele possa absorver a chuva. Qual o resultado? O primeiro resultado é que a praia do Flamengo, há sete meses, está própria para banho.

Um mergulhador fez um mergulho noturno, recentemente, e encontrou caranguejo real na Baía de Guanabara. Outro dia, passaram 600 golfinhos dentro da Baía de Guanabara, que foram atrás de comida porque hoje já tem peixe lá. O ambiente está se recuperando. Essa melhora se dá pela manutenção que foi feita no interceptor oceânico e pela operação dele, porque nós estamos em um centro de operações integradas, no Porto Maravilha, que é o mais moderno do país e, quem sabe, do mundo. Nós procuramos vazamento por satélite e já achamos 180 vazamentos não visíveis na zona sul do Rio de Janeiro. Isso é tecnologia.

Resumindo, nós temos que fazer obras, mas precisamos, também, usar os equipamentos existentes. Nós estamos há dois anos e meio no Rio de Janeiro e o projeto da Baía de Guanabara se divide em algumas fases.

A primeira foi a recuperação dos artigos existentes. A segunda foi o grande coletor em torno da Baía de Guanabara, o que mesmo que foi feito na Lagoa. A Lagoa era limpa e clara, mas a nossa geração assassinou aquela lagoa, que ficou sem vida. Foi feito esse mesmo projeto de poder de isolamento e ela, hoje, está completamente limpa.

A terceira etapa é cumprir o Marco Legal do Saneamento, ou seja, ter 90% do esgoto coletado e tratado até 2033. Só na recuperação de ativos existentes, deixamos de jogar 82 milhões de litros de esgoto por dia na Baía de Marabá, em dois anos. Logo, dá para fazer, mas só tocando no coração das pessoas. O ser humano está usando muito o cérebro e precisa usar mais o coração.

ARTIGOS ACADÊMICOS

35

APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS ACADÊMICOS

A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA COLABORAÇÕES PREMIADA: FIABILIDADE PROBATÓRIA E TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO

BREAKING THE CHAIN OF CUSTODY IN PLEA BARGAINS: PROOF RELIABILITY AND LEGAL TRANSFORMATION

AUTORA

Fernanda Pereira da Silva

RESUMO

O presente artigo trás a baila a quebra da cadeia de custódia das provas digitais na colaboração premiada, demonstrando que a cadeia de custódia dos meios de obtenção de prova devem ser antes da homologação do acordo, no início da fase administrativa de tratativas do acordo, exemplificando com dois grandes julgados, um do STJ e outro do STF em que anularam todas as ações decorrente, cujas provas utilizadas eram decorrentes de acordo de colaboração, que sequer haviam sido custodiadas.

ABSTRACT

This article examines the violation of the chain of custody for digital evidence in plea bargains. It argues that the chain of custody for evidence collection should be established before the plea agreement is approved, during the initial administrative phase of negotiations. The article provides two examples of landmark Supreme Court rulings

that annulled all proceedings stemming from plea agreements where the evidence used had not been properly safeguarded.

Palavras-chave: cadeia de custódia - prova digital - colaboração premiada

keywords: Chain of Custody - Digital Evidence - Plea Bargain

SUMÁRIO

1.A Colaboração premiada: meio de obtenção de prova; 1.1 A cadeia de custódia das provas no processo penal; 1.2 A cadeia de custódia da prova digital; 2. Integridade das provas digitais: o termo inicial da cadeia de custódia na colaboração premiada; 3. Inadmissibilidade das provas digitais obtidas sem a custódia da prova do acordo colaboração premiada.

INTRODUÇÃO

A prova digital tem se tornado cada vez mais presente em processos judiciais, ganhando importância ao longo do tempo. No entanto, para que essa prova seja considerada válida, é fundamental preservar a cadeia de custódia, ou seja, rastrear todos os documentos desde a coleta, arquivamento, armazenamento até a apresentação em juízo.

A confiabilidade da cadeia de custódia da prova digital tem sido objeto de preocupação e debate, uma vez que pode ser comprometida por diversos fatores, como a falta de capacitação técnica dos profissionais responsáveis pela coleta, armazenamento e análise da prova, e a falta de padrões e procedimentos claros para a preservação da prova.

Além disso, a natureza dinâmica e mutável da tecnologia digital pode dificultar a preservação da cadeia de custódia, uma vez que é comum que os dados sejam alterados, excluídos ou corrompidos ao longo do tempo. Por isso, é importante que a coleta e preservação da prova digital sejam realizadas com estrito cumprimento de protocolos e procedimentos específicos para esse tipo de prova.

A colaboração premiada, por ser um meio de obtenção de prova, prevista em lei, a cadeia de custódia das provas obtidas na colaboração premiada carece de previsão legal na Lei 12.850/2013. Sendo que a produção deve obedecer aos requisitos do art. 158 do CPP e seguintes, porém ainda há margens à manipulação de conteúdo probatório, possibilitando supressão e alteração por parte do investigador ou acusador, quando não seguidos corretamente os procedimentos.

Posto isso, o objeto da pesquisa é a fiabilidade do conteúdo da prova digital decorrente dos aparelhos eletrônicos entregues em acordo de colaboração. Como garantir a autenticidade da prova digital coletada, rechaçando a possibilidade da manipulação da sua forma e do seu conteúdo por agentes condutores da investigação? Como rechaçar a possibilidade de adulteração proposital que macule sua valoração judicial e comprometa o exercício do contraditório? Somente uma análise sobre os métodos de investigação, métodos de coleta e parâmetros técnicos de segurança da informação e fiabilidade dos vestígios no ambiente digital - especificamente no aparelho celular - poderá fornecer mecanismos eficientes que se coadunam com a finalidade da garantia constitucional da prova lícita e do devido processo legal.

A cadeia de custódia da prova desempenha um papel crucial no processo penal, sendo definida como o conjunto de procedimentos destinados a preservar e documentar a história cronológica dos vestígios coletados em locais de crimes ou em vítimas. Sua importância é destacada no Código de Processo Penal Brasileiro, especialmente após as alterações promovidas pela Lei nº 13.694/2019, conhecida como Pacote Anti-Crime. A definição de vestígios, no entanto, é criticada por alguns estudiosos por sua limitação a elementos tangíveis, deixando de abranger aspectos como provas digitais e telemáticas.

Diversas fases compreendem a Cadeia de Custódia das Provas, desde o reconhecimento até o descarte dos vestígios, sendo essencial para garantir a integridade e autenticidade das provas apresentadas no processo penal. Contudo, a fidedignidade desse procedimento é frequentemente questionada devido à possibilidade de manipulação inadequada por parte dos peritos, o que poderia comprometer a validade das evidências.

A análise aprofundada sobre a integridade das provas digitais provenientes de acordos de colaboração premiada destaca-se pela importância da cadeia de custódia na preservação da confiabilidade e credibilidade dessas evidências. O texto refere-se a casos específicos, como o Recurso Ordinário de Habeas Corpus nº 143.169/RJ do STJ e a RCL 43007/DF do STF, que geraram considerável interesse devido às questões técnicas e específicas relacionadas à obtenção de provas digitais em aplicativos de troca de mensagens protegidos por criptografia.

A colaboração premiada é abordada como meio de obtenção de prova, e a discussão se estende à necessidade de uma cadeia de custódia rigorosa, desde a entrega de documentos e dispositivos eletrônicos até a realização de perícias especializadas.

A pesquisa também destaca a falta de regulamentação detalhada na Lei nº 12.850/2013 sobre como os documentos e equipamentos eletrônicos devem ser en-

tregues ao Ministério Público, ressaltando a importância de procedimentos adequados desde a fase administrativa até a homologação do acordo de colaboração.

1. A COLABORAÇÃO PREMIADA: MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

O acordo de colaboração premiada é definido no art. 3-A, da Lei nº 12.850/2013 como negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse público.¹

A colaboração premiada consiste em um acordo bilateral, realizado entre o membro do Ministério Público e o investigado, ou com a Autoridade Policial com anuência do *Parquet*, cuja finalidade é a colaboração efetiva com a investigação, podendo ser beneficiado com o perdão judicial, ter sua pena corporal reduzida em até dois terços ou substituída por restritivas de direitos.

Esse meio de obtenção de prova, diferente dos demais, é formalizado em forma de acordo, escrito, assinado pelas partes e homologado judicialmente, para proteção dos direitos do colaborador e posterior fiscalização do seu cumprimento.

Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, a colaboração premiada, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Para o autor e professor Aury Lopes Jr., a colaboração premiada é um acordo firmado entre o Estado e um indivíduo que tenha participado de um crime, pelo qual o primeiro concede ao segundo benefícios penais em troca de informações relevantes para a investigação ou persecução penal.²

De acordo com Alexandre Wunderlich, colaboração é um instituto jurídico processual penal que consiste na prestação de informações relevantes para a investigação ou persecução penal por parte de alguém que tenha participado de um crime em troca de benefícios penais.³

A Lei nº 12.850/2013 foi criada com a finalidade de definir organização criminosa e

¹ Lei nº 12.850/2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 04 nov. 2023.

² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 622.

³

dispor regras sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal, o que demonstra a preocupação do legislador com o combate a crimes com alta lesividade social e potencial ofensivo.⁴

Nesse sentido, para Aury Lopes Jr. os meios de obtenção de prova são os instrumentos utilizados pelo Estado para coletar informações sobre a ocorrência de um crime e sobre a autoria ou participação do agente"⁵. Na mesma linha Nucci destaca que os meios de obtenção de prova são instrumentos utilizados pelo Estado, mas que podem ser produzidos por qualquer pessoa, inclusive pelo próprio agente.⁶

Para um acordo ser homologado pelo juiz, é necessário observar a voluntariedade, regularidade e legalidade do ato, além da descrição adequada dos fatos que estão sendo investigados, ou a ineditude dos mesmos, com todas as circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração. Os elementos de corroboração produzidos pelo colaborador, seja por meio físico ou de forma digital, são evidências eletrônicas obtidas a partir de dispositivos eletrônicos, como computadores, smartphones, tablets, dispositivos de armazenamento de dados, entre outros, que podem ser utilizadas em uma investigação criminal ou na instrução de uma ação penal.

Em relação a evidências podemos dizer que "onde quer que se pise, tudo que se toque, tudo que deixe, até mesmo inconscientemente, servirá como evidência silenciosa"⁷, e nos meios digitais não é diferente.

Essa realidade digital precisa ser aprimorada pela investigação criminal e as leis que não conseguem acompanhar a evolução tecnológica. Esses meios podem incluir a produção de provas documentais, testemunhais, periciais, e em arquivos digitais, em especial os e-mails, arquivos de textos em word, excel, pdf, redes de conexão para identificar IP do computador, rede, data e hora, registros de transações financeiras, aplicativos de mensagens, fotos, redes sociais.

Os meios investigativos em relação a prova digital são técnicas e métodos utilizados pelos órgãos responsáveis pela investigação criminal para coletar e analisar informa-

⁴ CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada**: lições práticas e teóricas - de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 18-22.

⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 446.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 684.

⁷ KIRK, Paul Leland. **Crime investigation**. New York: Wiley, 1953. Capítulo 1, p. 4.

ções e evidências relacionadas a crimes que estejam em ambiente digital. Para além dos métodos tradicionais de investigação, são utilizados meios específicos para investigar a prova digital como análise de dispositivos eletrônicos, recuperação de dados, análise de metadado entre outros.

1.1 A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

A cadeia de custódia é o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.⁸

O conceito da “cadeia de custódia” está no próprio art. 158-A, introduzido no Código de Processo Penal Brasileiro, pela Lei nº 13.694/2019, conhecida como Pacote Anticrime. A cadeia de custódia teve a sua definição extraída da Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014⁹, da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, que já tratava dessa matéria em âmbito infralegal, onde foram estabelecidas as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios.

Estamos falando de uma série de registros que são coletados a partir dos vestígios encontrados no local onde um crime foi praticado, cuja finalidade é a de obter subsídios detalhados para serem utilizados no laudo pericial, garantindo a integridade das provas, garantindo que as evidências sejam exatamente as mesmas encontradas na cena do crime, sem que tenham sofrido qualquer espécie de adulteração, como a contaminação no manuseio da prova pelos agentes técnicos.

O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. O §3º do art. 158-A do CPP conceitua vestígio como todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

A definição restrita de vestígios, em verdade, direciona ao resguardo de vestígios que, por sua vez, são notadamente palpáveis, tangíveis e decorrentes de delitos não transeuntes, descuidando completamente a abrangência do tema quanto ao resguardo de ele-

⁸ Art. 158-A, do CPP.

⁹ BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria Senasp nº 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <https://diariofiscal.com.br/ZpNbw3dk20XglKXVGacL5NS8haloH5PqbJKZaawfaDwCm/legislacao/federal/portaria/2014/senasp82.htm>. Acesso em: 21 jan. 2023.

mentos de provas com natureza diversa, a exemplo das provas digitais, das provas genéticas, das provas documentais, das provas testemunhais e das provas telemáticas.¹⁰

Geraldo Prado, em sua obra *A Cadeia de Custódia da prova no Processo Penal*, sustenta que os instrumentos utilizados para documentar a história cronológica da evidência devem ser variáveis de acordo com a natureza do vestígio, coletado pela agência repressora; ao adotar essa perspectiva¹¹, Prado solucionou doutrinariamente a discussão sobre a insuficiência de disciplina normativa no Código de Processo Penal.

Na prática, o procedimento a ser realizado pelos peritos deverá seguir uma cadeia linear de etapas com a finalidade de conferir a segurança necessária ao procedimento pericial, que muitas das vezes trata-se de um ponto controvertido em uma defesa criminal, já que são passíveis de serem manipuladas de forma irregular ou, em alguns casos, alvo de ação ou omissão delituosa por parte dos peritos.¹²

A cadeia de custódia da prova é dividida em fases, enquanto procedimento de rastreamento de vestígios, definidos no art. 158-B, como reconhecimento, isolamento, fixação, acondicionamento, transporte, recebimento, armazenamento e descarte, para impor a preservação da identidade do elemento na forma em que foi coletado.

O procedimento para coletar vestígios e garantir a cadeia de custódia da prova deverá ser realizado após o fato criminoso, momento em que a autoridade policial irá se dirigir ao local com a sua equipe técnica, com a finalidade de que não haja alteração da cena ou qualquer outra situação que possa comprometer a prova do crime, bem como a atuação dos peritos criminais.

O professor Gustavo Badaró¹³ define Cadeia de Custódia como um procedimento regrado que documenta o manuseio do vestígio com a finalidade de torná-lo admis-

¹⁰ OLIVEIRA, Antonio Higino de. A cadeia de custódia da prova no processo penal: uma análise argumentativa da compreensão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça com base no julgamento do habeas corpus 160.662/RJ. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/4192/1/DISSERTACAO_ANTONIO%20HIGINO%20DE%20OLIVEIRA_MESTRADO%20DIR%20CONST_2022.pdf. Acesso em: 30 mar. 2023. p. 16.

¹¹ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no Processo Penal**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 168.

¹² LAMARCA, Eder de Souza. A cadeia de custódia e o trato com a prova criminal. **DSpace Doctum**: Repositório Institucional, Juiz de Fora, 2020. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/3734/1/Eder%20Lamarca.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2023.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 517-538. p. 522-523.

sível e apto à valoração judicial, sendo indispensável o instituto para garantir a idoneidade, confiabilidade e a transparência do elemento de prova da coleta até o momento da valoração pelo Poder Judiciário. Vejamos: “por fim, ela confere aos vestígios certificação de origem e destinação e, conseqüentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise, credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório¹⁴.”

No entanto, a fidedignidade do procedimento é o ponto controvertido da cadeia de custódia da prova, visto que está à mercê de uma coleta e manuseio, muitas vezes realizados de forma irregular pelo perito, o que pode acarretar um comprometimento do material da perícia.

O Doutrinador Geraldo Prado, a maior autoridade em cadeia de custódia, ressalta que a quebra da cadeia de custódia da prova resulta em prejuízo à comprovação dos elementos apreendidos, não podendo ser validamente utilizados como fonte ou elemento ou meio de prova¹⁵.

A cadeia de custódia se configura como elemento essencial ao devido processo legal, as garantias constitucionais, sobretudo ao Princípio da ampla defesa e do contraditório, além de individualizar o caso concreto, pormenorizando os detalhes, além da confiabilidade das fontes e dos demais vestígios a serem utilizados como provas.

No Processo Penal, o instituto da Cadeia de Custódia da Prova é um instrumento de reconstrução histórica dos fatos que serão objeto de cognição do juízo no exercício da função jurisdicional.

Por fim, entende-se imprescindível que o exame acerca da preservação da cadeia de custódia deve ocorrer na fase de admissão das provas, de modo que, em caso de violação, a evidência não poderá integrar o conjunto probatório a ser utilizado na reconstrução dos fatos, em total consonância com o art. 157¹⁶ e ss. do CPP.

1.2 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA DIGITAL

A prova digital nos dias de hoje se trata das provas advindas de sistemas criados e exclusivos para uma finalidade específica, sistemas e aplicativos acessíveis a todos

¹⁴ Idem, p. 240.

¹⁵ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no Processo Penal**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 135.

¹⁶ **Art. 157.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

por assinatura, e-mails, celulares, computadores, nuvens, enfim, tudo que está ligado à tecnologia, e, como prova digital, possui vestígios que podem ser periciados e extraídos em busca da verdade real.

Assim, considerando que a prova digital tem por característica a ausência de materialidade, da mesma forma que não é elaborada em linguagem natural, ela é altamente mutável, estando sujeita a constante intercorrência, necessita para sua admissão no processo comprovação prévia de sua integridade e autenticidade, sendo essencial a documentação completa da cadeia de custódia.

Baseando-se nas boas práticas da *Internet Engineering Task Force (IETF)*¹⁷ para coleta e arquivamento de vestígio digital relevante, o vestígio digital deve ser admissível, autêntico, completo, confiável e acreditável.

Assim, no momento da apreensão das provas, é imprescindível que o material arrecadado, normalmente os objetos que contenham vestígios digitais - HDs, mídias, CPUs, telefones celulares etc. - sejam acondicionados com a identificação da pessoa física a quem pertencia (não sendo possível, identificar a área da empresa), são procedimento compatível com o que for observado pelo responsável pela arrecadação das provas documentais. Trata-se de uma medida necessária para garantir que se identifique também a estrutura organizacional da empresa ou empreendimento, seja legal ou ilegal.

É importante observar a diretriz da incondicional preservação da fonte, respeitando, evidentemente, a capacidade técnica do órgão responsável pela administração do vestígio.

Durante a diligência destinada à coleta de vestígios que subsidiarão a compreensão do magistrado sobre o delito, diversas indagações podem e devem ser formuladas no local de busca. Por exemplo: deve-se proceder à apreensão de fitas de backup quando o órgão carece de hardware ou software compatíveis com a extração dos arquivos eletrônicos? Em caso de incerteza acerca da existência de criptografia de disco, é prudente apreender apenas o HD ou a máquina em sua integralidade? Na ausência de envelopes dotados da tecnologia de gaiola de Faraday¹⁸, como proceder à apreensão de dispositivos móveis, como celulares? Na impossibilidade de realizar a coleta exclusiva dos arquivos eletrônicos, é apropriado levar os HDs? E quando os

¹⁷ NETWORK WORKING GROUP, 2002

¹⁸ No campo da atividade forense digital, uma sacola de Faraday é um dispositivo inteligente projetado para isolar dispositivos eletrônicos e equipamentos de comunicação de qualquer sinal eletromagnético externo, impedindo, por exemplo que sinais de rádio, Wi-Fi, Bluetooth e outras formas de comunicação sem fio alcancem os dispositivos protegidos que se encontram custodiados e não podem sofrer qualquer tipo de adulteração, principalmente na fase externa da cadeia de custódia. Essa prática é especialmente relevante para assegurar que dados digitais sejam coletados e analisados de maneira precisa em investigações criminais.

arquivos eletrônicos estão armazenados em servidores, inclusive externos (na nuvem), qual abordagem adotar?

As indagações relativas às operações de arrecadação são vastas, sendo que a maioria das entidades técnicas dispõe de manuais de procedimentos específicos, voltados para assegurar a integridade da cadeia de custódia durante a fase de armazenamento. É importante ressaltar que o planejamento operacional para a execução da diligência deve ser suficientemente meticuloso para a pronta solução de eventualidades que possam surgir.

Muito se discute acerca da reprodução do material eletrônico durante as buscas, a qual deve ser certificada quanto à autenticidade por meio do uso de um *Hash*¹⁹, que, no campo da atividade forense digital, é um algoritmo matemático (protocolo criptográfico) usado para autenticar arquivos digitais, gerando, assim, uma assinatura digital de modo a ser possível verificar sua autenticidade quando este for transportado (copiado) para qualquer outra plataforma (mídia).

A documentação da cadeia de custódia é essencial no caso de análise de dados digitais, pois permite assegurar a autenticidade e integralidade dos elementos de prova e submeter tal atividade investigativa à posterior crítica judiciária das partes, excluindo que tenha havido alterações indevidas do material digital ^{20,21}

No parecer do HC, o Professor Gustavo Badaró destaca a necessidade da integridade da prova²²:

sem a documentação da cadeia de custódia, será impossível questionar a autenticidade e integridade de tal fonte de prova e, conseqüentemente, dos elementos de prova dela extraídos.

Não havendo documentação da cadeia de custódia, e não sendo possível sequer ligar

¹⁹ “**Código hash** é uma função matemática que mapeia dados de entrada de tamanho arbitrário para dados de saída de tamanho fixo. O código hash é usado em uma variedade de aplicações, incluindo criptografia, banco de dados, segurança da informação e redes de computadores” (STALLINGS, William. **Criptografia e segurança de redes**. Trad. Daniel Vieira. 8. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2017).

²⁰ PITTIRUTI, Marco. **Digital evidence e procedimento penale**. Torino: Giapichelli, 2017. p. 114-115.

²¹ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia da prova digital. 2021. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7833426/mod_resource/content/1/U8%20-%20BADARO%20-%20A%20cadeia%20de%20custo%CC%81dia%20da%20prova%20digital%20PUCRS%20-%20co%CC%81pia.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

²² Parecer no HC 5017790-45.2022.4.02.0000 TRF2

o dado probatório à ocorrência do delito, o mesmo não deverá ser admitido no processo. A parte que pretende a produção de uma prova digital tem o ônus de demonstrar previamente a sua integridade e autenticidade, por meio da documentação da cadeia de custódia. Sem isso, sequer é possível constatar sua relevância probatória.²³

O referido parecer foi dado após laudo pericial da Polícia Federal ²⁴, oficial e particular, no sistema digital de dois doleiros colaboradores, para controle da cautela e entrega de reais e dólares aos seus clientes, após os laudos atestarem a violação da cadeia de custódia da principal prova do processo, os sistemas ST e BANKDROP criados e entregues pelo colaborador Cláudio Barbosa, como prova em seu acordo de colaboração.

Os sistemas de controle financeiro criados e entregues pelos próprios colaboradores, sem cadeia de custódia, sem registro de integridade, de forma que sua força probatória é tão frágil quanto a palavra de quem os produziu unilateralmente. As telas do sistema BankDrop não registram os nomes dos acusados, mas somente “apelidos”, de forma que qualquer outro indivíduo poderia estar respondendo a uma ação penal: bastaria que os colaboradores tivessem afirmado que outro indivíduo, seria o cliente responsável pelas transações registradas em nome do apelido “X”.

A prova digital deve possuir valor probatório, e a sua cadeia de custódia deve passar por todas as etapas para preservar os dados digitais gerados e armazenados, com total controle de sua autenticidade e integridade.

Na hipótese de a perícia atestar a possibilidade de se incluir, excluir ou modificar os registros em quaisquer tabelas das bases de dados na prova digital apreendida, sem deixar qualquer vestígio, tais provas são inadmissíveis no processo, devendo deles ser desentranhada, pois há evidência de manipulação, não possuindo o valor probatório.

A questão diz diretamente com a admissão da prova nos autos, com a higidez do processo, dos elementos que o compõem²⁵. Ocorre que “na eventualidade de haver algum tipo de quebra da cadeia de custódia das provas – *‘break on the chain of custody’* –, quer se trate de meio ou de fonte de prova, há de se reconhecer a inadmissibilidade dessa evidência como prova, assim como das demais provas delas decorrentes ²⁶”.

²³ Parecer no HC 5017790-45.2022.4.02.0000 TRF2, Doc 05, p. 17

²⁴ Laudo n.º 88/2020 – NUCRIM/SETEC/SR/PF/RJ - Ação Penal no 5030580-26.2018.4.02.5101/RJ, a fim de atender a determinação do MM. Juiz Federal, Dr. ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU, contida no Ofício no 510001782365 de 22/11/2019, registrado no Sistema de Criminalística sob o no 2499/2019-SETEC/SR/PF/RJ.

²⁵ CPP, art. 157, § 1º.

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 718 e 720.

Para Denise Vaz, a prova digital são “dados em forma digital (no sistema binário) constantes de um suporte eletrônico ou transmitidos em rede de comunicação, os quais contêm a representação de fatos ou ideias”²⁷, atentando-se para a impossibilidade do uso de analogias do tratamento dado para as provas físicas, é imperioso que, além de requisitos formais, a cadeia de custódia da prova penal digital seja levada a sério, com as devidas proporções, como forma de garantir e preservar a fiabilidade probatória (fonte da prova), a fim de possibilitar o contraditório e a sua admissibilidade ou não no processo, cabendo observar que se tratará de duas etapas, ou melhor, devem incidir duas cadeias de custódias. Uma sobre o dispositivo/suporte físico (eletrônico) e outra sobre os próprios dados/informações (vestígios digitais)²⁸.

Independentemente disso, sem a documentação da cadeia de custódia, torna-se inviável questionar a autenticidade e integridade dessa fonte probatória e, por conseguinte, dos elementos probatórios dela derivados. O legislador, contudo, omite a estipulação das consequências processuais decorrentes do seu desrespeito, seja em termos de admissibilidade, seja no que tange à valoração do meio de prova correspondente.

Verifica-se uma divergência na doutrina acerca da matéria em análise. Uma corrente, seguida por Geraldo Prado²⁹, Marcos Eberhardt³⁰, Yuri Azevedo e Caroline Vasconcelos³¹, sustenta que, na ausência de documentação integral da cadeia de custódia, a prova torna-se ilegítima, sendo vedada sua admissão no processo. Em contrapartida, outros juristas, como Gustavo Badaró transpõem a problemática da admissibilidade da prova, propondo uma solução para o vício na cadeia de custódia ao conferir menor peso probatório ao meio de prova originado de fontes cuja cadeia de custódia foi violada. Em outras palavras, enquanto os primeiros preconizam a inadmissibilidade da prova, os segundos reconhecem sua licitude, porém mitigam seu valor probatório.

Esta posição foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme decidido no Habeas Corpus nº 653.515/RJ:

Demonstra-se mais apropriada a posição que sustenta que as irregularidades presentes

²⁷ VAZ, Denise Provasi. Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 63.

²⁸ POLANSKY, Jonathan. Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital. Buenos Aires: Hammurabi, 2020. p. 168

²⁹ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 92.

³⁰ EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 223.

³¹ AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. **Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 109.

na cadeia de custódia devem ser ponderadas pelo magistrado juntamente com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de avaliar a confiabilidade da prova. Destarte, na ausência de outras provas capazes de sustentar a acusação, a pretensão deve ser julgada improcedente por insuficiência probatória, resultando na absolvição do réu.³²

O professor Gustavo Badaró adota a posição de que a constatação de vícios na cadeia de custódia não conduz, necessariamente, à ilicitude ou ilegitimidade da prova, acarretando sua inadmissibilidade no processo. Tal posicionamento fundamenta-se na possibilidade de ocorrência de omissões ou irregularidades leves, desprovidas de indicativos concretos de modificação, adulteração ou substituição da fonte probatória. Em circunstâncias dessa natureza, a resolução da questão deve ser promovida no momento da valoração probatória.³³

Nesse estudo da quebra da cadeia de custódia da prova digital na colaboração premiada adotamos a posição de Geraldo Prado, onde, não documentada integralmente a cadeia de custódia, a prova se torna ilegítima, não podendo ser admitida no processo³⁴.

A prova digital incorpora diversas características que a distinguem, conferindo-lhe uma natureza distinta, vulnerável e singular, onde as técnicas empregadas para a coleta e produção da prova digital diferem daquelas utilizadas na obtenção dos meios de prova tradicionais, demandando abordagens específicas.

Trata-se de uma prova fungível, pois os dados informáticos podem ser facilmente substituídos por outros. Portanto, antes de sua coleta, é imprescindível que seja rigorosamente identificada, de modo a evitar riscos de alteração ou desaparecimento, assegurando, assim, sua robustez probatória. Contudo, dado que essa categoria de prova é suscetível a tais possibilidades de alteração ou desaparecimento, é considerada volátil e instável, o que torna ainda mais complexa sua apreensão. Sua elevada volatilidade decorre da capacidade de serem omitidas ou excluídas do suporte original, demandando o uso de ferramentas especializadas para sua identificação.

Logo, quando se tornar inviável a observância integral de todos os procedimentos necessários para conferir à prova digital sua eficácia probatória, pode resultar na im-

³² (STJ, HC 653.515/RJ, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 23.11.2021, m.v.) – o material estava armazenado em sacola de supermercado e sem lacre.

³³ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia da prova digital. 2021. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7833426/mod_resource/content/1/U8%20-%20BADARO%20-%20A%20cadeia%20de%20custo%CC%81dia%20da%20prova%20digital%20PUCRS%20-%20co%CC%81pia.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

³⁴ PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 92.

possibilidade de conduzir uma perícia imparcial. Em outras palavras, não será factível reunir elementos probatórios que possam ser adequadamente valorados durante a instrução processual, tornando-se relevantes para a discussão da causa.

As características singulares da prova digital, notadamente sua temporalidade, fragilidade, dispersão, volatilidade, alterabilidade e natureza imaterial, conferem-lhe um caráter complexo, demandando uma interpretação especializada.

Não obstante a natureza volátil dos dados armazenados digitalmente, os dispositivos necessários para assegurar a integridade dessas informações estão previstos no art. 158-B do Código de Processo Penal, viabilizando a verificação de eventuais alterações, supressões ou adições após a coleta inicial das fontes de prova pela autoridade policial. Incumbe à autoridade policial responsável pela apreensão dos dispositivos eletrônicos (computadores, celulares e outros dispositivos de armazenamento de informações digitais) realizar a cópia integral (bit a bit) do conteúdo do dispositivo, gerando assim uma imagem dos dados que espelha e representa de maneira fiel o conteúdo original³⁵.

Ao empregar a técnica de algoritmo *hash*, é possível obter uma assinatura única para cada arquivo, equiparada a uma espécie de impressão digital ou DNA do arquivo. O código *hash* gerado a partir da imagem apresentaria um valor distinto caso houvesse qualquer alteração em um único bit de informação em alguma fase da investigação, após a fonte de prova já se encontrar sob a custódia da polícia. Mesmo alterações mínimas e pontuais no arquivo resultariam em um *hash* completamente diferente, caracterizando o que é conhecido em tecnologia da informação como "efeito avalanche"³⁶.

Ao confrontar as *hashes* calculadas nos momentos da coleta e da perícia (ou em sua repetição em juízo), é possível detectar se o conteúdo extraído do dispositivo foi alterado, mesmo que minimamente. Caso não haja alterações, as *hashes* serão idênticas, proporcionando uma atestação com elevado grau de confiabilidade de que a fonte de prova permaneceu intacta.

Como adverte Geraldo Prado, "a preservação das fontes de prova é concebida como remédio jurídico-processual contra o desequilíbrio inquisitório, caracterizado pela seleção e uso arbitrário de elementos pelas agências repressivas"³⁷.

³⁵ MENKE, Fabiano. A criptografia e a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICPBrasil). In: DONEDA, Danilo; MACHADO, Diego (org.). **A Criptografia no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p.124-136.

³⁶ *Idem*, p. 124-136.

³⁷ PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 191.

A título sumário, como defendido anteriormente e somada as constatações sobre as particularidades do vestígio digital, se constatada a quebra/violação da sua cadeia de custódia, impõe-se o tratamento de prova ilícita, sua não admissibilidade e sua exclusão do processo, bem como as que dela decorrem³⁸.

2. INTEGRIDADE DAS PROVAS DIGITAIS: O TERMO INICIAL DA CADEIA DE CUSTÓDIA NA COLABORAÇÃO PREMIADA

O Recurso Ordinário de *Habeas Corpus* nº 143.169/RJ, do STJ, e a RCL 43007/DF, do STF, suscitou considerável interesse na pesquisa devido à sua matéria de fundo, a qual previamente abordou questões técnicas e específicas relacionadas à cadeia de custódia da prova digital obtida em aplicativos contemporâneos de troca de mensagens, protegidos pela criptografia informática.

O Agravo em Recurso Ordinário de *Habeas Corpus* nº 143.169/RJ ³⁹ suscitou considerável interesse para a pesquisa devido à sua matéria de fundo, a qual previamente abordou questões técnicas e específicas relacionadas à cadeia de custódia da prova digital obtida em aparelhos eletrônicos, protegidos pela criptografia informática.

O Ministro Ribeiro Dantas concluiu em seu voto divergente, seguido pelos demais Ministros, que, com a omissão da autoridade policial, não é possível responder a nenhuma dessas perguntas, com uma consequência profundamente prejudicial à confiabilidade da prova: não há como assegurar que os elementos informáticos periciados pela polícia e pelo banco são íntegros e idênticos aos que existiam nos dispositivos eletrônicos do Agravante, bem como séria ofensa ao art. 158 do CPP, com a quebra da cadeia de custódia das provas digitais, sendo as provas obtidas inadmissíveis, por falharem num teste de confiabilidade mínima, e igualmente as delas derivadas, devendo o Juiz de primeiro grau identificar e desentranhar todas elas dos autos.

O ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, declarou imprestáveis todas as provas obtidas por meio do acordo de leniência da Odebrecht e dos sistemas Drousys e My Web Day B em razão da quebra da cadeia de custódia das provas na RCL 43007. A decisão foi estendida para qualquer instância ou tribunal do país, e os documentos não podem ser usados em ações criminais, eleitorais, cíveis ou de improbidade administrativa.

³⁸ *Idem*. P. 204

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 143169/RJ (2021/0057395-6). Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, autuado em 26 fev. 2021. Brasília, DF: 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2021%2F0057395-6&aplicacao=processos_ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO. Acesso em: 30 mar. 2023.

Um dos fundamentos da decisão se baseou na ausência da cadeia de custódia e a higidez técnica dos elementos probatórios obtidos pela acusação por meio de tratativas internacionais, que sequer estavam documentadas.

O julgamento da RCL 43007/DF ocorreu declarando que a imprestabilidade dos elementos de prova obtidos a partir do Acordo de Leniência 5020175-34.2017.4.04.7000 celebrado pela Odebrecht são objetivas, não se restringindo ao universo subjetivo do reclamante, nem se subordinando às ações que estavam em curso contra o réu na Justiça Federal do Paraná, bem como em qualquer âmbito ou grau de jurisdição do país, não podem ser usados em quaisquer ações criminais, eleitorais, cíveis ou de improbidade administrativa.

A colaboração premiada é um meio de obtenção de prova, onde o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados⁴⁰, cabendo à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração⁴¹. Ou seja, além de narrar os fatos, indicar as provas, o colaborador deverá entregar documentos, e-mails em dispositivos eletrônicos, smartphones, computadores, pen-drive, gravações, fotos, vídeos, enfim, uma infinidade de provas que vai de física a digital, de propriedade sua, bem como de terceiros.

Como apontado nos tópicos anteriores, a cadeia de custódia da prova é essencial ao processo penal, pois garante a observância aos direitos inerentes à dignidade humana, a ampla defesa e o contraditório no tocante a fiabilidade da prova.

No caso da celebração do acordo de colaboração premiada, consoante as tipificações postas no acordo e os crimes delatados, tais como crime contra a ordem econômica ou como crime contra a administração pública, trata-se de crime de natureza formal, de perigo abstrato, o que dispensa o exame de corpo de delito, porém os documentos e aparelhos eletrônicos entregues pelo colaborador devem passar pela cadeia de custódia da prova, e posteriormente perícia especializada.

Entende-se que a norma de aplicação cogente, que estabelece os procedimentos previstos no art. 158-B do CPP, acaba por ser obrigatória à produção probatória necessária à persecução penal.

A Lei nº 12.850/2013, que regula a colaboração premiada, não estabelece como os documentos e equipamentos eletrônicos devem ser entregues ao *Parquet*. Porém, a

⁴⁰ § 3º, art. 3-C, Lei nº 12.850/2013.

⁴¹ § 4º, art. 3-C, Lei nº 12.850/2013.

Orientação Conjunta nº 1/2018, realizadas pela As 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal⁴², expediram a referida Orientação, a ser observada na elaboração e assinatura de acordos de colaboração premiada.

A Orientação estabelece que os principais atos do procedimento e suas tratativas, incluindo a entrega de documentos e elementos de prova pelo colaborador, deverão ser registrados nos autos do “Procedimento Administrativo”, mediante atas minimamente descritivas, com as informações sobre data, lugar, participantes e breve sumário dos assuntos tratados, ou, se possível, ser objeto de gravação audiovisual⁴³.

Ocorre que a cadeia de custódia da prova já era trabalhado na esfera administrativa, através de atos regulamentares e disciplinadores da investigação policial, editados na esfera administrativa, em momento anterior à vigência da Lei nº 13.964/2019⁴⁴, a Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 82/2014⁴⁵.

A definição de cadeia de custódia promovida pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça não foi um ato isolado. Diversas Portarias estaduais, a exemplo do estado do Piauí⁴⁶ e do estado do Pará⁴⁷, também adotaram definições semelhantes, ato este já conhecido pelo *Parquet*, uma vez que é o órgão de persecução penal.

Voltando ao acordo de colaboração, seu início começa com a petição de intenção em colaborar, seguido do aceite do Ministério Público com o termo de confidencialidade, inaugurando o Procedimento Administrativo da colaboração, bem como a cadeia de custódia das provas.

Essa deveria ser a primeira fase da cadeia de custódia da prova dos elementos de corroboração de uma colaboração premiada, o registro em atas minimamente descritivas

⁴² BRASIL. Ministério Público Federal. Orientação conjunta nº 1/2018. Acordos de colaboração premiada. Brasília, DF: 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mi/ministerio-publico-divulga-orientacao.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2023.

⁴³ Item 7, Orientação 01/2018 da PGR

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁴⁵ BRASIL. Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014. Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça. Publicação em: 18 de julho de 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25740023_PORTARIA_N_82_DE_16_DE_JULHO_DE_2014. Acesso em: 20 mar. 2021.

⁴⁶ PIAUÍ. Secretaria de Estado da Segurança Pública. Portaria nº 12.000-108, de 14 de outubro de 2014. Teresina: 2014. Disponível em: http://www.pc.pi.gov.br/download/201410/PC23_96f4e2e54e.pdf. Acesso em: 5 dez. 2023.

⁴⁷ PARÁ. Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social. Portaria nº 12-2016-GAB/SEGUP. (CPC “RENATO CHAVES”). Belém: 2016. Disponível em: http://www.ioepa.com.br/diarios/2016/12/01/2016.12.01.DOE_25.pdf. Acesso em: 5 dez. 2023.

nos autos do Procedimento Administrativo, até a entrega de dispositivos eletrônicos, e-mails, documentos, celulares do colaborador e de terceiros, passando por todas as fases da cadeia de custódia da prova, a saber: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, recebimento, processamento, armazenamento e descarte.

O andamento do processo não é norteado pela necessidade de conhecimento pleno do fato, mas sim para validar hipóteses apresentadas na colaboração premiada como o fato. Inicia-se a investigação pelo órgão responsável com base nas informações fornecidas pelo colaborador, bem como as provas em dispositivos eletrônicos.

Essas decisões trazem à tona a necessidade de reflexão sobre o momento pré-homologação do acordo de colaboração, ainda na fase administrativa, onde todas as formalidades das tratativas e atos deveriam estar registrados em atas, dentro do processo administrativo, para garantir a legalidade do acordo. É essa fase da gestão do acordo que demonstrará a regularidade, legalidade do acordo e voluntariedade do colaborador e/ou que o acordo de colaboração é apenas “um fruto contaminado”.

De praxe, os colaboradores assinavam termo de confidencialidade quando havia interesse do *Parquet* em iniciar as tratativas de colaboração, o que demarcava o início das negociações e a abertura de um procedimento administrativo dentro do Ministério Público, face aos Princípios da Regularidade e da Administração Pública, porém esses registros não são disponibilizados com o acordo de colaboração, seja por omissão ou por sua inexistência!

E da mesma forma que se foi questionado e declarada a quebra da cadeia de custódia das provas apresentadas pelo *Parquet*, advindas de acordos de colaboração e leniência, há de se questionar a “quebra da cadeia de custódia” das provas apresentadas na fase inicial, no momento em que era entregue pelo colaborador - dispositivos eletrônicos como computadores, celulares, e dispositivos de armazenamento seu e de terceiros. E tão somente o processo administrativo para registrar todos os atos da fase do pré-acordo, como a fase da cadeia de custódia desses elementos.

Para tanto, mapear a forma que a colaboração premiada foi realizada e as fases administrativas é de suma importância para a verificação da cadeia de custódia da realização da colaboração premiada:

- 1 - Termo de assinatura do termo de confidencialidade;
- 2 - O réu se encontra preso ou em liberdade;
- 3 - Se o réu estiver preso, onde foram feitos os anexos da colaboração;
- 4 - Houve entrega de provas pelo colaborador, se sim, há cadeia de custódia das mesmas?

5 - Há Processo administrativo, nos termos da Orientação nº 1/2018, da PGR?

6 - Houve audiência do Juiz com o colaborador antes da homologação da colaboração, para verificação da voluntariedade, legalidade e regularidade do acordo celebrado entre colaborador e o *Parquet*;

Para além disso, importante estar registrado se o colaborador está sob medidas restritivas, prisão preventiva, se houve autorização para ida do mesmo ao prédio do *Parquet*, ou se houve autorização para o *Parquet* ir até o presídio em que o colaborador está acautelado.

São perguntas inevitáveis: como as provas do colaborador foram entregues? O colaborador estava preso? Quem entregou as provas? Quais eram as provas? Como as provas foram recebidas, por quem e como foram armazenadas? Houve extração dos dados dos aparelhos eletrônicos e espelhamento? Essa extração foi com autorização judicial?

As respostas a essas perguntas deveriam constar do processo administrativo, registradas em atas, desde a intenção de colaborar, as idas à sede do MP, ou à Polícia, os anexos, as provas, a proposta de acordo, o acordo assinado, as provas entregues pelo colaborador e a cadeia de custódia das provas, e a perícia das mesmas, sendo a base probatória - somada a audiência de verificação - após a assinatura do acordo, onde o Juiz, antes da homologação do acordo, ouve o colaborador na presença de seu advogado para confirmar os requisitos de voluntariedade, legalidade e regularidade.

São etapas de verificação essencial, já que a colaboração é meio de prova, realizada por indivíduo, cujas condições psicológicas e físicas devem ser levadas em conta, pois é ele quem produz o conteúdo, onde produz e como produz!

A verificação dos três requisitos essenciais para a homologação de um acordo deve ser realizada desde a sua fase embrionária, qual seja, a petição de intenção em colaborar, devidamente protocolizada, bem como os principais atos do procedimento e suas tratativas, incluem a entrega de documentos e elementos de prova pelo colaborador, mediante atas minimamente descritivas, com as informações sobre data, lugar, participantes e breve sumário dos assuntos tratados, ou, se possível, ser objeto de gravação audiovisual, e não por *convicção do Juiz, pelo "ato do colaborador ter assinado o acordo juntamente com seu advogado"*.

Até porque, o ato de dizer a vontade é um direito fundamental!

Em breve resumo, podemos dizer que *Parquet*, no âmbito da Lava Jato, deflagrava Operações fundamentadas tão somente em colaborações, com pedidos de busca e apreensão, sequestros e pedidos de prisões, concedidas pelo Juízo, oferecendo denúncia cerca

de 30 dias após as prisões, também aceitas pelo Juízo e com as prisões referendadas.

E paralelo a isso tudo, o Órgão de Persecução Penal utilizava a imprensa para divulgar cada passo das Operações, desde o ingresso dos policiais às 6h da manhã nas residências dos alvos, estampando em seus telejornais as imagens dos investigados, que acabavam sendo replicados pelas páginas na internet. Não havia naquele momento a presunção de inocência e nem a ampla defesa ao contraditório, mas sim uma sentença prévia da mídia, com clamor popular e *habeas corpus* negados pelo TRF2.

E nesse intermédio, o Ministério Público era procurado pelos réus, como o “último suspiro” para “resolverem suas vidas e protegerem a família, empresas e funcionários”, para celebrar um acordo de colaboração. E o *Parquet*, por sua vez, solicitava a retirada do preso do presídio através da escolta da Polícia Federal até a sua sede, onde disponibilizava suas instalações para a elaboração dos anexos, com os pontos a serem delatados.

O que se questiona é, se já havia acordo de confidencialidade, qual fundamento o *Parquet* arguiu para que o Juiz deferisse a escolta até a sua sede: tratativas de acordo de colaboração e produção de anexos ou prestar depoimento?

Em relação ao primeiro ponto, se o Ministério Público arguiu “tratativas de acordo de colaboração” no pedido de autorização de escolta, ele certamente quebrou o termo de confidencialidade assinado com a parte, e infringiu seu dever funcional de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé com a divulgação de tais tratativas iniciais.

Já se o argumento utilizado fora “prestar depoimento”, o órgão de persecução também infringiu seu dever funcional, pois de fato não havia depoimento na sede do Órgão de Persecução Penal, e os colaboradores não assinavam ou justificavam suas saídas e seus retornos. Essa referida autorização não consta dos autos principais, quiçá do Procedimento Administrativo da Colaboração.

Dito isso, podemos falar na quebra da cadeia da custódia do acordo de colaboração e do colaborador preso? Pois bem, o principal argumento e fundamento utilizado para a decretação das prisões foram “garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”, portanto, a parte persecutória sequer deveria ter acesso ao preso em suas instalações.

Ao retirar o preso de dentro da prisão, o *Parquet* viola seu próprio argumento do pedido de prisão, trazendo para sua casa o seu alvo, dando-lhe “abrigo, bebida, afeto, comida, esperança de um acordo, e uma liberdade”.

Até que ponto esse preso cooperaria pela liberdade? Estariam presentes os requisitos do art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850/2013: regularidade, voluntariedade e legalidade? Assim como as provas apreendidas necessitam de uma cadeia de custódia para resguardar a sua integridade, o colaborador também necessita, afinal a colaboração é meio de prova, e a sua produção é individual, sigilosa, de fatos que ele participou, devendo estar devidamente registrado nos procedimentos administrativos todas as tratativas que antecederam a assinatura do acordo de colaboração.

Recentemente um colaborador, doleiro, acionou o CNMP contra 12 procuradores da Força Tarefa da Lava Jato do Rio de Janeiro pelo *modus operandi* acima citado, em que se faziam as colaborações, citando que entregou o sistema ST e Bank Drop, sistema dos doleiros, ao chefe dos Procuradores em janeiro de 2023, juntamente com a senha, sem a devida cadeia de custódia, e tendo que assinar o termo de entrega somente na assinatura do acordo de colaboração, meses depois.⁴⁸ O CNMP instaurou a reclamação disciplinar em face dos 12 Procuradores da República e o procedimento encontra-se em fase de instrução.

Na mesma linha um empresário, colaborador, também ingressou com pedido de investigação de tortura e utilização da máquina pública como coação, descrevendo o mesmo *modus operandi*, sendo que, de igual forma, o *Parquet* possuía a senha do aparelho de celular e computador onde o colaborador guardava todos os seus registros, e como se encontrava preso, o material foi disponibilizado pelo MPF, sem qualquer cadeia de custódia da prova.⁴⁹ O CNMP instaurou a reclamação disciplinar em face dos 12 Procuradores da República e o procedimento encontra-se em fase de instrução.⁵⁰

Posto isso, questiona-se: o Juiz teve acesso ao Procedimento Administrativo das tratativas da colaboração, antes de homologar o acordo? E neste caso, a resposta é que não! Primeiro porque não se cumpria pelo *Parquet* a regra da instauração do Procedimento Administrativo, e segundo, os únicos elementos juntados são o pedido de homologação, e o acordo assinado pelas partes.

⁴⁸ ANGELO, Thiago. Doleiro aciona o CNMP contra 12 procuradores da “lava jato” do Rio. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 2023a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-07/doleiro-aciona-cnmp-12-procuradores-lava-jato-rio/#:~:text=O%20doleiro%20Cl%C3%A1udio%20Souza%2C%20preso,jato%22%20do%20Rio%20de%20Janeiro,&text=Tony%2C%20como%20ele%20%C3%A9%20conhecido,alvo%20de%20uma%20pris%C3%A3o%20preventiva>. Acesso em: 5 dez. 2023.

⁴⁹ ANGELO, Thiago. Mais um empresário vai à Corregedoria do MP contra ‘lava jato’ do Rio de Janeiro. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 2023b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-12/empresario-cnmp-lava-jato-rio/>. Acesso em: 5 dez. 2023.

⁵⁰ ANGELO, Thiago. CNMP instaura reclamação disciplinar contra ex-integrantes da ‘lava jato’ do Rio. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 2023c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-22/cnmp-abre-reclamacao-disciplinar-ex-integrantes-lava-jato/>. Acesso em: 5 dez. 2023.

Ocorre que o Juízo considerava cumpridos os requisitos do §7º da Lei nº 12.850/2013, através da sua convicção de que o “ato do colaborador ter assinado o acordo juntamente com seu advogado” era essencial à verificação da regularidade, legalidade e voluntariedade do colaborador ⁵¹.

E no caso em tela, apesar do acordo ser bilateral, o acordo só seria aceito se “os olhos e o interesse do Órgão de Persecução Penal fossem conquistados”. No entanto, como a colaboração é um meio de prova, e se esse meio de prova foi produzido dentro do Ministério Público - “sob as asas do algoz do preso” - sem a devida cadeia de custódia da metodologia das tratativas e construção do acordo de colaboração, podemos considerar a quebra da cadeia de custódia das provas do colaborador, quicá se o colaborador estiver preso - e a “a cadeia de custódia do preso colaborador” e a imprestabilidade da colaboração ⁵².

Recentemente, a 6ª Turma do STJ, julgou improcedente o REsp 1954.842/RJ⁵³, do Ministério Público Federal do Rio de Janeiro, garantindo ao delatado o acesso às tratativas de colaboração pelo réu delatado:

RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CRIMES LICITATÓRIOS. ACESSO DO INDIVÍDUO DELATADO ÀS GRAVAÇÕES DAS TRATATIVAS E DA AUDIÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. POSSIBILIDADE. ART. 4º, §§ 6º E 7º, DA LEI N. 12.850/2013. MANUTENÇÃO DO SIGILO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o art. 3º-A da Lei n. 12.850/2013, o acordo de colaboração premiada tem natureza jurídica híbrida e consubstancia, a um só tempo, negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova.

2. Uma vez que o acordo de colaboração premiada também é meio de obtenção de prova e, por isso, serve de instrumento para a coleta de elementos incriminatórios contra terceiros e atinge a esfera jurídica deles, é natural que esses terceiros tenham interesse e legitimidade para impugnar não apenas o conteúdo de tais provas, mas também a legalidade da medida que fez com que elas aportassem aos autos.

⁵¹ MACHADO, Fernanda Pereira da Silva. A quebra da cadeia de custódia do preso colaborador. **Estadão**, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/a-quebra-da-cadeia-de-custodia-do-preso-colaborador/>. Acesso em: 5 dez. 2023.

⁵² MACHADO, Fernanda Pereira. Sobre a fase administrativa de um acordo de colaboração e suas nulidades. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-04/sobre-a-fase-administrativa-de-um-acordo-de-colaboracao-e-suas-nulidades/>. Acesso em: 5 dez. 2023.

⁵³ <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221954842%22%29+ou+%28RESP+adj+%221954842%22%29.suce.&O=JT>

3. Não é apenas o conteúdo das provas fornecidas pelo delator que interfere na esfera jurídica do acusado, porquanto é só por meio do acordo de colaboração que as provas são obtidas. Assim, essas provas só podem ser valoradas se o acordo que levou até elas também for válido. Comparativamente, por exemplo, em uma busca e apreensão (outro meio de obtenção de prova), é indiscutível que os indivíduos prejudicados pela medida podem questionar tanto a sua validade - mesmo quando amparada em autorização judicial - quanto o conteúdo das provas colhidas por meio dela.

4. Obstar essa possibilidade de questionamento pelo terceiro delatado com base no postulado civilista da relatividade dos negócios jurídicos implicaria inadmissível cerceamento de defesa e, por consequência, abriria margem para a ocorrência de abusos, porque conferiria a legitimidade para impugnação dos acordos tão somente àqueles que mais têm interesse na sua preservação: Ministério Público e colaborador. Aliás, mesmo no direito privado, o princípio da relatividade dos negócios jurídicos vem sendo constantemente mitigado à luz da função social do contrato - em sua eficácia externa -, especialmente quando atinge direitos de terceiros, justamente para evitar que aquele que não participou voluntariamente do negócio alheio seja indevidamente prejudicado.

5. Isso significaria, hipoteticamente, que, se fossem oferecidos benefícios indevidos ao delator a fim de obter a incriminação de terceiro e a medida fosse chancelada pelo Magistrado, nada poderia ser feito para questionar o acordo. Da mesma forma, se o colaborador fosse coagido a delatar alguém e, para não perder os benefícios, deixasse de impugnar a avença, ninguém mais poderia fazê-lo caso o Juiz não identificasse a coação ao homologar o acordo.

6. Ao determinar que deverá "o juiz ouvir sigilosamente o colaborador", o art. 4º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013 não estabelece uma regra perpétua quanto à restrição da publicidade do ato. Trata-se, apenas, de preservar aquele momento incipiente da investigação, em que o sigilo se faz necessário para assegurar a eficácia de diligências em andamento, as quais podem ser frustradas se o indivíduo delatado tiver acesso a elas.

7. Todavia, oferecida e recebida a denúncia, a regra volta a ser a que deve imperar em todo Estado Democrático de Direito, isto é, publicidade dos atos estatais e respeito à ampla defesa e ao contraditório, nos termos do art. 7º, § 3º, da Lei n. 12.850/2013: "O acordo de colaboração premiada e os depoimentos do colaborador serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, sendo vedado ao magistrado decidir por sua publicidade em qualquer hipótese".

8. Esse dispositivo, embora se refira expressamente apenas ao acordo e aos depoimentos do colaborador, também deve ser aplicado às tratativas - obrigatoriamente gravadas

por imposição do § 13 do art. 4º - e à audiência de homologação do acordo, em virtude da mesma lógica: recebida a denúncia, o sigilo excepcional perde a razão de existir e cede espaço à regra da necessária publicidade dos atos estatais, assim como do respeito ao contraditório e à ampla defesa, exceto quanto às diligências em andamento que possam ter sua execução prejudicada pela revelação das informações.

9. No caso, o Tribunal de origem concedeu a ordem de habeas corpus para determinar que o Juízo singular fornecesse à defesa do réu - indivíduo delatado - o acesso aos vídeos e às atas das audiências realizadas com os colaboradores, a fim de que ela pudesse analisar a legalidade, a regularidade e a voluntariedade das colaborações.

10. Não há ilegalidade a ser reconhecida no acórdão, uma vez que o réu delatado tem legitimidade para questionar a validade do acordo de colaboração do delator - o que pressupõe o acesso às tratativas e à audiência de homologação - e o sigilo não mais se justifica, porque a denúncia já foi recebida e nenhum risco concreto a diligências em andamento foi apontado no recurso. Vale ressaltar, a propósito, que se trata de acordo homologado há mais de quatro anos, de modo que dificilmente se imagina haver ainda alguma diligência investigativa sigilosa pendente contra o recorrido ou mesmo em relação a outros possíveis delatados.

11. De todo modo, nada impede que, constatando a pendência de alguma diligência sigilosa, o Juízo singular preserve, pontualmente, com fundamentação concreta, o sigilo dela, mas sem vedar indefinidamente, em abstrato e de antemão, o acesso da defesa à totalidade das tratativas do acordo e à audiência de homologação.

12. Recurso especial do Ministério Público Federal não provido. REsp 1954842 / RJ RECURSO ESPECIAL 2021/0255455-7, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158), Órgão Julgador, T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento 14/05/2024, Data da Publicação/Fonte, DJe 23/05/2024

Esse direito reconhecido pelo Relator Ministro Rogério Schietti, e seguido pela turma, é um marco na discussão da cadeia de custódia da colaboração premiada, quiçá “como são feitas as colaborações premiadas e a legalidade do procedimento”, garantindo a verificação da legalidade, regularidade da colaboração premiada e voluntariedade do colaborador.

Não é apenas o conteúdo das provas fornecidas pelo delator que interfere na esfera jurídica do acusado, porquanto é só por meio do acordo de colaboração que as provas são obtidas. Assim, essas provas só podem ser valoradas se o acordo que levou até elas também for válido. Comparativamente, por exemplo, em uma busca e apreensão (outro meio de obtenção de prova), é indiscutível que os indivíduos prejudicados pela me-

dida podem questionar tanto a sua validade - mesmo quando amparada em autorização judicial - quanto o conteúdo das provas colhidas por meio dela⁵⁴.

3. INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS DIGITAIS OBTIDAS SEM A CUSTÓDIA DA PROVA DO ACORDO COLABORAÇÃO PREMIADA

A cadeia de custódia não é uma carta de recomendação processual, mas um procedimento cautelar preparatório que, obrigatoriamente, deve ser seguido para evitar nulidades no processo, com a finalidade de garantir que a prova colhida é a mesma da prova valorada e, assim, a confiabilidade e a credibilidade dos arquivos digitais coletados serão preservados.

A doutrina diverge no entendimento sobre a admissibilidade da prova obtida ou produzida sem a devida cadeia de custódia, com posicionamentos que vão desde Geraldo Prado considerando como “prova ilícita”⁵⁵ até que a exclusão da prova é uma “aberração”⁵⁶.

Nos dois Julgados referidos houve a quebra da cadeia de custódia das provas digitais, sendo que no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 99.735/RJ, do STJ, foram julgadas imprestáveis as provas da ação penal, e determinando a imediata retirada dos autos, já na RCL 43007/DF, do STF, declarou a imprestabilidade dos elementos de prova obtidos a partir do acordo de leniência da Odebrecht e, respectivamente, dos sistemas Drousys e My Web Day B, e todos os decorrentes deles, no âmbito criminal, eleitoral, administrativo e cível, e em todos os graus de jurisdição, com efeito *erga omnes*.

A professora Janaina Matida pontua que uma perspectiva conceitual analítica também favorece a tese que se trata de exame a ser feito na fase de admissão, pois uma coisa é determinar a fiabilidade de certo elemento, outra bem diferente é atribuir-lhe valor ⁵⁷.

O professor Geraldo Prado⁵⁸ explica que são coisas diversas saber se um determinado

⁵⁴ <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221954842%22%29+ou+%28RESP+adj+%221954842%22%29.suce.&O=JT>

⁵⁵ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no Processo Penal**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, 220.

⁵⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.) A prova do enfrentamento a macrocriminalidade. 3ª ed. Salvador. JusPODIVUM, 2019, p. 532.

⁵⁷ MATIDA, Jana. A Cadeia de Custódia é condição necessária para redução de condenações de inocentes. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul** [online]/ Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul - Ano 11, n. 27 (jul/dez.2020).

⁵⁸ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no Processo Penal**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 221.

elemento probatório está em condições de ser avaliado, ou seja, se o elemento probatório pode ser objeto de avaliação, em caso de ser avaliável, saber o valor que o juiz lhe atribuiu. Sustenta ainda que ao ser quebrada a cadeia de custódia da prova, há em regra prejuízo à comprovação dos elementos informativos, requisito de verificação dos fatos penalmente relevantes, e com isso os elementos apreendidos não podem ser empregados validamente como meios de prova, por serem provas ilícitas.⁵⁹

Janaina Matida ressalta o fundamental, quando se trata da inadmissibilidade da prova

não se pode perder de vista os perniciosos efeitos advindos da cultura do aproveitamento de irregularidades. O entendimento de que dever-se-ia admitir como elementos probatórios vestígios cujas cadeias de custódias tenham sido quebradas geram incentivo indesejável aos agentes responsáveis pela investigação⁶⁰.

Já Gustavo Badaró, defende uma posição intermediária, onde as irregularidades da cadeia de custódia não são aptas a causar a ilicitude da prova, devendo o problema ser resolvido, com redobrado cuidado e esforço justificado no momento da valoração⁶¹. O renomado doutrinador ressalva que no caso de vícios mais graves, em que se tenha dúvidas sobre a autenticidade ou integridade da fonte de prova, que haja uma probabilidade de que a mesma tenha sido adulterada, substituída ou modificadas, isso enfraquecerá o seu valor, cabendo ao julgador fazer tal análise, de forma motivada.

Já os autores Dallagnol e Câmara, possuem um posicionamento mais restritivo ⁶², pois entendem que o rompimento na demonstração da cadeia de custódia em uma ou mais das suas conexões, ainda que gere lacunas, não ensejará no Brasil, a inadmissibilidade da prova, mas deverá ser objeto de análise no âmbito da valoração do peso daquela prova⁶³.

A prova penal é um assunto sério, e ignorar suas regras tem resultados desastrosos,

⁵⁹ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 517-538.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 300. F. 200. Tese Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 136-137.

⁶² OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 300. F. 200. Tese Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 137.

⁶³ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.) A prova do enfrentamento a macrocriminalidade. 3ª ed. Salvador. JusPODIVUM, 2019, p. 532.

como a condenação de pessoas inocentes e o possível encobrimento de comportamentos estatais ilícitos - a não ser que, ingenuamente, acreditássemos que tais eventos nunca acontecem. Exigir do aparato investigativo e acusador a observância de um padrão básico de diligência, destinado a prevenir a ocorrência de erros graves, é algo que não pode ser dispensado pelo Judiciário⁶⁴.

Dessa forma, fazendo expressa ressalva no sentido de ser necessário tratamento legal específico à matéria que leve em consideração a especificação de a fiabilidade ser “provar a prova”, Geraldo Prado ressalta que enquanto não houver regra a respeito, a violação do devido processo legal e do processo equitativo pela via da ruptura do contraditório por quebra da cadeia de custódia das provas implica em tratamento de ilicitude ao nível constitucional⁶⁵.

Para Badaró, se uma vez constatada a existência de vícios na cadeia de custódia, isso levaria, necessariamente, à ilicitude ou ilegitimidade da prova, que seria inadmissível no processo⁶⁶.

Em total confronto, Dallagnol, e Câmara não só ignoram a etapa de verificação da pertinência da prova⁶⁷ ao afirmarem que a cadeia de custódia jamais será um argumento para afastar uma prova por ilicitude⁶⁸, mas também em total afronta e contrariedade ao artigo 400, §1º, do CPP, ao dizer que sequer há no Brasil “um filtro prévio ao seu exame da prova, todo questionamento da cadeia de custódia é matéria de mérito e valor da prova”⁶⁹.

Frise-se que não podemos negar a necessidade da verificação das regras de admissibilidade da prova, para considerar inadmissíveis as provas digitais entregues por

⁶⁴ Ministro Ribeiro Dantas, no voto divergente no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 99.735/RJ, do STJ.

⁶⁵ PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no Processo Penal**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, 221.

⁶⁶ BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 517-538.

⁶⁷ OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 300. F. 200. Tese Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 138.

⁶⁸ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.) **A prova do enfrentamento a macrocriminalidade**. 3ª ed. Salvador. JusPODIVUM, 2019, p. 556-557.

⁶⁹ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.) **A prova do enfrentamento a macrocriminalidade**. 3ª ed. Salvador. JusPODIVUM, 2019, p.538.

colaboradores, em sede de acordo de colaboração premiada, sem a devida cadeia de custódia da prova que inicia-se com as tratativas, registradas no Processo Administrativo do acordo.

Portanto, as consequências da violação da cadeia de custódia devem ser analisadas antes da utilização como meio de prova, para obstar “os efeitos perniciosos, advindos da cultura do aproveitamento de irregularidades”, que resultaram em prisões, bloqueio de bens, ações penais, e até em inúmeras colaborações em efeito cascata como pode ser visto na Operação Lava Jato, as quais como reflexo, as decisões nos Tribunais Superiores pontuando a inadmissibilidade da prova.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema Cadeia de Custódia das Provas desempenha um papel fundamental no Processo Penal, assegurando a integridade, autenticidade e confiabilidade das evidências coletadas desde o local do crime até sua apresentação em juízo.

No contexto da prova digital, a cadeia de custódia da prova se revela ainda mais crucial, considerando a natureza mutável e maleável das evidências eletrônicas. A preservação da autenticidade e integridade dos vestígios digitais, desde a apreensão até a apresentação em juízo, é essencial para sua admissibilidade como prova válida.

A falta de documentação completa da cadeia de custódia pode levar à inadmissibilidade da prova digital no processo, conforme destacado por especialistas como Gustavo Badaró. Assim, a preservação meticulosa da cadeia de custódia emerge como um requisito indispensável para garantir a robustez e confiabilidade das evidências digitais, contribuindo para a busca da verdade no âmbito judicial.

O caso específico do Agravo no HC nº 143.169/RJ ilustra a complexidade dessas questões, destacando problemas relacionados à cadeia de custódia das provas digitais, especialmente quando envolve colaboração premiada e aparelhos eletrônicos protegidos por criptografia. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) evidencia a falta de consenso sobre o momento processual adequado para abordar a quebra da cadeia de custódia das provas, com divergências entre ministros quanto à supressão de instância e à análise em *habeas corpus*.

A ausência de informações sobre a cadeia de custódia compromete a confiabilidade das evidências apresentadas em juízo, levando à conclusão de que tais provas podem ser consideradas inadmissíveis. Esse caso destaca a necessidade de rigor técnico e documentação detalhada para garantir a integridade e a legalidade das provas digitais no contexto jurídico.

O descumprimento sistemático da cadeia de custódia compromete a confiabilidade e a admissibilidade dessas provas, conforme evidenciado nos casos mencionados. A imprestabilidade reconhecida em julgamentos relevantes, como no Recurso Ordinário de *Habeas Corpus* nº 99.735/RJ e na RCL 43007/DF, sinaliza a necessidade premente de revisão e aprimoramento dos procedimentos adotados nas colaborações premiadas.

A falta de zelo na fase administrativa na fase de tratativas do acordo de colaboração, desde a petição de intenção até a entrega efetiva dos elementos probatórios e assinatura do acordo, ressalta a urgência de uma regulamentação mais clara e específica sobre a cadeia de custódia nas colaborações premiadas. As irregularidades constatadas na gestão desses acordos, notadamente a ausência de registros adequados e a falta de controle sobre a manipulação das evidências, comprometem a confiabilidade do sistema de justiça.

É imperativo que, diante dessas constatações, o Poder Judiciário e o Ministério Público adotem medidas eficazes para garantir a observância rigorosa da cadeia de custódia. Tal providência não apenas fortalecerá a robustez das evidências digitais apresentadas, mas também salvaguardará os direitos fundamentais dos colaboradores e assegurará a integridade do processo penal.

Portanto, urge a implementação de diretrizes mais claras, regulamentações específicas e práticas mais cuidadosas na condução de colaborações premiadas e a cadeia de custódia da prova na fase inicial, no processo administrativo, a fim de garantir a integralidade e a confiabilidade das provas digitais, fortalecendo, assim, a base jurídica sobre a qual repousa a justiça penal.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Thiago. Doleiro aciona o CNMP contra 12 procuradores da “lava jato” do Rio. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 2023a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-07/doleiro-aciona-cnmp-12-procuradores-lava-jato-rio/#:~:text=O%20doleiro%20Cl%C3%A1udio%20Souza%2C%20preso,jato%22%20do%20Rio%20de%20Janeiro.&text=Tony%2C%20como%20ele%20C3%A9%20conhecido,alvo%20de%20uma%20pris%C3%A3o%20preventiva>. Acesso em: 5 dez. 2023.

ANGELO, Thiago. Mais um empresário vai à Corregedoria do MP contra ‘lava jato’ do Rio de Janeiro. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 2023b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-12/empresario-cnmp-lava-jato-rio/>. Acesso em: 5 dez. 2023.

ANGELO, Thiago. CNMP instaura reclamação disciplinar contra ex-integrantes da ‘lava jato’ do Rio. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 2023c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-12/cnmp-instaura-reclamacao-disciplinar-lava-jato-rio/>.

com.br/2023-ago-22/cnmp-abre-reclamacao-disciplinar-ex-integrantes-lava-jato/.

Acesso em: 5 dez. 2023.

ARTÍCULO 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. **ConceptosJuridicos.com**, [s.l.], 2015. Disponível em: <https://www.conceptosjuridicos.com/lecrim-articulo-282/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

AZEVEDO, Yuri; VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. **Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia da prova digital. 2021. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7833426/mod_resource/content/1/U8%20-%20BADARO%20-%20A%20cadeia%20de%20custo%CC%81dia%20da%20prova%20digital%20PUCRS%20-%20co%CC%81pia.pdf. Acesso em: 2 dez. 2023.

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 517-538.

BADARÓ, Gustavo. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 9 ed. São Paulo: RT, 2021.

BARCELOS, Guilherme. **Processo Judicial eleitoral e provas ilícitas**: a problemática das gravações ambientais clandestinas. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de lei nº 8.045, de 2010, do senado federal, que trata do “código de processo penal” (revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensado (PL 8.045/10). Relator-parcial: Deputado Rubens Pereira Júnior. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2B68F8C9ED8DAAA743369D558EF05BC3.proposicoesWebExterno2?codteor=1574897&filename=Tramitacao-PL+8045/2010. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para

legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 4.939/2020. Dispõe sobre as diretrizes do direito da Tecnologia da Informação e as normas de obtenção e admissibilidade de provas digitais na investigação e no processo, além de outras providências. Autor: Hugo Leal (PSD/RJ). Brasília, DF: Gabinete do Deputado Federal Hugo Leal, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2264367>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 4.291/2020. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) a fim de dispor sobre a custódia dos elementos digitais de prova. Autora: Margarete Coelho (PP/PI). Brasília, DF: Gabinete da Deputada Federal Margarete Coelho, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1954521&filename=Avulso+-PL+4291/2020. Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 26 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8248.htm. Acesso em: 19 mar. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Orientação conjunta nº 1/2018. Acordos de colaboração premiada. Brasília, DF: 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mi/ministerio-publico-divulga-orientacao.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2023.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria Senasp nº 82, de 16 de julho de 2014. Estabelece as Diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <https://diariofiscal.com.br/ZpNbw3dk20XgIKXVGacL5NS8halo-H5PqbJKZaawfaDwCm/legislacao/federal/portaria/2014/senasp82.htm>. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 712.608/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5 abr. 2022. Brasília, DF: 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ac/acusado-envolvimento-estelionato.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 160.662/RJ. Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 18 fev. 2014. Brasília, DF: 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33803036&tipo=5&n-reg=201000153608&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140317&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 143169 / RJ (2021/0057395-6). Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, autuado em 26 fev. 2021. Brasília, DF: 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2021%2F0057395-6&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 43007 DF. Tribunal Pleno, Relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 13 out. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5990778>. Acesso em: 5 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 593.737 Minas Gerais. Tribunal Pleno, Relator: Min. Cezar Peluso, julgado em 18 mai. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. **Colaboração premiada**: lições práticas e teóricas - de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

CONJUR. Arquivo da Odebrecht era levado em sacola de mercado: "Tá aí a cadeia de custódia". **Consultor Jurídico**, [s.l.], 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-08/arquivo-odebrecht-levado-sacolas-ta-ai-cadeia-custodia/>. Acesso em: 5 dez. 2023.

COSTA JUNIOR, Ivan Jezler. **Prova Penal Digital**: tempo, risco e busca telemática. 1ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.) A prova do enfrentamento a macrocriminalidade. 3ª ed. Salvador. JusPODIVUM, 2019.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 120, p. 237-257, mai.-jun., 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

JUNQUEIRA, Gustavo *et al.* **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 2015. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal#:~:text=A%20manuten%C3%A7%C3%A3o%20da%20cadeia%20de,acusa%C3%A7%C3%A3o%20\(ou%20autoridade%20policial\)](https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal#:~:text=A%20manuten%C3%A7%C3%A3o%20da%20cadeia%20de,acusa%C3%A7%C3%A3o%20(ou%20autoridade%20policial)). Acesso em: 08 abr. 2023.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MACHADO, Fernanda Pereira. A quebra da cadeia de custódia do preso colaborador. **Estadão**, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/a-quebra-da-cadeia-de-custodia-do-preso-colaborador/>. Acesso

em: 5 dez. 2023.

MACHADO, Fernanda Pereira. Sobre a fase administrativa de um acordo de colaboração e suas nulidades. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-04/sobre-a-fase-administrativa-de-um-acordo-de-colaboracao-e-suas-nulidades/>. Acesso em: 5 dez. 2023.

MARGRAF, Alencar Frederico; PESCH, Natália Mendes. Garantias constitucionais na produção probatória e o descaso com a cadeia de custódia. **Revista de Direito Constitucional e internacional**, São Paulo, v. 106, p. 225-246, mar.-abr., 2018.

MATIDA, Jana. A Cadeia de Custódia é condição necessária para redução de condenações de inocentes. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul** [online]/ Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul – Ano 11, n. 27 (jul/dez.2020).

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Ana Luisa Zago de. Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 132, p. 117-138, jun. 2017.

MORÓN LERMA, Esther. **Internet y derecho penal**: hacking y otras conductas ilícitas en la red. Pamplona: Aranzadi, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

OLIVEIRA, Antonio Higino de. **A cadeia de custódia da prova no processo penal: uma análise argumentativa da compreensão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça com base no julgamento do habeas corpus 160.662/RJ**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/4192/1/DISSERTACAO_ANTONIO%20HIGINO%20DE%20OLIVEIRA_MESTRADO%20DIR%20CONST_2022.pdf. Acesso em: 30 mar. 2023.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2019.

OLIVEIRA, Vinícius Machado de. ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013. **Academia Forense Digital**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://academiadeforensedigital.com.br/iso-27037-identificacao-coleta-aquisicao-e-preservacao-de-evidencia/>. Acesso em: 8

abr. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Serra. Cadeia de custódia: admissibilidade e valoração da prova pericial de DNA. 300. F. 200. Tese Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29032021-134630/publico/5746658_Tese_Original.pdf acesso em 19.12.2023

PARODI, L. **Perícia digital**: conceitos e práticas. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

PITTIRUTI, Marco. **Digital evidence e procedimento penale**. Torino: Giapichelli, 2017.

PIAUÍ. Secretaria de Estado da Segurança Pública. Portaria nº 12.000-108, de 14 de outubro de 2014. Teresina: 2014. Disponível em: http://www.pc.pi.gov.br/download/201410/PC23_96f4e2e54e.pdf. Acesso em: 5 dez. 2023.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no Processo Penal**. 2ª ed, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: as origens, a filosofia, o funcionamento e a crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRESIDENTE da Amperj tem reunião sobre PL das Provas Digitais. **AMPERJ**. [s.l.], 2023. Disponível em: <https://www.amperj.org/blog/2023/03/29/presidente-da-amperj-faz-reuniao-sobre-pl-das-provas-digitais/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

ROSA, Alexandre Moraes da; AMARAL, Rômulo Gobbi do. O poder investigatório do Ministério Público está na pauta do STF. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-10/limite-penal-poder-investigatorio-ministerio-publico-pauta-stf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

SAMPAIO, Denis. **Valoração da prova penal**: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2022.

SUGESTÃO de emendas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM à pro-

posta de novo código de processo penal, atualmente em curso na câmara dos deputados. **IBCCRIM**, [s.l.], 2022. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/documentos/doc-17-06-2022-10-44-17-871943.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2023.

VALENTE, Manuel. **Cadeia de Custódia da Prova**. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2020.

VAZ, Denise Provasi. Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 63.

A RESSIGNIFICAÇÃO DA
AUTONOMIA FINANCEIRA
PARTIDÁRIA AO LONGO DOS 35
(TRINTA E CINCO) ANOS DE
VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 88: DE INSTRUMENTO
INDEVASSÁVEL DO CONTROLE
FISCALIZATÓRIO DO ESTADO PARA
FERRAMENTA DE PROMOÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE RESIGNIFICATION OF PARTY
FINANCIAL AUTONOMY OVER THE
35 (THIRTY-FIVE) YEARS OF
EFFECTIVENESS OF THE FEDERAL
CONSTITUTION OF 88: FROM AN
INDEVASABLE INSTRUMENT OF
STATE FISCAL CONTROL TO A
TOOL FOR PROMOTING
FUNDAMENTAL RIGHTS

AUTOR

[Simone Lavôr do Rêgo Lobão](#)¹

RESUMO

O conceito de autonomia financeira partidária foi construído a partir das lições de Motta, Aldrich e Panebianco para designar a liberdade de arrecadação e gastos, desde que observados os mecanismos de controle do Estado nas democracias contemporâneas. A principal dificuldade é definir quais são os limites de intervenção do Estado na capacidade de autodeterminação das siglas, haja vista a necessidade de os partidos políticos realizarem oposição ao regime político para promover o pluralismo político em um regime democrático. No caso do brasileiro, a autonomia financeira partidária sofreu significativas modificações ao longo dos 35 (trinta e cinco) anos de vigência da Constituição Federal de 1988. Por esse motivo, este artigo pretende expor as transformações experimentadas em matéria de arrecadação, gastos e controle após a promulgação das Emendas Constitucionais n. 97, de 2017 e n. 117, de 2022, que alteraram o texto do artigo 17 da Constituição Federal de 1988; e os métodos de controle financeiro legitimados pelos Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Federal Eleitoral. Tais mudanças provocaram uma ressignificação da autonomia financeira partidária, tornando-se um instrumento de tutela dos direitos fundamentais, ao invés de uma barreira intransponível do controle estatal. A metodologia utilizada é bibliográfica e dialética.

Palavras-chave: Autonomia Financeira Partidária. Arrecadação. Gastos. Controle Estatal.

ABSTRACT

The concept of party financial autonomy was built based on the lessons of Motta, Aldrich and Panebianco to designate freedom of collection and spending, as long as the State control mechanisms in contemporary democracies are observed. The main difficulty is to define the limits of State intervention in the acronyms' capacity for self-determination, given the need for political parties to oppose the political regime to promote political pluralism in a democratic regime. In Brazilian case, party financial autonomy underwent significant changes over the 35 (thirty-five) years of validity of the 1988 Federal Constitution. For this reason, this article intends to expose the transformations experienced in matters of collection, expenditure and control after the promulgation of Constitutional Amendments no. 97, of 2017 and n. 117, of 2022, which changed the text of article 17 of the 1988 Federal Constitution; and the financial

¹ Advogada do Escritório Furtado Coelho Sociedade de Advogados e Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto de Desenvolvimento, Pesquisa e Ensino (IDP).

control methods legitimized by the Federal Supreme Court and the Federal Electoral Court. Such changes led to a redefinition of party financial autonomy, becoming an instrument for the protection of fundamental rights, instead of an insurmountable barrier to state control. The methodology is bibliographic and dialectical.

keywords: Party Financial Autonomy. Collection. Spending. State Control.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é um marco da redemocratização no Brasil. Em 05 de outubro de 2023, completou 35 (trinta e cinco) anos de sua promulgação, após 21 (vinte e um anos) de ditadura militar. Um dos aspectos que ronda o funcionamento da nossa democracia é o grau de controle estatal sobre os partidos políticos, ora avançando para assegurar uma maior liberdade, ora recuando.

A tensão existente entre liberdade partidária e controle estatal existe porque o artigo 17 da Constituição Federal de 1988 prevê o controle qualitativo à luz dos princípios e garante autonomia para os partidos disporem em seus estatutos sobre organização interna, funcionamento e estrutura. Atribui personalidade jurídica de direito privado às agremiações e determina o registro dos estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. Assegura acesso aos recursos do Fundo Partidário e impõe o dever de prestação de contas.

A consequência desse arranjo normativo é um rico diálogo institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário acerca da abrangência das liberdades partidárias e dos instrumentos estatais de controle, a fim de conferir quem tem a palavra final sobre o assunto.

Nessa disputa hermenêutica, a autonomia financeira partidária se destaca porque o arcabouço normativo aplicável à liberdade partidária para arrecadação e gastos, bem como os mecanismos de controle financeiro do Estado experimentou muitas alterações pelas vias legislativa e jurisdicional. E essas alterações significaram o aperfeiçoamento do sistema político brasileiro ao longo dos 35 (trinta e cinco) anos de vigência da Constituição Federal, haja vista a repercussão do modelo de financiamento da política na consolidação democrática do Brasil.

A principal conquista desse diálogo institucional - e que se busca evidenciar neste trabalho acadêmico - é a desconstrução da ideia de que a autonomia financeira partidária é uma garantia constitucional que torna os partidos políticos um instrumento indevassável do controle fiscalizatório do Estado, para transformá-la em um instrumento de promoção dos direitos fundamentais, especialmente os direitos de participação política das minorias.

Para ilustrar como essa mudança de mentalidade se operou, este artigo se propõe a definir a autonomia financeira partidária a partir das lições de Motta, Panebianco e Aldrich² e apresentá-la no contexto da redemocratização de 88.

Na sequência, revelar as transformações produzidas pelas Emendas Constitucionais n. 97, de 2017 e n. 117, de 2022, que alteraram o texto do artigo 17 da Constituição Federal de 1988; e pela jurisprudência pertinente a liberdade partidária para arrecadação e gastos, como também a controle financeiro, que fora construída pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior Eleitoral, desde a entrada em vigor da Constituição Federal.

1. AUTONOMIA FINANCEIRA PARTIDÁRIA NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

A autonomia financeira dos partidos políticos consiste em uma fração de liberdade para arrecadação e gastos financeiros, conferida às agremiações nas democracias contemporâneas³, a fim de permiti-lhes concretizarem as funções que lhes são atribuídas (recrutamento; mediação, informação e promoção do debate; mobilização do eleitorado⁴), de acordo com os princípios que norteiam a sua atuação na arena eleitoral e esfera governamental.

Essa fração de liberdade encontra limite nos mecanismos de controle estatais, aos quais os partidos políticos se submetem: o autocontrole em matéria de organização interna e financeira; as normas restritivas e distributivas; os órgãos de controle; e os mecanismos de promoção à transparência⁵.

² PANEBIANCO, A. **Modelos de partidos**: organização e poder nos partidos políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 65-70. MOTA, Rafael Moreira. **O controle judicial da autonomia partidária**. 2018. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018. ALDRICH, John H. **Why parties?** A second look. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2011. n.p. (E-book).

³ PANEBIANCO, A. **Modelos de partidos**: organização e poder nos partidos políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 65-70. MOTA, Rafael Moreira. **O controle judicial da autonomia partidária**. 2018. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018. ALDRICH, John H. **Why parties?** A second look. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2011. n.p. (E-book).

⁴ LOBÃO, S. L. do R.; REIS, D. G. F. P. dos. Autonomia partidária nas democracias contemporâneas: Sartori, Panebianco e Nassmacher. **Revista Internacional Consinter de Direito, Paraná**, Brasil, v. 9, n. 17, p. 383, 2023. DOI: 10.19135/revista.consinter.00017.17. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/582>. Acesso em: 13 maio. 2024.

⁵ NASSMACHER. Karl Henz. Introduction: Political Parties, Funding and Democracy. IN: **Funding of Political Parties and elections Campaigns**. Austin, R e Tjernström M. (editores.). Stockholm: International IDEA, 2003, p. 02 - 05

Desse modo, a autonomia financeira assegura aos partidos políticos a capacidade de autodeterminação em matéria de arrecadação e gastos, a fim de manifestarem, através de suas ações, os seus valores morais e, na sequência, aplicarem esses valores na construção do regime democrático, visto que o funcionamento desse regime depende da forma pela qual os cidadãos pensam e agem dentro do processo de tomadas de decisões públicas⁶.

Por sua vez, a capacidade de autodeterminação é relativa, tendo em vista os mecanismos de controle estatal. O agir conforme a própria vontade não significa se sobrepor ao outro, tampouco contrariar a legislação em vigor. O domínio estatal se impõe para que a lógica da liberdade e da igualdade - pressupostos democráticos - se mantenha incólume⁷. Pois, caso a autonomia partidária fosse absoluta, não seriam estabelecidos os vínculos entre os cidadãos e o Estado, configurando uma anarquia; e, se fosse suprimida, não haveria oposição à situação, instalando, assim, uma autocracia.

Dito isso, a autonomia financeira partidária é uma garantia própria dos regimes democráticos, cuja finalidade é permitir que as agremiações sejam “corpos intermediários” entre o povo e o Estado e que manifestem genuinamente a vontade do eleitorado na esfera governamental⁸.

Para tanto, atribui-se liberdade partidária para arrecadação e gastos, para que as siglas possam escolher como gerenciar os recursos financeiros que lhes são disponibilizados e, assim, manifestarem seus valores e concretizarem as suas metas. Essa sistemática se fundamenta no pluralismo político, um pressuposto que permite os regimes democráticos acomodarem a diversidade cultural, econômica, social e política que existe na humanidade, porque os conflitos internos e externos acontecem independentemente da unanimidade ou da discordância na política⁹.

O pluralismo político tem o viés ideológico e o viés institucional¹⁰. Aquele respalda o direito à liberdade de expressão dos indivíduos, permitindo-lhes falarem e serem ouvidos sem a repressão e autorização do Estado¹¹; o outro confere autonomia para as instituições públicas e privadas exteriorizarem a sua ideologia nas suas normas internas, ainda que oposta aos ideais governamentais.

⁶ DAHL, Robert. A. **Sobre democracia**. Brasília: Editora UNB, 2016, p. 35;

⁷ DAHL, Robert. A. **Sobre democracia**. Brasília: UnB, 2016, p. 64-65; KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 31-34.

⁸ KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 61-63.

⁹ SARTORI, Giovanni. **Partidos e sistemas partidários**. São Paulo: Zahar, 1982, p. 65-67.

¹⁰ PINTO JUNIOR, Nilo Ferreira. **O princípio do pluralismo político e a Constituição Federal**. Revista Eleitoral, Natal, v. 25, p. 37-45, 2011.

¹¹ DAHL, Robert. A. **Sobre democracia**. Brasília: Editora UNB, 2016, p. 112

Diante desses vieses, a autonomia financeira está amparada no pluralismo político porque a ideologia partidária – aquelas postas nos estatutos – pode nortear as transações financeiras, evidenciando uma coordenação entre os valores basilares da sigla e os seus interesses, convicções e preferência. O mesmo não ocorre quando os gastos partidários são destinados a fins alheios a atividade partidária; e quando as doações são feitas por patrocinadores de partidos e/ou candidatos que são adversários e defensores de ideias políticas antagônicas, porque está presente o caráter mercadológico da participação financeira na política.

Além do pluralismo político, a autonomia financeira partidária encontra guarida no direito fundamental à propriedade, haja vista a possibilidade de dispor de seu patrimônio – construído com base no seu esforço laborativo – ser uma manifestação dos pressupostos democráticos da igualdade e liberdade. Todavia, os partidos políticos não têm o lucro como sua atividade precípua, apesar das finanças serem um dos recursos vitais para a sobrevivência da sigla dentro do regime democrático. Por essa razão, dependem financeiramente de agentes externos, tais como empresas e o Estado, o que impacta no grau de intervenção do Estado na liberdade partidária para arrecadação e gastos.

O financiamento privado sujeita-se a mecanismos mais brandos de controle das transações financeiras, limitando-se a verificar os sujeitos celebrantes dos negócios jurídicos firmados com os partidos; a observância dos tetos globais e específicos para as arrecadações e gastos; e o montante das respectivas doações. Já o financiamento público desencadeia a fiscalização contábil quanto aos sujeitos; a finalidade do gasto, a fim de verificar a sua destinação para as atividades político-partidária; e a motivação, de modo a demonstrar as razões que justificam a despesa.

Portanto, a natureza pública dos recursos destinados às atividades político-partidárias legitima uma maior intervenção do Estado nas liberdades partidárias para arrecadação e gastos, em atenção ao direito fundamental à propriedade.

2. A AUTONOMIA FINANCEIRA PARTIDÁRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1. O CONTEXTO DA REDEMOCRATIZAÇÃO E OS PARTIDOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO DE 88

No período compreendido entre 1964 e 1985, os partidos políticos brasileiros sofreram significativa represália pelo Governo dos militares, instalado por ocasião da edição do Ato Institucional nº 1 de 09 de abril de 1964, e que autorizou a suspensão dos direitos políticos e a cassação de mandatos eletivos.

A Lei nº 4.740/1965 - Lei Orgânica dos Partidos Políticos - LOPP extinguiu o pluralismo político e pluripartidarismo ao implantar o bipartidarismo; definiu a organização interna das siglas¹²; atribuiu-lhe personalidade jurídica de direito público e adotou o modelo misto do financiamento partidário.

Ainda em 13 de dezembro de 1968, sobreveio o Ato Institucional n. 5 (AI-5), que decretou recesso no Congresso Nacional, autorizou intervenção federal nos estados e municípios e institucionalizou a tortura como mecanismo de controle do Estado.

As restrições vivenciadas nesse período não democrático contribuíram para que o contexto da redemocratização fosse marcado por partidos políticos reivindicando a autonomia partidária para diminuir mecanismos de controle do Estado e aumentar as suas liberdades para se autodeterminar.

A ausência de intervenção estatal permitiu os partidos políticos manifestarem seus verdadeiros valores e metas políticas, tornando-se mais autênticos e fortes canais de comunicação da sociedade, uma vez que seriam o espaço para promoção do pluralismo político e para compatibilização das diversas opiniões políticas, ainda que antagônicas¹³.

Nesse cenário, a autonomia partidária emerge na década de 1980 como a liberdade para agir sem pedir permissão ao Estado e de atuar consoante a sua própria vontade, com o propósito de acabar com a artificialidade partidária e impulsionar a autenticidade partidária, a fim de que a oposição ganhe relevância frente à situação¹⁴. Como resultado, os partidos assumem posição de destaque na Constituição Federal de 1988.

O voto é atribuído aos candidatos e partidos políticos, porque o artigo 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal previu que a filiação partidária é uma condição de elegibilidade. A escolha política pela outorga do monopólio das candidaturas aos partidos políticos significa que a participação e a representação política acontecem principalmente por intermédio dos partidos políticos. Portanto, as agremiações emergem como um importante veículo de mobilização político-social e de incorporação dos

¹² A sua organização interna era amplamente definida no Capítulo IV da Lei (art. 22 - 43). Também era prevista a composição e os tipos de órgãos (art. 26, 39 e 41), tempo de duração dos mandatos para cargos internos (art. 27) e procedimento de votação interna (art. 31). Portanto, a autonomia partidária para se autodeterminar dentro do sistema partidário era bastante restrita.

¹³ LAMONIER, Bolívar; MENEGUELLO, Rachel. **Os partidos políticos e consolidação democrática: o caso brasileiro**. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 96-97.

¹⁴ AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Opinião Pública**, Campinas, v. 18, n. 2, p. 383-398, p. 389, nov. 2012; LAMONIER, Bolívar; MENEGUELLO, Rachel. **Os partidos políticos e consolidação democrática: o caso brasileiro**. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 97.

anseios populares e funcionam como uma espécie de “filtro” das decisões tomadas na arena eleitoral, no âmbito intrapartidário e na esfera governamental.

Ademais, o pluralismo político é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º), respaldando o direito fundamental à liberdade de expressão, o pluripartidarismo (art. 17, *caput*) e autonomia partidária para definir estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecerem normas de fidelidade e disciplina partidárias (artigo 17 § 1). Desse modo, não há a uniformidade intrapartidária de “estatutos únicos” na nova ordem constitucional, tal como existia à época do regime militar, tendo em vista estar garantido a elaboração de estatutos partidários amoldados às ideologia e às reivindicações dos grupos sociais que representam, e não do Estado.

Para as siglas manifestarem as múltiplas forças-políticas existentes na sociedade civil, a Constituição Federal de 1988 também atribuiu personalidade jurídico de direito privado, posicionando-se fora do aparato estatal e demonstrando ser a personificação técnica e jurídica das vontades e finalidades congregadas de seus membros ao invés de se assemelharem aos órgãos estatais públicos criados por lei e que funcionavam de acordo com a vontade estatal (essas características existiam quando os partidos políticos detinham personalidade jurídica de público)¹⁵.

Quanto ao financiamento dos partidos políticos, a redação original da Constituição Federal de 1988 assegurou o acesso aos recursos do Fundo Partidário e não proibiu o financiamento privado, reservando, portanto, ao legislador escolher o modelo de financiamento da política.

Ainda, o constituinte originário incumbiu o dever de prestação de contas à Justiça Eleitoral (art. 17, inciso II) sem, contudo, definir o tipo e alcance da fiscalização contábil-financeira, e atribuiu ao legislador a competência para dispor sobre as competências da Justiça Eleitoral (art. 121).

A respeito dos tipos de controle realizados pelos órgãos de controle do Estado, o artigo 17, *caput*, da Constituição Federal de 1988 dispôs sobre o controle qualitativo à luz dos princípios do regime democrático, pluripartidarismo, soberania nacional e direitos fundamentais da pessoa humana, para que esses princípios guiem todo o funcionamento do sistema partidário, desde a elaboração de estatuto até prestação de contas. A redação original não dispunha sobre o controle quantitativo sobre os partidos.

À vista dessa realidade, coube aos Poderes Legislativo e Judiciário, definirem a dimensão da autonomia partidária e a suas espécies, dentre elas, a autonomia financeira.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 404.

ra partidária, à medida em que, respectivamente, criaram e interpretaram a legislação que rege a liberdade partidária para arrecadação, gastos e controle financeiro.

2.2. AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 97, DE 2017 E N. 117, DE 2022 E A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TSE E DO STF

Ao longo dos 35 anos de vigência da Constituição Federal, as Emendas Constitucionais n. 97, de 2017 e n. 117, de 2022 modificaram a redação do artigo 17 da Constituição Federal para consagrar expressamente a autonomia financeira partidária.

Antes da Emenda n. 97, de 2017, todos os partidos políticos tinham direito ao acesso ao Fundo Partidário, conforme previsto no artigo 17 da Constituição Federal de 1988, o que permitia pequenos partidos receberem quantias expressivas, mesmo sem ter apoio eleitoral significativo. Por esse motivo, o Congresso Nacional era altamente pulverizado ideologicamente e formado por partidos com baixa capilaridade.

A Emenda n. 97, de 2017 introduziu cláusula de desempenho para os partidos acesarem os recursos do Fundo Partidário, cujo critério é a representação na Câmara dos Deputados a partir de 2030, observadas as regras de transição. O repasse dos recursos públicos deixou de observar a divisão igualitária entre as agremiações para valorar os partidos mais ativos e com maior apoio popular¹⁶.

Na sequência, a Emenda n. 117, de 2022 consagrou expressamente a autonomia financeira partidária, no texto constitucional, ao incluir, em seu artigo 17 § 8, que a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do Fundo Partidário ocorram “conforme critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias, considerados a autonomia e o interesse partidário”.

Porém, a liberdade de alocação interna dos recursos não é absoluta, devendo observar o direito fundamental à participação feminina na política, já que o artigo 17 §§ 7º e 8º preveem a necessidade de aplicação de “no mínimo 5% (cinco por cento) dos recursos do fundo partidário na criação e na manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres” (art. 17 § 7) e de “no mínimo 30% (trinta por cento), proporcional ao número de candidatas” (art. 17 § 8). Desse modo, a Emenda Constitucional n. 117, de 2022 incluiu o método de controle quantitativo no texto constitucional e transformou a liberdade de arrecadação e gastos em uma ferramenta de tutela dos direitos fundamentais.

¹⁶ OHMAN, Magnus. Entendendo o sistema de financiamento político. In: FALGUERA, Elin; OHMAN, Magnus; JONES, Samuel. **Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais**: um manual sobre financiamento político. Rio de Janeiro: FGV, 2015, p. 37-65, p. 58.

Antes da entrada em vigor da Emenda n. 117, de 2022, a autonomia financeira partidária encontrava amparo na cláusula geral do artigo 17 § 1 da Constituição Federal, que assegura autonomia para os partidos disporem sobre estrutura, organização interna e funcionamento em seus estatutos. E no artigo 15, inciso VII da Lei n. 9.995/1995 – Lei dos Partidos Políticos que enquadra as finanças como sendo umas disposições obrigatórias das normas internas e determina que definam “as diversas fontes de receita do partido, além daquelas previstas nesta Lei” e “as quotas dos filiados”.

Nesse sentido, o Ministro Alexandre de Moraes, por ocasião do julgamento do PC n. 162-30, em 02 de junho de 2021 perante o Tribunal Superior Eleitoral, cunhou o termo para assentar que “A autonomia financeira da agremiação não é absoluta, uma vez que o legislador delimita o campo de aplicação do Fundo Partidário”. Em seguida, rechaça a ideia de que a autonomia financeira corresponde ao livre arbítrio para manuseio de recursos públicos, ao concluir que:

é indiscutível a autonomia financeira e administrativa dos partidos políticos conferida expressamente pela Constituição Federal por meio do art. 17, § 1º. Contudo, quis o legislador que essa garantia não fosse absoluta, estabelecendo parâmetros sólidos para os gastos partidários, materializados pelo art. 44 da Lei 9.096/1995. Assim, é ônus da agremiação constituir, por meio de atos normativos internos, critérios transparentes de remuneração, com valores fixados em patamares condizentes com o nível de responsabilidade de cada cargo, sob pena de tal discricionariedade ampla ser critério de exame por parte desta Corte Eleitoral. As verbas públicas não estão sujeitas ao livre arbítrio partidário, mas sim submetidas à sua autonomia, que pressupõe a responsabilidade do gasto atrelada à atividade finalística do ente como estrutura fundante da democracia brasileira

Em 2016, a Ministra relatora Rosa Weber respondeu à Consulta n. 40134, cujos questionamentos foram os seguintes: “A regra de acesso aos recursos do Fundo Partidário, dentro da agremiação, deve adotar critérios de isonomia e proporcionalidade?” e “Qual critério legal deve ser adotado no acesso aos recursos do Fundo Partidário, no âmbito de cada partido, para a finalidade de financiamento das despesas de campanhas eleitorais”.¹⁷

A Ministra relatora julgou no sentido de que os critérios de alocação do Fundo Partidário dizem respeito à questão de organização interna, porque:

¹⁷ CONSULTA. DEPUTADO FEDERAL. DEMOCRACIA INTERNA DOS PARTIDOS POLÍTICOS. APLICAÇÃO DO FUNDO PARTIDÁRIO NO ÂMBITO DA AGREMIÇÃO PARTIDÁRIA. PROCESSO ELEITORAL INICIADO. MATÉRIA INTERNA CORPORIS. NÃO CONHECIMENTO. (Consulta n. 40134, Acórdão, Relator(a) Min. Rosa Weber, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônico, Tomo 234, Data 12/12/2016, Página 38-39)

Não compete ao Tribunal Superior Eleitoral responder consulta sobre "a democracia interna dos partidos políticos", precisamente acerca da necessidade de distribuição isonômica e proporcional dos recursos do fundo partidário dentro da agremiação, enquanto matéria interna corporis ao partido político.

Portanto, antes da Emenda n. 117, de 2022, a autonomia financeira já vinha sendo idealizada como um postulado constitucional que assegura a liberdade de alocação interna dos recursos públicos sem, contudo, significar uma barreira intransponível do controle estatal. Além de não representar o arbítrio partidário desprovido de qualquer responsabilidade, a autonomia financeira partidária também vinha sendo sedimentada na jurisprudência como um instrumento de promoção dos direitos fundamentais.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.617/DF, da relatoria do Ministro Edson Fachin, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu que pelo menos 30% (trinta por cento)¹⁸ do Fundo Partidário deve ser destinado às candidaturas femininas para corresponder e atender à cota de (trinta por cento) da representação feminina na política.¹⁹

O voto condutor do acórdão, proferido pelo Ministro relator, fixou que "a autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, especialmente à igualdade", igualdade essa que deve ser respeitada nas esferas públicas e privadas, haja vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Seguindo a linha do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu a Consulta n. 600306-47 para tutelar o direito fundamental à igualdade de gênero e racial ante os eventuais abusos cometidos na esfera intrapartidária. Nessa Consulta, a Deputada Federal Benedita Souza questionou sobre a possibilidade de:²⁰

¹⁸ PO parâmetro quantitativo de 30% decorre do fato de a LE (redação dada pela Lei n. 12.034/2009) exigir que no mínimo 30% e no máximo 70% das candidaturas registradas sejam, respectivamente, correspondentes para cada sexo.

¹⁹ Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 9º DA LEI 13.165/2015. FIXAÇÃO DE PISO (5%) E DE TETO (15%) DO MONTANTE DO FUNDO PARTIDÁRIO DESTINADO AO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS PARA A APLICAÇÃO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATAS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À IGUALDADE E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. (ADI 5617, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 02-10-2018 PUBLIC 03-10-2018)

²⁰ DIREITO ELEITORAL. CONSULTA. RESERVA DE CANDIDATURAS, TEMPO DE ANTENA E RECURSOS PARA CANDIDATAS E CANDIDATOS NEGROS. CONHECIMENTO. QUESITOS 1, 2 E 4 RESPONDIDOS AFIRMATIVAMENTE. CONSULTA n. 060030647, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 199, Data 05/10/2020, Página 0)

(i) garantir às candidatas negras percentual dos recursos financeiros e do tempo em rádio e TV destinados às candidaturas femininas no montante de 50%, dada a distribuição demográfica brasileira;

(ii) instituir reserva de 30% das candidaturas de cada partido a pessoas negras, nos termos da cota de gênero prevista na Lei n. 9.504/1997;

(iii) determinar o custeio proporcional das campanhas dos candidatos negros, destinando-se a estes no mínimo 30% do total do FEFC;

(iv) assegurar tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão proporcional às candidaturas de pessoas negras, respeitando-se o mínimo de 30%.

A primeira indagação foi respondida no sentido de que a divisão dos recursos públicos deve ocorrer na exata proporção das candidaturas de mulheres brancas e negras, não existindo “repartição dos recursos entre mulheres brancas e negras à razão de 50%”.

A segunda pergunta não foi respondida sob a justificativa de que significaria adentrar na competência do Poder Legislativo para promover políticas públicas afirmativas. Os outros quesitos foram respondidos positivamente, estabelecendo que “os recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV devem ser destinados ao custeio das candidaturas de homens negros na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações”.

Conclui-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 atribuiu expressamente aos partidos políticos a competência para alocar internamente as verbas públicas dos Fundos Partidário e Eleitoral por que desempenham o papel de representação política do eleitorado na condução dos negócios públicos, dado o monopólio das candidaturas. Ainda que as agremiações manuseiem recursos públicos, externos seu patrimônio, a tomada de decisões autônomas acerca da sua utilização é legítima, dada a previsão constitucional.

Nesse cenário, está inserta a natureza jurídica de direito privado dos partidos políticos, colocando-as fora do aparato estatal, a fim de conferir maior flexibilidade de atuação, em comparação ao engessamento típico das entidades públicas; e para afastar das imposições gerais do artigo 37 da Constituição Federal, haja vista a aplicação restrita do dispositivo. Entretanto, essa configuração jurídica não significa que as siglas estejam autorizadas a aplicar os recursos arbitrariamente, em atenção a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Sendo assim, a autonomia financeira partidária vai além de uma prerrogativa constitucional para autogerir os seus recursos financeiros. Por esse motivo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, ao interpretar a legislação pertinente à matéria, foi produzida para torná-la um instrumento de promoção e proteção dos direitos fundamentais das mulheres e dos negros. À medida em que a autonomia financeira partidária confere efetividade a participação política dos vários seguimentos sociais - uma das questões centrais das democracias - há uma maior inclusão da população na condução dos negócios públicos, o que contribui com o avanço da consolidação do regime democrático em nosso país.

2.3 CONTROLE QUANTITATIVO E QUALITATIVO

Sem embargo de sua natureza jurídica de direito privado e da autonomia financeira partidária, as agremiações sujeitam-se à fiscalização contábil-financeira da Justiça Eleitoral, sujeição essa que decorre do artigo 17, inciso III da Constituição Federal que dispõe sobre o dever de prestação de contas. Tal dispositivo não estabelece especificamente o tipo de controle a ser adotado, diferentemente do que é feito no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal que prevê a fiscalização quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

De modo genérico, o artigo 17, *caput*, da Constituição Federal de 1988 prevê o controle qualitativo à luz dos princípios da soberania nacional, pluripartidarismo, direitos fundamentais da pessoa humana e regime democrático. De maneira específica, os artigos 17 §§ 7º e 8º, introduzidos pela Emenda n. 97, de 2022, incluíram o controle quantitativo para alocação interna dos recursos públicos destinados às candidatas.

O simples fato de os partidos políticos serem subvencionados por recursos públicos não quer dizer que estejam submetidos necessariamente ao controle qualitativo dos gastos, porque essa condição não encontra previsão específica no artigo 17, inciso III da Constituição Federal, tal como ocorre com o controle quantitativo, que está disposto explicitamente no artigo 17 §§ 7º e 8º da Constituição Federal. A sua utilização pela Justiça Eleitoral decorre de uma interpretação topográfica do artigo 17 da Constituição Federal, razão pela qual coube aos Poderes Legislativo e Judiciário dialogarem acerca do grau de intervenção nas contas partidárias.

O artigo 34 § 1 da Lei dos Partidos Políticos (incluído pela Lei n. 12.891/2013) consignou que as prestações de contas têm o “escopo de identificar a origem das receitas e a destinação das despesas com as atividades partidárias e eleitorais”, mediante o exame formal das contas apresentadas e “sendo vedada a análise das atividades político-partidárias ou qualquer interferência em sua autonomia”.

A pretensão do legislador ordinário foi tentar impedir a Justiça Eleitoral de realizar juízos valorativos acerca das transações financeiras ao afirmar que a fiscalização contábil-financeira deveria ser feita mediante exame formal, ou seja, buscou delimitar a competência da Justiça Eleitoral, para fins de intervenção na autonomia partida, sob a justificativa de que são pessoas jurídicas de direito privados e possuem um patrimônio próprio, constituído, majoritariamente, pelo produto das contribuições e doações feitas pelos seus apoiadores.

Porém, um novo paradigma de controle das finanças foi introduzido em nosso ordenamento jurídico após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650/DF pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucionais os dispositivos da Lei das Eleições – Lei n. 9.504/1997 e da Lei dos Partidos Políticos – Lei n. 9.096/1995, que autorizavam doações e contribuições de empresas às campanhas eleitorais e aos partidos políticos²¹. Proibindo, assim, o financiamento empresarial da política brasileira.

²¹ DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MODELO NORMATIVO VIGENTE DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. LEI DAS ELEIÇÕES, ARTS. 23, §1º, INCISOS I e II, 24 e 81, CAPUT e § 1º. LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS, ARTS. 31, 38, INCISO III, e 39, CAPUT e §5º. CRITÉRIOS DE DOAÇÕES PARA PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS E PARA O USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. PEDIDOS DE DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO (ITENS E.1.e E.2). SENTENÇA DE PERFIL ADITIVO (ITEM E.5). TÉCNICA DE DECISÃO AMPLAMENTE UTILIZADA POR CORTES CONSTITUCIONAIS. ATUAÇÃO NORMATIVA SUBSIDIÁRIA E EXCEPCIONAL DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, SOMENTE SE LEGITIMANDO EM CASO DE INERTIA DELIBERANDI DO CONGRESSO NACIONAL PARA REGULAR A MATÉRIA APÓS O TRANSCURSO DE PRAZO RAZOÁVEL (IN CASU, DE DEZOITO MESES). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÕES QUE VEICULAM ULTRAJE À LEI FUNDAMENTAL POR AÇÃO, E NÃO POR OMISSÃO. MÉRITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE ADI E DE ADI POR OMISSÃO EM UMA ÚNICA DEMANDA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. VIABILIDADE PROCESSUAL. PREMISSAS TEÓRICAS. POSTURA PARTICULARISTA E EXPANSIVA DA SUPREMA CORTE NA SALVAGUARDA DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS. SENSIBILIDADE DA MATÉRIA, AFETA QUE É AO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL. AUTOINTERESSE DOS AGENTES POLÍTICOS. AUSÊNCIA DE MODELO CONSTITUCIONAL CERRADO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS. CONSTITUIÇÃO-MOLDURA. NORMAS FUNDAMENTAIS LIMITADORAS DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO ENCERRA O DEBATE CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA. MÉRITO. DOAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO (2% DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO ANTERIOR À ELEIÇÃO). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CAPTURA DO PROCESSO POLÍTICO PELO PODER ECONÔMICO. “PLUTOCRATIZAÇÃO” DO PRÉLIO ELEITORAL. LIMITES DE DOAÇÃO POR NATURAIS E USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. COMPATIBILIDADE MATERIAL COM OS CÂNONES DEMOCRÁTICO, REPUBLICANO E DA IGUALDADE POLÍTICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (ADI 4650, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016).

Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal concluiu que, embora a arrecadação e os gastos se fundamentem no direito fundamental à liberdade de expressão, a às doações e contribuições de pessoas jurídicas feitas aos partidos políticos, frequentemente, possuíam um caráter mercadológico. Mitigando, assim, a representatividade política e integridade partidária.

A reação do Poder Legislativo foi de criar o Fundo Especial de Financiamento de Campanha e ampliar o Fundo Partidário; e do Poder Judiciário foi no sentido de intensificar a fiscalização contábil-financeira, indo além do mero controle quantitativo para efetivar o controle qualitativo das transações financeiras.

Antes do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650/DF, o Supremo Tribunal Federal tinha entendimento jurisprudencial firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.036-MC no sentido de que a autonomia partidária era oponível ao controle qualitativo, exercido pela via legislativa. Não havia entendimento quanto à autonomia partidária ser oponível à via jurisdicional.

Transcorridos quase 25 anos, o entendimento mais recente – fixado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.311/DF – é no sentido de que controle qualitativo é legítimo, por encontrar amparo no art. 17, *caput*, da Constituição Federal, cabendo ao legislador ordinário dimensioná-lo, o que respalda um maior grau de intervenção estatal tanto pela legislativa como pela via jurisdicional no âmbito intrapartidário.

Com efeito, observa-se que, a fiscalização contábil-financeira realizada pela Justiça Eleitoral não se limita ao exame formal das transações, podendo analisar o mérito das arrecadações e gastos praticados mediante um juízo valorativo à luz dos princípios.

A adoção do controle qualitativo pela via judicial é problemática, porque instaura insegurança jurídica no momento do julgamento das contas. O alto grau de abstração dos princípios e a sua vagueza semântica colocam a agremiação em uma zona de incerteza, que a impede de saber com precisão os indicadores de regularidades das contas partidárias. Também pode culminar em um controle procedimental e finalístico, retirando-lhe a agilidade e flexibilidade que permeiam a vida político-partidária, especialmente durante as campanhas eleitorais.

Todavia, a construção jurisprudencial feita pelo Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral não tem colocado em risco a autonomia financeira partidária, porque o controle qualitativo das finanças tem ocorrido diante de situações episódicas, a exemplo de despesas com fretamento de aeronave. Assim, evidencia-se que a Justiça Eleitoral tem sopesado a tensão existente entre o controle estatal e a liberdade partidária para arrecadação e gastos.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou demonstrar o caminho percorrido pela autonomia financeira partidária ao longo dos 35 (trinta e cinco) anos de vigência da Constituição Federal, a fim de destacar como o diálogo institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário aperfeiçoou a liberdade partidária para arrecadação e gastos diante da intervenção estatal.

Para atender à tarefa a que se propôs, essa pesquisa estudou os partidos no contexto da redemocratização de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral até 05 de outubro de 2023, e as Emendas Constitucionais n. 97, de 2017 e n. 117, de 2022, que modificaram o texto do artigo 17 da Constituição Federal de 1988.

A autonomia partidária, no contexto da redemocratização, trouxe consigo a ideia de agir sem pedir permissão ao Estado, em virtude dos “fantasmas” do regime militar. Essa postura revelou distorções acerca da ideia de liberdade partidária para arrecadação e gastos, o que ensejou a remodelação do sistema partidário brasileiro, indo de um modelo de financiamento majoritariamente privado para um predominantemente público. Tais distorções foram superadas pelo diálogo institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário acerca da autonomia financeira partidária, que deixou de significar um instrumento indevassável do controle fiscalizatório do estado para se tornar uma ferramenta de promoção dos direitos fundamentais das mulheres e dos negros.

Com efeito, hoje, a autonomia financeira partidária se transformou em uma garantia constitucional expressamente assegurada no artigo 17 §§ 1, 7ª e 8ª da Constituição Federal de 1988, que atribui competência aos partidos decidirem sobre a alocação interna dos recursos dos Fundos Partidário e Eleitoral; e um instrumento de promoção dos direitos fundamentais das mulheres e dos negros, dada a sujeição ao controle quantitativo.

No que concerne o controle qualitativo das transações financeiras, a Justiça Eleitoral tem realizado de modo esporádico. Logo, não há que se falar em supressão da autonomia financeira partidária, estando o controle qualitativo longe de ser maléfico ao funcionamento do regime democrático. Ao contrário, tem sido legítimo na medida em que corrige as irregularidades que desestimulam a integridade em nosso sistema democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDRICH, John H. **Why parties?** A second look. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2011. n.p. (E-book)

BARROS, Ezikelly. **Autonomia partidária**: uma teoria geral. São Paulo: Almedina, 2021

DAHL, Robert. **A análise política moderna**. 2. ed. Brasília: UnB, 1988, p. 44-45.

DAHL, Robert. A. **Sobre democracia**. Brasília: UnB, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Constituições não podem controlar ideologia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jun-26/marcha-maconha-constitucoes-democraticas-nao-podem-controlar-ideologia>

LOBÃO, S. L. do R.; REIS, D. G. F. P. dos. Autonomia partidária nas democracias contemporâneas: Sartori, Panebianco e Nassmacher. **Revista Internacional Consinter de Direito**, Paraná, Brasil, v. 9, n. 17, p. 383, 2023. DOI: 10.19135/revista.consinter.00017.17. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/582>. Acesso em: 13 maio. 2024.

LOBÃO, Simone Lavôr do Rêgo. **A autonomia financeira dos partidos políticos brasileiros após a Constituição Federal de 1988**. 2023. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OHMAN, Magnus. Entendendo o sistema de financiamento político. In: FALGUERA, Elin; OHMAN, Magnus; JONES, Samuel. **Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais**: um manual sobre financiamento político. Rio de Janeiro: FGV, 2015, p. 37-65.

OHMAN, Magnus. Introdução ao financiamento político. In: FALGUERA, Elin; OHMAN, Magnus; JONES, Samuel. **Financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais**: um manual sobre financiamento político. Rio de Janeiro: FGV, 2015, p. 21-35.

OSORIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MOTA, Rafael Moreira. **O controle judicial da autonomia partidária**. 2018. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito de Brasília - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Sobre as origens e motivações do Ato Institucional n. 5. **Rev. Bras. Hist.**, São Paulo, v. 38, n. 79, p. 205, dez. 2018.

NASSMACHER, Karl-Heinz. Introduction: political parties, funding and democracy. *In*: AUSTIN, R; TJERNSTRÖM, M. (ed.). (ed.). **Funding of political parties and elections campaigns**. Stockholm: International IDEA, 2003.

NASSMACHER, Karl-Heinz. Regulation of party finance. *In*: KATZ, Richard; CROTTY, William (ed.). **Handbook of party politics**. London: Sage Publications, 2006, p. 446-455. (E-book)

NASSMACHER, Karl-Heinz. Monitoring, control and enforcement of political finance regulation. AUSTIN, R; TJERNSTRÖM, M. (ed.). **Funding of political parties and elections campaigns**. Stockholm: International IDEA, 2003, p. 139-155.

NASSMACHER, Karl-Heinz. **The funding of party competition**: political finance in 25 democracies. Nomos Verlag, 2009

PANEBIANCO, A. **Modelos de partidos**: organização e poder nos partidos políticos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

A UTILIZAÇÃO DA GEOLOCALIZAÇÃO COMO PROVA DIGITAL: DIÁLOGOS ENTRE O PROCESSO CIVIL E O PROCESSO PENAL

THE USE OF GEOLOCATION AS DIGITAL EVIDENCE: DIALOGUES BETWEEN THE CIVIL AND THE CRIMINAL PROCESS

AUTORES

André Simoni e Gusmão
Manoel Gomes Silva Neto

RESUMO

Este artigo investiga como a geolocalização foi integrada ao ordenamento jurídico brasileiro na qualidade de prova digital, tanto no contexto do processo civil como no penal. Como resposta aos desafios de um mundo globalizado, o Poder Judiciário deve reconhecer, incorporar e se adaptar às novas tecnologias em suas atividades, garantindo simultaneamente sua harmonização aos direitos e garantias fundamentais. Adotando doutrina, jurisprudência e o direito comparado como parâmetros, a análise aborda a recepção dessa nova modalidade probatória pelos Tribunais brasileiros, assim como oferece considerações sobre sua aplicação e interpretação, especialmente à luz do direito à proteção de dados privacidade, e intimidade.

Palavras-chave: Geolocalização; Proteção de dados; Privacidade; Provas

ABSTRACT

This article look into how geolocation has been integrated into the Brazilian legal system as digital evidence, both in the context of civil and criminal proceedings. In response to the challenges of a globalized world, the Judiciary must recognize, incorporate, and adapt to new technologies in its activities, simultaneously ensuring their harmonization with fundamental rights and guarantees. Drawing on doctrine, case law, and comparative law as benchmarks, the analysis addresses the reception of this new evidentiary modality by Brazilian Courts, as well as offering considerations on its application and interpretation, especially in light of the right to data protection, privacy, and intimacy.

keywords: Geolocation; Data protection; Privacy; Evidences

INTRODUÇÃO

Com o advento das 3ª e 4ª revoluções industriais, marcadas pela substituição gradual de métodos mecânicos de produção por digitais, assim como pela sua velocidade e alcance, as características e impactos da globalização¹ são percebidas de forma diferenciada. Em especial, a implementação de procedimentos ciberfísicos, fomentados principalmente pela Internet das Coisas (IoT)² e computação em nuvem, trazem consigo uma tendência à automação e ao tratamento massivo de dados, modificando significativamente a forma como o ser humano se relaciona com o mundo.

Esta nova dinâmica exige que tanto os agentes públicos quanto os privados adotem novas rotinas e estratégias para manter sua competitividade no mercado ou para promover o bem-estar social. Da mesma forma, o meio jurídico e judicial não pode permanecer inerte diante dessas transformações; é necessário incorporá-las à sua atuação, respeitando os preceitos constitucionais e legais pertinentes.

Nesse contexto, as tecnologias de geolocalização são progressivamente incorporadas às atividades jurisdicionais, subsidiando apurações, investigações, instruções e

¹ Nesse sentido, define-se como globalização o processo de extensão global das relações sociais entre os seres humanos (PAULA; 2015). O fenômeno é complexo e multifacetado, mas não se pode negar a importância nas novas tecnologias que transcenderam às barreiras nacionais para a criação desse.

² Nos termos do Plano Nacional de Internet das Coisas (Decreto Federal nº 9.854, de 25 de junho de 2019), a Internet das Coisas, ou – em sua terminologia em inglês – *Internet of Things* (IoT), é a infraestrutura que integra a prestação de serviços de valor adicionado com capacidades de conexão física ou virtual de coisas com dispositivos baseados em tecnologias da informação e comunicação existentes e nas suas evoluções, com interoperabilidade.

julgamentos, ainda que existam lacunas, resistência ou inexistência de preceitos específicos a respeito.

O presente artigo propõe uma avaliação da recepção atual da tecnologia de geolocalização nas atividades típicas do Poder Judiciário, tanto no âmbito do processo civil quanto do penal, examinando sua aplicação e oferecendo insights sobre sua interpretação.

Inicialmente, busca-se definir e contextualizar a geolocalização, destacando seus atributos, utilidades e potencial invasivo. Em seguida, será discutida sua utilização no processo penal, considerando os entendimentos atuais sobre o tema e seus limites. Posteriormente, será analisada sua aplicação no processo civil, especialmente à luz das normas específicas que regem o assunto. Serão consideradas duas situações: aquelas em que há uma relação anterior aos litígios judiciais que justifica o uso desses dados e aquelas em que essa relação não existe. Por fim, serão feitas breves considerações sobre o tratamento diferenciado da geolocalização nos contextos civil e penal, especialmente no que diz respeito à legítima expectativa de privacidade dos indivíduos envolvidos.

1. CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DA GEOLOCALIZAÇÃO

Conforme definido pelo Dicionário Houaiss, geolocalização refere-se ao uso de tecnologia para determinar a posição de um objeto na Terra ou para obter as coordenadas geográficas de um local específico (GEOLOCALIZAÇÃO, 2024). Em termos mais abrangentes, trata-se de um recurso que possibilita identificar a localização geográfica de objetos ou pessoas, independentemente da tecnologia ou sistema empregado.

A sua instrumentalização pode ocorrer por uma variedade de meios, ocorrendo principalmente conforme a distância da Estação Rádio-Base – ERB, que confere área de cobertura por meio de antena ou outra forma similar, permitindo a localização aproximada de um indivíduo, podendo ser em tempo real ou, ainda, demonstrar localidade passada armazenada (SMANIO; 2021). Sem prejuízo, e com maior precisão, por meio de satélites, também podem ser identificadas por meio da vinculação genérica à terminado aparelho eletrônico, como ocorre com o *Global Positioning System* – GPS, geradas com a utilização dos aplicativos *Google Maps*, *Waze* e *Uber*, por exemplo (GOMES; JÚNIOR; KRUEGER; 2022).

Além dos casos citados acima, essa tecnologia vem se demonstrando útil para o desenvolvimento e aprimoramento de uma infinidade de outros sistemas e aplicações, sendo utilizada para o direcionamento de publicidade, rastreamento de coisas e pessoas, gerenciamento logístico de cargas e, até mesmo, controle de jornada de trabalho.

Inclusive, vem se mostrando como importante ferramenta para a construção e aplica-

ção de políticas públicas. Nos Estados Unidos da América (EUA), por exemplo, a Lei de Comunicações Sem Fio e Segurança Pública de 1999 (*The Wireless Communications and Public Safety Act of 1999*), a qual tornou o "911" o número telefônico unificado para emergências e buscou aprimorar as respectivas regras de atendimento, exige expressamente que as operadoras de telefonia móvel disponibilizem a localização do respectivo usuário quando uma chamada dessa natureza é realizada (GOMES; JÚNIOR; KRUEGER; 2022).

Já em âmbito nacional, foi adotada por diversos entes federativos, durante a pandemia do coronavírus, de forma agregada e anônima, para identificar regiões com menor ou maior adesão ao isolamento social e, assim, implementação das respectivas políticas de saúde, conscientização e segurança³.

Entretanto, nesse mesmo contexto, certos riscos associados às novas estruturas de vigilância se tornaram evidentes, especialmente após a publicação da Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020. Esta medida determinou o amplo compartilhamento de dados entre empresas de telecomunicações e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁴. Em resposta a essa questão, o Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu liminarmente a eficácia da referida medida, argumentando que poderia resultar em danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa e móvel⁵.

Sobre o assunto, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *United States vs. Jones* (2012), que debateu a legalidade do monitoramento de um investigado por meio de Sistema de Posicionamento Global (GPS) sem autorização judicial, observou que enquanto a "vigilância tradicional" teria requerido uma grande equipe de agentes, vários veículos e possivelmente assistência aérea, o mesmo resultado poderia ser al-

³ No Estado de São Paulo, por exemplo, o governo realizou parcerias com empresas de telecomunicações, adotando a geolocalização por triangulação ou Cell-Site Location Information - CSLI. Por meio dessa, a geolocalização é realizada diretamente pelas empresas de telecomunicações prestadoras de serviço de telefonia celular. Por meio de uma rede física, em que a infraestrutura fixa da rede, incluindo antenas, torres e Estações Rádio Base - ERB, é possível determinar a posição aproximada de aparelho celular - ou outro equipamento congêneres - baseado no recebimento de sinais por ele emitidos (PINHEIRO; PINHEIRO; 2020).

⁴ A referida medida provisória determinou que empresas prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) e do Serviço Móvel Pessoal (SMP) disponibilizassem, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.

⁵ Durante o referido julgamento, inclusive, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu expressamente a proteção de dados e a autodeterminação informativa como direitos fundamentais. Segundo voto do Ministro Luiz Fux, esses "(...) direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do habeas data (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988."

cançado por meio de meios eletrônicos⁶. Em uma decisão subsequente, no caso *Carpenter vs. United States* (2018), a mesma corte reconheceu que há 30 anos poucos poderiam imaginar uma sociedade em que um telefone poderia rastrear um indivíduo onde quer que esteja, além de registrar não apenas as informações digitadas, mas também dados detalhados sobre sua movimentação⁷.

Ainda, os referidos dados quando monitorados, ainda que por um curto período, geram um registro preciso e abrangente dos movimentos públicos de uma pessoa que reflete ricos detalhes sobre as suas associações familiares, políticas, profissionais, religiosas e sexuais. Podem, portanto, revelar o deslocamento ou permanência em reunião do sindicato, mesquita, sinagoga, igreja, bar gay, clínicas e assim por diante (ROSA, 2013).

Diante dessas situações, fica evidenciado outro aspecto desse tipo de informação, a sua qualidade como dado pessoal. A legislação adotou um conceito expansionista de dado pessoal, caracterizando não somente a informação relativa à pessoa diretamente identificada, mas também aquela informação que possa – ou tem o potencial de – tornar a pessoa identificável (MALDONADO; BLUM; 2020). A doutrina, com efeito, classifica os dados pessoais em diretos, compreendendo aqueles que identificam diretamente uma pessoa natural, como o número de RG ou CPF; e indiretos, que torna a pessoa natural identificável, pois necessitam de informações adicionais para identificá-la⁸, integrando a geolocalização essa última categoria.

Essa categoria de dados está diretamente atrelada à dispositivos digitais e esses, por sua vez, devem ser considerados como uma verdadeira extensão e reflexo do comportamento humano, logo devem ser tratados e tutelados enquanto dados pessoais.

É inegável o impacto e a importância que as novas tecnologias trazem para a sociedade. É crucial que o Poder Judiciário as incorpore, reconheça e proteja, respeitando rigorosamente o ordenamento jurídico.

⁶ Diga-se de passagem, a Ministra Rosa Weber, durante o julgamento da ADI 6387 MC/DF, realizou tece argumento semelhante, comparando a edição de listas telefônicas físicas, onde constavam nomes, telefones e endereços, as quais não se comparam com o atual patamar tecnológico e capacidade de processamento em massa.

⁷ O referido precedente (*Carpenter vs. United States*) discutiu a possibilidade de busca e apreensão do registro de dados telefônicos, incluída a localização e movimentação de seu usuário, sem autorização judicial. Em apertada maioria, a Corte reconheceu a existência de uma legítima expectativa de privacidade sobre os dados de localização física dos indivíduos, ainda que esses registros sejam armazenados por terceiros. Portanto, concluiu-se que qualquer requisição nesse sentido deve ser precedida de autorização judicial.

⁸ O Regulamento Geral de Dados Pessoais do Parlamento Europeu (RGPD/EU) reconhece expressamente os dados de localização e identificadores por via eletrônica nessa qualidade.

2. GEOLOCALIZAÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL

A Constituição Federal de 1988 tutela expressamente a intimidade e a privacidade na qualidade de direitos fundamentais, por meio do Art. 5º, inciso X, segundo o qual são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; e, mais recentemente⁹, inciso LXXIX, assegurando o direito à proteção dos dados pessoais. Não obstante, segundo a redação do inciso XII do mesmo dispositivo constitucional, é "(...) inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2020), o sigilo se reporta ao âmbito da privacidade, tendo a ver com aquilo que é nuclear para autoconsciência moral da pessoa, resguardando o que não pode ser aberto a qualquer um. Portanto, a comunicação deve ser compreendida de forma universal. Nesse sentido, os dados a que se refere a Constituição Federal de 1988 apontam igualmente para uma "modalidade tecnológica", compreendendo o mundo informático.

A legislação faz distinção do tratamento legal de acordo com o momento em que são, de alguma forma, coletados (MALDONADO; BLUM; 2020; p. 69). Os dados em trânsito, isto é, aqueles vinculados ao conteúdo transmitido entre remetente e destinatário¹⁰, são tutelados pelo sigilo das comunicações (Art. 5º, inc. XII, CF) e, portanto, seguem o rito das interceptações de comunicação da Lei n.º 9.296/1996. Já os dados estáticos, definidos como aqueles que repousam em seu destino, tais como em celulares, servidores ou quaisquer outros dispositivos, serão tutelados pelo direito à privacidade e intimidade (Art. 5º, X e LXXIX, CF), sendo regulamentado pelo Marco Civil da Internet e demais previsões infraconstitucionais (SMANIO; 2021).

Consequentemente, em geral, os dados de geolocalização devem ser considerados em sua forma estática. Segundo Art. 13-B do Código de Processo Penal (CPP), a autoridade policial ou o membro do Ministério Público podem requisitar às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações ou telemática dados que possibilitem a localização da vítima ou dos suspeitos do crime de tráfico de pessoas, desde que

⁹ A referida disposição não é fruto do constituinte originário, sendo decorrente da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.

¹⁰ Acerca da inviolabilidade de comunicações de dados, diante da alegada ilicitude da prova oriunda de busca e apreensão de computadores e disquetes, o Supremo Tribunal Federal - no julgamento do HC 83168/SC - entendeu que não houve quebra do referido sigilo, mas apreensão física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial. Consignou-se, nessa oportunidade, que a proteção a que se refere o art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, é da comunicação de dados e não os dados em si.

devidamente autorizados por um mandado judicial prévio.

No entanto, caso não haja manifestação do juízo sobre o pedido em 12 horas, o §4º do mesmo dispositivo legal permite que as autoridades formulem as requisições diretamente, com imediata comunicação ao juiz.

A constitucionalidade desses requerimentos, no entanto, de forma geral, era controversa de forma geral, como aponta a doutrina¹¹ e a jurisprudência¹², tornando-se objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5642.

Em recente julgamento, segundo o voto do Relator, Ministro Edson Fachin¹³, declarou-se a constitucionalidade das mencionadas normas do Código de Processo Penal (CPP). Dessa forma, foram validadas as regras que permitem a requisição, mediante autorização judicial, das informações e outros dados que possibilitem a localização da vítima ou dos suspeitos dos referidos delitos, bem como a possibilidade de requisição direta na hipótese do §4º.

Essa medida visa prevenir a prática contemporânea de crimes e deve ser adotada para combater a prática delitiva, conforme foi explicitado durante o próprio julgamento:

Mesmo em relação à possibilidade de requisição de meios, como prevista no art. 13-B, não há que se falar em violação à reserva de jurisdição, eis que a possibilidade de requisição visa a identificação e localização imediata da vítima. O crime, portanto, está em evidente situação de flagrância, caso em que a própria norma constitucional admite a restrição à privacidade de forma mais aguda. Caso se tenha conta que essa previsão restringe-se apenas às hipóteses dos crimes contra a liberdade pessoal, não há óbices para

¹¹ Nesse sentido, uma linha mais restritiva, Carina Quito (2022) defende que o uso da geolocalização como meio de prova está autorizado apenas na hipótese prevista no artigo 13-B do CPP, considerando que a garantia fundamental da privacidade não pode ser reduzida sem a excepcionalidade de lei; enquanto a Ministra Maria Teresa Rocha de Assis Moura e Daniel Marchionatti Barbosa (2022), afirmam que a utilização desses pode ocorrer em qualquer crime de natureza grave.

¹² Segundo Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática proferida no ARE 1224729/SP, a questão "(...) de acesso aos dados sem autorização judicial, como cadastro e informações de 'geolocalização', não é pacífica, aliás, pelo contrário, é bastante controversa, seja em decisões judiciais ou entre doutrinadores, inexistindo qualquer orientação superior a ser seguida ou mesmo majoritária".

¹³ Segundo voto condutor, entendeu-se como possível a requisição de dados – independentemente de autorização judicial – da localização de terminal ou IMEI de cidadão em tempo real por meio de ERB por um período determinado e desde que necessário para os fins de reprimir os crimes contra a liberdade pessoal descritos no Art. 13-A do CPP. Além disso, foi declarada a constitucionalidade do Art. 13-B e seu §4º, reconhecendo a possibilidade de requisição direta das autoridades dos sinais para localização de vítimas ou suspeitos, após o decurso do prazo de 12 horas.

que o controle judicial possa ser feito posteriormente à realização da diligência, caso se demonstre sua imprescindibilidade. No mesmo sentido, a possibilidade de requisição de informações contida no § 2º do art. 13-B não pode ser vista como impondo uma limitação ao que dispõe o próprio caput do mesmo artigo. Isto é, da leitura do art. 13-B, caput, não é possível depreender interpretação que admita a requisição de meios técnicos sem autorização judicial.

Em outras palavras, a possibilidade de requisição direta desses dados tem como objetivo principal coibir crimes em curso, sendo a sua contemporaneidade um requisito essencial para a solicitação. Portanto, essa medida não se destina à investigação ou instrução penal de crimes que não estejam em situação de flagrância.

Fora dessas situações e circunstâncias, as requisições dos dados de geolocalização devem seguir os termos estabelecidos pelo Marco Civil da Internet. De acordo com essa legislação, é necessário apresentar uma demonstração de fundados indícios da ocorrência do ilícito, uma justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados e o período ao qual se referem os registros. Acrescenta-se que as medidas devem ser fundamentadas em indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva para serem deferidas, sem prejuízo dos demais elementos necessários à fundamentação (SMA-NIO, 2021).

No mais, com o fim de tutelar ao máximo os direitos à privacidade e intimidade, a divulgação ou acompanhamento dos registros de geolocalização de um indivíduo deve se limitar ao mínimo necessário e adequado para alcançar a finalidade pretendida, estabelecendo-se um escopo temporal e espacial.

Porém, com a finalidade de identificação e delimitação de potenciais suspeitos, é possível a requisição de registros para identificação de um número indeterminado de usuários, notadamente pela técnica de *geofencing*¹⁴. Essa hipótese foi referendada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁵, entendendo que se trata de medida razoável, desde que proporcional e amparada nos requisitos acima.

¹⁴ Trata-se de recurso ou ferramenta que possibilita a criação de um perímetro geográfico virtual por meio de tecnologias como o Sistema de Posicionamento Global (GPS).

¹⁵ O paradigma utilizado para o tema é o julgamento do RMS 61.302/RJ, de Relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, em 26 de agosto de 2020, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nessa oportunidade, julgou ser possível afastar a tutela constitucional do sigilo telemático quando presentes circunstâncias relevantes que denotem a existência de interesse público relevante, mediante decisão proferida por magistrado competente, devidamente fundamentada, justificando a necessidade do deferimento da medida para fins da investigação policial (SMANIO; 2021).

Ainda assim, a controvérsia não foi integralmente pacificada, restando questionamentos quanto a sua constitucionalidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 28 de maio de 2021, reconheceu a repercussão geral do Tema 1148, que discute justamente os limites para decretação judicial da quebra de sigilo de dados telemáticos, no âmbito de procedimentos penais, em relação a pessoas indeterminadas, sem sobrestamento dos processos em andamento.

Portanto, exceto nas situações abordadas na ADI 5642, a requisição de dados de geolocalização requer prévia autorização judicial, devidamente fundamentada, proporcional e adequada. Além disso, essa autorização deve delimitar claramente o escopo temporal e espacial, respeitando o necessário e pertinente à persecução penal.

3. GEOLOCALIZAÇÃO NO CONTEXTO DO PROCESSO CIVIL¹⁶

O regime de requisição judicial de registros estabelecido pelo Marco Civil da Internet também se aplica aos processos de outras naturezas. Isso permite que as partes interessadas, com o objetivo de formar um conjunto probatório, solicitem ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros, desde que atendidos os requisitos do Art. 22, Parágrafo Único.

Porém, ao contrário do âmbito penal, sua aplicação nesse contexto atrai a incidência da legislação de proteção de dados pessoais, em especial a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Ricardo Villas Bôas Cueva destaca que no exercício da "(...) atividade jurisdicional típica, a LGPD deve ser aplicada com temperamentos, a fim de preservar a autonomia, a independência, a imparcialidade e a especificidade do Poder Judiciário" (2020).

Como consequência lógica, os requisitos estabelecidos no Marco Civil da Internet para a requisição judicial de informações devem ser harmonizados e interpretados de acordo com a legislação de proteção de dados. Dessa forma, as partes devem tratar e, portanto, requerer os dados respaldados nas devidas bases legais, conforme o Art. 7º e 11 da LGPD, levando em consideração as expectativas de privacidade dos respectivos titulares.

Entendendo que os dados pessoais, incluindo a geolocalização, são utilizados para finalidades específicas, é importante distinguir entre duas situações que podem surgir. A primeira envolve a existência de um relacionamento prévio que justifique a coleta e o tratamento dos dados; e, a segunda, não.

¹⁶ Para os fins desse artigo, entende-se como processo civil todo aquele que não possuir natureza penal.

Na primeira situação, quando há um relacionamento prévio que autoriza o uso da geolocalização pelas partes, como na contratação de empréstimos e linhas de crédito online, é comum a coleta dessas informações para autenticar as operações e prevenir fraudes. Dependendo de como a operação é conduzida, o tratamento dos dados pode ser fundamentado no consentimento do titular (Art. 7º, I) ou no legítimo interesse (Art. 7º, IX).

Após o tratamento inicial dos dados, surge a necessidade de armazená-los justamente com a finalidade de, eventualmente, comprovar o procedimento e proteger a instituição contra contestações. A manutenção desses registros é permitida e, por vezes, necessária pela própria legislação, uma vez que, entre outras finalidades, podem servir como elementos para o exercício de direitos em demandas em geral, desde que para essa única e exclusiva finalidade, enquanto persistir tal necessidade (MALDONADO; BLUM, 2020).

A finalidade para o arquivamento e utilização desses dados é modificada, alterando-se também a respectiva base legal para o possível exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (Art. 7º, inc. VI). Esses dados são utilizados sob essa justificativa, atendendo às normas do Código de Processo Civil, especialmente aos Arts. 336 e 350. Os tribunais brasileiros têm decidido nesse sentido, como ilustra o julgamento da Apelação nº 1003175-81.2023.8.26.0356 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO. CONTRATOS BANCÁRIOS. DECLARATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. DANO MORAL. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. RELAÇÃO DE CONSUMO. 1. CONTROVÉRSIA. (...) Ônus da instituição financeira em comprovar a veracidade da contratação, na forma do inc. II, do art. 429, CPC/15 (STJ, Tema repetitivo 1061). Comprovação da contratação, eis que: a) o contrato foi formalizado na via digital, com identificação do autor, mediante selfie (biometria facial); **b) geolocalização correspondente ao seu endereço;** c) existência de ID e endereço de IP; d) o endereço do contrato e documento pessoal apresentado coincidem com os apresentados na petição inicial; e) o numerário foi depositado na conta do autor, que o sacou posteriormente; f) o autor possui outros empréstimos consignados, inclusive perante outros bancos. 4. DANO MORAL. Não caracterização. Exercício regular do direito da instituição financeira (CC/02, art. 188, inc. I). 5. RECURSO DESPROVIDO. Majoração da verba honorária recursal de 10% para 15% sobre o valor da causa (CPC/15, art. 85, §11), com observação da gratuidade de justiça.

Entretanto, este tipo de prova é pré-constituída, sendo apenas apresentada ao juízo e, quando pertinente e possível, sujeita à impugnação pela parte contrária. O vínculo entre as partes é momentâneo e se exaure naquele instante, assim como o embasamento para o tratamento de dados, não permitindo, portanto, sua repetição posterior sob o mesmo fundamento.

A segunda situação envolve a ausência de uma relação anterior entre as partes que justifique a utilização da geolocalização ou a repetição do tratamento anterior durante a instrução processual. Esse cenário tem sido objeto de crescentes discussões, especialmente no âmbito trabalhista, embora reconheçamos seu potencial de aplicação em outros ramos. Por exemplo, o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nos autos do Recurso Ordinário nº 0010553-36.2021.5.15.0129, determinou a produção desse meio probatório para instruir pedido de reconhecimento de relação de emprego, a pedido dos reclamantes.

Quando respaldada pelo consentimento, mesmo que tácito, do respectivo titular, há poucas dúvidas sobre a utilização da geolocalização, especialmente diante da previsão explícita de que as partes podem empregar todos os meios legais, ainda que não especificados, para provar a verdade dos fatos que alegam, nos termos do Art. 369 do Código de Processo Civil.

De início, é importante destacar que os dados de geolocalização estão vinculados a dispositivos digitais, como *smartphones*, *notebooks*, *tablets* ou até mesmo automóveis. Portanto, o exercício dos direitos inerentes a eles, inclusive o de dispor sobre os referidos dados, cabe ao respectivo proprietário ou possuidor, conforme previsto no Art. 1.196 do Código Civil.

Além disso, por se tratar de dado pessoal, a geolocalização está sujeita à legislação de proteção de dados. Como meio de empoderar os titulares, estes têm o direito de exercer seu poder de autodeterminação informativa. A regulação jurídica do tratamento de dados pessoais está embasada no conceito de que o indivíduo deve ter o poder de controlar livremente a revelação e a utilização de seus próprios dados pessoais, preservando, assim, sua capacidade de livre desenvolvimento de personalidade (MENDES, 2015).

Portanto, considerando as expectativas dos titulares e seu direito à autodeterminação informativa, a geolocalização dos dispositivos de uso pessoal só poderia ser utilizada mediante mecanismo que assegure a sua autonomia privada, ou seja, o consentimento.

No entanto, existem determinadas manifestações da Justiça do Trabalho no sentido oposto, permitindo a produção de prova digital de geolocalização amparada em dispositivo de uso pessoal dos empregados sem o seu consentimento.

A Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT2), no Mandado de Segurança nº 1002734-56.2022.5.02.0000, por exemplo, julgou a medida como proporcional, consignando que a "(...) geolocalização é uma prova mais robusta que a prova testemunhal, pois as testemunhas podem

se esquecer de fatos ou mesmo alterar a verdade dos fatos de forma deliberada.”. A Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT1), no julgamento do Recurso Ordinário nº 0100476-34.2021.5.01.0074, por sua vez, entendeu de forma semelhante, registrando que “(...) mesmo que se calcule que poderá trazer algumas consequências indesejáveis, por certo fará avançar o bom andamento processual, facilitando a dilação probatória e reduzindo a insegurança jurídica”¹⁷.

Contudo, apesar dos posicionamentos contrários acima, esse entendimento não se mostra adequado, uma vez que viola os direitos fundamentais de propriedade, intimidade e privacidade, justamente pelos motivos já expostos.

A divergência jurisprudencial, inclusive, motivou a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0000613-07.2022.5.08.0000, em trâmite perante o Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (TRT8), que tem por objetivo resolver a seguinte questão: pode haver a quebra da geolocalização no celular pessoal do empregado, sem sua autorização, para fazer prova em processo trabalhista?

Em 07 de dezembro de 2023, o referido Tribunal decidiu pela sua impossibilidade, considerando que violaria os direitos e garantias fundamentais do trabalhador. O julgado consignou expressamente que uma medida invasiva dessa natureza teria que ser permitida em dispositivo legal ou constitucional, como ocorre na instrução de processo penal, sendo considerada desproporcional e afrontosa à privacidade do trabalhador:

O uso também tem que respeitar o princípio da proporcionalidade e necessidade, ou seja, não pode coletar mais dado do que precisa. Ter acesso a todos os locais onde a trabalhadora esteve, expõe sua via privada, violando-se assim preceito constitucional. No caso do repasse, é fundamental que se usem técnicas de anonimização, para que os usuários não possam ser identificados, o que não ocorrerá no caso aqui em comento. De acordo com a LGPD, dado pessoal é a informação relacionada à pessoa natural identificada - tais como nome, sobrenome, RG e CPF - ou identificável, como no caso dos dados de geolocalização (GPS), endereço IP, identificação de dispositivo etc.

¹⁷ Curioso também apontar que a maioria das decisões identificadas que permite a quebra do sigilo de geolocalização sem o consentimento de seu titular cita os termos do Art. 7º, inc. VI, da LGPD, segundo o qual o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral. Contudo, trata-se de interpretação equivocada do dispositivo, posto que esse não pode ser utilizado como um “passe livre” para todo e qualquer procedimento no âmbito judicial. Essa base deve ser utilizada, segundo a doutrina, em situações que determinados dados pessoais podem servir como elemento para exercício de direitos em demandas em geral, podendo ser armazenados pelas partes desde que para essa única e exclusiva finalidade, bem como apenas enquanto subsistir tal necessidade (MALDONADO; BLUM; 2020).

Não obstante, notadamente no âmbito trabalhista, adiciona-se a afronta ao princípio da alteridade à argumentação, posto que cabe ao empregador a adoção dos meios necessários para o controle. Com efeito, no julgado retro, que envolvia banco de grande porte, os julgadores consignaram que existem outros meios de prova hábeis a fazer prova do pretendido, como sistemas de monitoramento e até câmeras.

Portanto, na produção de prova digital consistente em geolocalização onde inexistente liame anterior entre as partes, cabe aos respectivos titulares autorizarem a produção de prova, adotando o consentimento como base legal para o tratamento de dados pessoais.

4. CONCLUSÕES

Ainda que possuam pontos em comum, há um tratamento jurídico diferenciado na utilização dos dados de geolocalização no contexto do processo civil e do processo penal. Essa distinção se fundamenta nas finalidades distintas em que esses dados são empregados, bem como na legítima expectativa dos titulares sobre sua utilização. No precedente *Carpenter v. United States* (2018), *Justice Roberts* consignou que a expectativa de privacidade é contextual, devendo ser considerado aquilo que um indivíduo deseja preservar como privado e aquilo que a sociedade reconhece como razoável.

De um lado, no processo penal, os dados de geolocalização são utilizados para a persecução criminal, como parte das atividades legítimas do Estado e por agentes investidos nessa função; e, por outro lado, no processo civil, são empregados na resolução de conflitos entre partes juridicamente equivalentes. Em termos práticos, é esperado que autoridades policiais ou judiciárias localizem celulares, carros, *notebooks* ou outros dispositivos pessoais passíveis de localização para identificação de vítimas ou suspeitos de crimes em curso, desde que devidamente fundamentados. No entanto, não se espera que empregadores, aplicativos ou outras pessoas exerçam uma vigilância semelhante, ou sequer tenham essa possibilidade.

Em todas as situações, é essencial buscar tutelar o direito à intimidade e privacidade dos envolvidos, limitando-se ao estritamente necessário e adequado para alcançar as finalidades pretendidas.

As referidas diretrizes devem a guiar interpretação do ordenamento jurídico, assim como a formulação de legislações, normativas e políticas públicas, a fim de atender aos melhores interesses dos titulares. Destaca-se, assim, o Projeto de Lei nº 15151/2020, também chamado de “LGPD Penal”, que busca regulamentar a utilização de dados pessoais para fins exclusivos de segurança do Estado, de defesa nacional, de segurança pública, e de investigação e repressão de infrações penais, com rele-

vantes contribuições para o tema.

A utilização inovações tecnológicas reclamam por adaptação e medidas concretas por parte dos intérpretes do direito, os quais deve, ao mesmo tempo, incorpora-las e confirmar se compromissos com os direitos fundamentais. O direito deve, pois, adaptar-se a uma realidade cada vez mais dinâmica e digital, de modo a acompanhar e evoluir em conjunto com a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 06/05/2024

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09/05/2024

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 06/05/2024.

BRASIL. Constituição da República Federação de Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06/05/2024

BRASIL. Lei geral de Proteção de Dados. Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 07/05/2024.

BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 07/05/2024.

BRASIL. Plano Nacional de Internet das Coisas. Decreto nº 9.854, de 25 de junho de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9854.htm. Acesso em: 08/05/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5642/DF. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5117846>. Acesso em: 11/05/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.224.729/SP. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 08/05/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83168/SC. Relator: Sepúlveda Pertence. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=HC&numero=83168#>. Acesso em: 11/05/2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC na ADI 6387/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente="ADl%206387"&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=) Acesso em: 11/05/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 61.302/RJ. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27-ROMS%27.clas.+e+@num=%2761302%27\)+ou+\(%27RMS%27+adj+%2761302%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27-ROMS%27.clas.+e+@num=%2761302%27)+ou+(%27RMS%27+adj+%2761302%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 11/05/2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Recurso Ordinário nº 0100476-34.2021.5.01.0074. Relatora: Des. Claudia Maria Samy Pereira da Silva. Disponível em: <https://pje.trt1.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0100476-34.2021.5.01.0074/2#0d7344a> Acesso em: 11/05/2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT2). Mandado de Segurança nº 1002734-56.2022.5.02.0000. Relatora: Des. Ivete Bernardes Vieira de Souza. Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1002734-56.2022.5.02.0000/2#ba7fa7c>. Acesso em: 11/05/2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. IRDR nº 0000613-07.2022.5.08.0000. Relator: Des. Carlos Rodrigues Zahlouth Junior. Disponível em: <https://pje.trt8.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000613-07.2022.5.08.0000/2#c409e15> Acesso em: 11/05/2024

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário n. 0010553-36.2021.5.15.0129. Relatora: Des. Rosemeire Uehara Tanaka. Disponível em: <https://pje.trt15.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010553-36.2021.5.15.0129/2#4ad2d7f>. Acesso em: 11/05/2024.

CUEVA, Ricardo Vilas Boas. A incidência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas atividades do Poder Judiciário. In: CUEVA, Ricardo Vilas Boas; DONEDA, Danilo; MENDEZ, Laura Schertel (org.). Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018):

o caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. United States x Jones. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-1259>. Acesso em: 17/04/2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Carpenter x United States. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-402_h315.pdf. Acesso em: 17/04/2024.

FERRAZ JÚNIOR; Tércio Sampaio. Comunicação de dados e proteção ao sigilo. In: DONEDA, Danilo; CUEVA; Ricardo Villas Boas; MENDES; Laura Schertel (org); Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018):a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GEOLOCALIZAÇÃO. In: Houaiss Online. 2024. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/>. Acesso em: 25/04/2024.

GOMES, A.; DE OLIVEIRA JÚNIOR, P. S.; KRUEGER, C. P. Posicionamento pelo GNSS via smartphones: breve histórico e contextualização de novas ferramentas e tecnologias. Revista Brasileira de Cartografia, [S. l.], v. 74, n. 3, p. 518-535, 2022. DOI: 10.14393/rbcv74n3-64507. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistabrasileiracartografia/article/view/64507>. Acesso em: 20 abr. 2024.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (org.). LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do CONSUMIDOR QUANTO AO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS. Revista de Direito do Consumidor, vol. 102/2015, p. 19-43, 2015.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BARBOSA, Daniel Marchionatti. Dados digitais: interceptação, busca e apreensão e requisição. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos et. al. (coord.) Direito, Processo e Tecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

PARÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0000613-07.2022.5.08.0000. Relator: Des. Carlos RODRIGUES ZAHLOUTH JUNIOR. Julgado em 07/12/2023. Disponível em: https://www.trt8.jus.br/sites/portal/files/pdfs/precedente/precedente_irdr_12_id33405.pdf

PAULA, Victor Augusto Lima de. Globalização, Direito e internet: Constatações e perspectivas. Revista Jurídica, UNICURITIBA, v. 1, n. 38, p. 260 - 279, 2015. ISSN 0103-3506. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1282>. Acesso em: 09 maio 2024.

PINHEIRO; Guilherme Pereira; PINHEIRO Alexandre Pereira. Covid-19 e geolocalização: entre a saúde e a proteção de dados pessoais. Revista Jurídica da Presidência. vol.24, nº 132, p.245-268, 2020.

QUITO, Carina. As quebras de sigilo telemático no processo penal e o paradoxo do acesso irrestrito às comunicações armazenadas. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos et. al. (coord.) Direito, Processo e Tecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

ROSA, Leonardo Gomes Penteado. GPS, Privacidade e Judiciário: Breve análise de DECISÃO DA SUPREMA CORTE DOS EUA. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 105/2013, p. 363-374, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1003175-81.2023.8.26.0356. 17ª Câmara de Direito Privado. Relator: Luís H. B. Franzé. Julgado em: Consultas de jurisprudência. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 08/05/2024.

SMANIO, Gianluca Martins. A busca reversa por dados de localização na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Análise crítica do RMS 61.302/RJ. Revista Brasileira de Ciências Policiais. vol. 12/2021, p.49-76, 2021.

AUTORES

André Simoni e Gusmão

andre.simoni@adv.oabsp.org.br

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Advogado especialista em direito digital, regulatório e compliance. Graduado pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pós-graduado em Compliance pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Integrante do programa de Mestrando Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

<http://lattes.cnpq.br/4419403702641625>

Manoel Gomes Silva Neto

manoel.gomes@aasp.org.br

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Advogado. Pós-graduado em Direito Processual Civil Aplicado pela EBRADI/IBDP (2021); e em Direito Contratual, pela PUC/SP (2012). Mestre em em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

<http://lattes.cnpq.br/9456785404226383>

AS SUCESSIVAS EMENDAS AMEAÇAM O NÚCLEO ESSENCIAL DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA?

DO SUCCESSIVE AMENDMENTS THREATEN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL CORE?

AUTORES

Rafael Silveira e Silva
Guilherme Baena

RESUMO

Depois de mais de uma centena de emendas à Constituição promulgadas pelo Congresso Nacional. No entanto, esse número não explica de que forma essas alterações impactaram a nossa Lei Maior. O presente trabalho analisa as mudanças que foram realizadas pelas emendas na Constituição Federal, em seu aspecto quantitativo e qualitativo, a fim de entender se, apesar do alto número de emendas, é possível reconhecer uma essência da constituição que está ainda preservada. A pesquisa levantou dados sobre todos os artigos da constitucional que sofreram emendamento, utilizando-se da elaboração e da aplicação da taxa de cristalização, indicativa do grau de perenidade do texto constitucional; foi feita também uma análise qualitativa das emendas, utilizando-se o método de Richard Albert de classificação da mudança promovida pelas emendas à constituição, para também entender o sentido dado pelas emendas e quanto à evolução do texto. Conclui-se que a Constituição brasileira foi preservada na sua essência, visto que a grande maioria das emendas apenas corrigiu ou aperfeiçoou o texto original, e um pequeno quantitativo desfez partes do projeto do constituinte de 1988.

Palavras-chave: Constituição Federal; emendas; análise de dados; direito constitucional comparado.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution has undergone more than a hundred amendments at the hands of Congress. However, this figure does not provide insight into the impact of these changes on the fundamental principles enshrined in the Constitution. This paper employs a quantitative and qualitative analysis of the amendments to the Federal Constitution in order to ascertain whether, despite the high number of amendments, it is possible to identify an underlying essence of the Constitution that has remained intact. The research gathered data on all the articles of the constitution that have been amended, using the crystallization rate, which indicates the degree of permanence of the constitutional text. Additionally, a qualitative analysis of the amendments was conducted, employing Richard Albert's method of classifying the changes promoted by the amendments to the constitution, with the objective of elucidating the meaning imparted by the amendments and the evolution of the text. The conclusion is that the essence of the Brazilian Constitution has been preserved, as evidenced by the fact that the majority of amendments merely corrected or improved the original text, while a small number undid parts of the 1988 constituent project.

Palavras-chave: Federal Constitution; amendments; data analysis; comparative constitutional law.

INTRODUÇÃO

Muito se diz que a Constituição Federal de 1988 já foi diversas vezes alterada desde sua promulgação. Embora isso possa ser verdade do ponto de vista numérico – ou seja, do quantitativo de emendas –, nem sempre o impacto das mudanças na estrutura principal do texto constitucional é abordado. Essa observação não é trivial, visto que a aparente excessiva mutabilidade da Constituição Federal gera questionamentos em relação à sua eficácia, estabilidade e até mesmo legitimidade (não raras vezes com atores políticos desejando uma nova constituição).

Assim, parece ser importante que a análise das emendas à Constituição Federal não se limite apenas à questão da quantidade, mas também da qualidade dessas mudanças. Ora, uma constituição tem como propósito ser a fundação do Estado, o ponto de apoio; temas que ultrapassem essa função não impactam a arquitetura estatal, não interferem no seu funcionamento. **Após tantas emendas aprovadas, a estrutura essencial da Constituição promulgada em 1988 foi substancialmente alterada?**

A análise que será feita nesse trabalho não se limita somente à organização dos Poderes ou forma de governo, mas olha todo o texto constitucional em busca dos elementos que parecem requerer atenção constante do legislador ordinário. Seria essa atuação legislativa intensa uma maneira de o Congresso Nacional tentar responder às necessidades de mudança da sociedade brasileira?

Por isso a investigação deve ser detalhada, e será feita aqui com levantamento de dados que vão além do simples aspecto numérico ordinal das emendas. Quais artigos foram mais modificados, quais temas foram recorrentes nas emendas, quais delas se limitaram a pequenas ou supérfluas modificações, e quais promoveram as maiores alterações, ou mesmo quais partes do texto se estabilizaram ao longo desses mais de trinta anos são questões fundamentais para que seja possível entender o escopo das mudanças por que passou a Constituição Federal.

1. Constituição perene ou inconstante?

Desde que foi promulgada, a Constituição Federal foi alvo de inúmeras críticas acerca da extensão do seu texto (VIEIRA; BARBOSA, 2018) e, posteriormente, com o percebido excesso de emendas. Três décadas após sua edição, coleciona mais de uma centena delas, sendo certo que seu texto ganhou um tamanho ainda maior (ARANTES; COUTO, 2019). No entanto, as críticas parecem sempre focar na dimensão numérica das emendas, e não no conteúdo ou nos efeitos práticos desse processo.

Ao completar trinta anos em 2018, por exemplo, vários debates foram feitos acerca da quantidade de vezes em que a Constituição Federal foi emendada, o que demonstraria uma falha fundamental da sua redação original, quando não uma falência de propósito do texto constitucional (VIEIRA; BARBOSA, 2018). No entanto, sem uma análise por- menorizada do que ocorreu nos últimos anos, não é possível determinar o real problema para além da quantidade de vezes em que houve emendamento. Se não é possível dizer que todas as emendas têm o mesmo peso (e certamente não têm), então a busca por dados poderá mostrar um outro cenário.

A polêmica das constantes mudanças da Constituição Federal parece ser o tema do dia há anos, seja na academia, seja em debates eleitorais, seja na imprensa; recorrentemente, há quem defenda uma nova Carta Magna. No entanto, é necessário aprofundar o assunto, pois de que forma se pode dizer que a Constituição Federal foi muito alterada sem que se saiba a qualidade dessas mudanças? Igualmente, uma nova constituição de nada adiantará se forem repetidos os mesmos supostos erros na nova Carta, ou seja, se não forem identificados os possíveis pontos fracos da atual. Afinal, não nos servirá uma nova constituição que seja bem menor se, passados muitos anos, a ela forem acrescidos inúmeros outros artigos.

Como ponto principal de qualquer sistema jurídico, as constituições são feitas para durar um longo tempo, possivelmente séculos. Ainda assim, um bom constituinte originário entende que tal obra não pode ficar congelada no tempo, e que sua adaptabilidade é condição necessária para sua permanência (MAUÉS, 2020, p. 2). Isso se verifica nas principais constituições do mundo, ora sendo alteradas por meio de emenda, ora por meio de interpretação judicial (LUTZ, 1994, p. 355). No Brasil, o fenômeno do emendamento parece ser singular, visto que até o ano de 2023 já se contabilizavam 128 emendas, além das 6 emendas de revisão. A Constituição da República acaba, então, por não ser promulgada com um texto definitivo, mas é construída ao longo dos anos por várias legislaturas diferentes, algo que nos remete às catedrais europeias, cujas construções levam séculos e são obra de muitas gerações, num lento e contínuo processo de aprimoramento e refazimento.

No entanto, o caso brasileiro está longe de ser o único. A Constituição do México, de 1917, é considerada a mais emendada do mundo, contabilizando 737 reformas até o ano de 2020. No cenário mexicano, esse fenômeno decorre da interação entre Judiciário e Legislativo, de maneira que, conforme a diversidade e o número de decisões vinculantes da Suprema Corte aumentam, mais emendas são aprovadas. Dessa forma, a atuação do órgão de cúpula do Judiciário mexicano não apenas aplica a constituição, mas também acaba fazendo uma revisão dela (POZAS-LOYO; SAAVEDRA-HERRERA; POU-GIMÉNEZ, 2022, p. 1). Portanto, não é pelo fato de uma constituição ser antiga que necessariamente ela terá poucas emendas, ou que seu texto se encontra estável o suficiente para que o emendamento seja baixo.

Também nos EUA se observa o mesmo. Muitas vezes se tem impressão de que, por contar oficialmente apenas 27 emendas em 234 anos, ela foi pouco alterada, e que a prática americana é de não se mexer no texto constitucional. Na verdade, a dificuldade de emendamento formal imposta pelo art. V daquela constituição é tão grande que outros caminhos tiveram de ser utilizados para que a sociedade não se desentendesse da norma fundamental. Por conta disso, diversas mudanças foram feitas fora do rito de emenda e sem alteração do texto, por meio de leis e decisões judiciais (STRAUSS, 2000, pp. 1469-1473).

Outro aspecto que ocorre nos EUA é que a Constituição Federal é tão sucinta que se assemelha mais com um tratado internacional do que com um texto fundamental do país. Se por um lado a Carta estadunidense é lacônica, por outro são as constituições estaduais que se aproximam da regra mais usual de textos maiores e muitas vezes emendados. Apenas a título de exemplo, utilizando-se a notação [nº de const. que o estado teve/idade da const. atual/nº de emendas da const. atual]: Alabama (6/90/726), Arizona (1/79/109), Califórnia (2/112/471), Maryland (4/124/200), Massachusetts (1/211/116), Nova York (4/96/207), Carolina do Sul (7/95/463), e Texas (5/115/326)⁴ (LUTZ, 1994, p. 367).

A primeira questão que deve ser compreendida é a razão do texto constitucional brasileiro ser tão grande. A atual Constituição Federal foi fruto de um compromisso de forças políticas antagônicas, de maneira que muitos interesses corporativistas e sociais⁵ acabaram sendo inseridos no texto a fim de que tivessem proteção constitucional, visto que havia um sentimento de grande desconfiança em relação às forças políticas futuras (VIEIRA; BARBOSA, 2018, pp. 135-136). Dessa percepção de que o texto final deveria conter o máximo de garantias resultou a maior constituição que o país já teve.

Tome-se o art. 5º, por exemplo. Nele estão previstos os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos, com extensão de setenta e oito incisos. Visou-se proteger uma ampla gama de direitos, uma espécie de “super” *bill of rights*, traduzindo bem o clima pós-regime militar. O tamanho alongado do artigo 5º é representativo do sentimento que havia na Assembleia Constituinte de inserir no texto magno tantas proteções quanto fosse possível, evitando-se um novo episódio de ruptura institucional e de violação de direitos básicos.

O que ocorre no art. 5º não é fenômeno isolado, no entanto. Por todo o texto constitucional encontram-se artigos extensos e detalhistas, justamente por conta do ambiente de desconfiança política. Com as emendas à Constituição Federal não é diferente. Desde 1992, praticamente em todos os anos o texto foi emendado. A aparente necessidade de o Congresso Nacional voltar constantemente ao processo constituinte parece estar ligada à inscrição de políticas públicas na Constituição Federal, para além da tradicional estruturação do Estado (ARANTES; COUTO, 2019). Como políticas públicas variam de governo para governo, então naturalmente a carta política brasileira precisaria ser recorrentemente emendada.

Esse processo de emendamento, inclusive, não apenas alterou o texto original, mas também significou um aumento substancial de tamanho; segundo Arantes e Couto, a Constituição Federal estava 44% maior em 2018 do que em 1988 (ARANTES; COUTO, 2019). Dito de outra forma, os legisladores nacionais parecem persistir em desconfiar das forças políticas e continuam a entrincheirar garantias e objetivos no Texto Magno, algo que contraria a noção de que uma constituição originalmente menor não sofreria desse mesmo excesso de emendas.

Aliás, e é bom que se diga, um texto menor e principiológico - como defendido por alguns - não necessariamente levaria a um resultado melhor. Ginsburg *et al* apontam justamente o contrário: constituições mais detalhadas e que contemplam interesses mais amplos tendem a durar mais do que constituições menores e generalistas (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 8). Nesse sentido, a constituição brasileira contou com ampla participação popular na primeira fase de sua confecção (VIEIRA, 2018, pp. 135- 149), algo que alguns entendem ser essencial quando do exercício do

poder constituinte originário (ROZNAI, 2017, pp. 24-25).

Outra característica particular do processo constituinte derivado no Brasil é a judicialização das emendas. Apesar de não ser recorrente, a análise das emendas pelo Supremo Tribunal Federal – STF é relativamente esperada após a promulgação, o que de fato ocorreu em 35 emendas até 2018 (OLIVEIRA; ARGUELHES, 2021, p. 3). A grande maioria dessas se refere a emendas consideradas de políticas públicas, o que reforça o argumento de que a Constituição não teve seu núcleo essencial significativamente alterado.

Enquanto Arantes e Couto classificam as emendas nos tipos *polity* (referentes às estruturas do Estado) e *policy* (referentes a políticas públicas), Maués as separa pelo título alterado na Constituição Federal. Com sua divisão, o título mais emendado é o da Tributação e Orçamento, objeto de 41 emendas (MAUÉS, 2020, p. 21). No entanto, essas classificações não respondem algumas questões, como: 1) quais dos dispositivos alterados se consolidaram ao longo do tempo – ou seja, tiveram seu texto estabilizado após algumas mudanças e não foram objeto de novas emendas –, e 2) quais emendas menos acarretaram mudanças na estrutura do texto, bem como quais impactaram mais. Isso, porque grande quantidade de emendas que alteram características laterais da Constituição Federal mostra mais uma pré-disposição política em aparentar a realização de mudanças do que querer, de fato, implementá-las, por exemplo.

Por isso, a proposta que aqui se delineia é ir a fundo na produção de dados e encontrar uma definição de qual seriam os pontos do texto constitucional que se tornaram essenciais para o funcionamento do país. Parece paradoxal que uma das constituições mais longevas do período republicano seja constantemente emendada, mas talvez essa seja parte de sua força, que pode ser um sinal de que as mudanças sociais pelas quais o Brasil passou desde a redemocratização necessitam de atenção renovada periodicamente.

2. Da natureza das emendas

O poder de emenda às constituições tem sido objeto de dedicação de juristas desde que as primeiras constituições codificadas foram promulgadas. De fato, a Constituição dos Estados Unidos da América surge exatamente em um contexto de revisão dos Artigos da Confederação, que exigiam a aprovação unânime do Congresso para que pudessem ser emendados (OSTROM; ALLEN, 2008, p. 7). Essa foi uma das principais inovações dos Artigos da Confederação, que derivou da tradição colonial de convenções, a qual entendia ser necessário haver um mecanismo para corrigir eventuais falhas apontadas nos textos legais (OSTROM; ALLEN, 2008, p. 7).

A razão de haver uma possibilidade de emenda ao texto constitucional era baseada na ideia de soberania popular. Nessa concepção, os instrumentos constitucionais eram fruto da vontade do povo e por ele poderiam ser reescritos quando assim quisesse. Daí decorre que as constituições estaduais americanas, a exemplo dos Artigos da Confederação, deveriam ser escritas por uma convenção eleita para esse fim, sendo o documento gerado posteriormente ratificado pelo povo (LUTZ, 1994, pp. 355-356). Essa mesma noção de poder popular é traduzida na França pelo abade Sieyès, em sua obra *O Que é o Terceiro Estado*, escrita pouco antes da Revolução Francesa. Nela, defendia haver um Poder Constituinte (*pouvoir constituant*) ilimitado e soberano, decorrente da vontade popular, e um Poder Constituído (*pouvoirs constitués*), cuja capacidade de agir é limitada pelo constituinte. Este poder deve ser exercido por uma assembleia escolhida popularmente, em que representantes extraordinários agem em nome da Nação (KLEIN, 1978, pp. 210-211).

Além do princípio da soberania popular, o poder de emendamento era embasado em três princípios centrais do pensamento americano dos anos de 1770: a natureza humana imperfeita, porém educável, a eficácia do processo deliberativo e a distinção entre legislação ordinária e matérias constitucionais (LUTZ, 1994, p. 356).

O primeiro princípio se baseia na ideia de falibilidade das pessoas; por isso, o governo popular deve refletir essa característica da natureza humana. Entendia-se que cada instituição governamental tem um aspecto de experimentação e que, portanto, elas poderiam ser aperfeiçoadas quando isso se mostrasse necessário, devendo a constituição conter mecanismos para que o povo pudesse efetuar tais mudanças. Já o segundo princípio é o da necessidade de um processo deliberativo, de forma que decisões coletivas sejam feitas com eficiência. Deste princípio advém o entendimento de que quanto mais essencial a matéria a ser analisada, maior a deliberação que deve ocorrer antes dessa decisão. Por último, o terceiro princípio informa que temas constitucionais são mais importantes do que a legislação ordinária e, por isso, não só o processo de deliberação daquele tipo legislativo deve ser mais demorado, mas também a forma de aprovação das emendas à constituição deve prever um regime mais complexo (LUTZ, 1994, pp. 356-357).

O processo de emenda de uma constituição surge e se justifica, então, pela necessidade de serem feitos ajustes ao texto constitucional para que ele legitimamente corresponda às expectativas da população. Uma constituição nada mais é do que um contrato - como diziam os adeptos da teoria contratualista - entre os membros de determinada comunidade nacional, cujo fim visa a que se organize o exercício do poder, limitando-o e orientando-o como deve agir para alcançar os objetivos propostos na lei fundamental. Dessa forma, a constituição é, a um só tempo, o início (ou a fundação) da ordem jurídica e também seu ponto final (ou teto), de onde as leis começam e ao mesmo tempo o limite de onde elas não podem passar.

Observa-se que a natureza do poder de emenda nasceu dentro de um debate de como deve ser exercido o poder constituinte, se deveria haver uma simetria entre a forma de se escrever uma constituição e a maneira de alterá-la. Enquanto há uma corrente que entende que o poder de emenda serve apenas para meras correções de rumo – vedada a alteração substancial do texto original (*frame of government*) – outra corrente sustenta que não há limitação alguma para que se altere a constituição, sendo o Poder Legislativo livre para proceder às mudanças que julgar necessárias. Como forma de se evitar que a constituição seja pouco a pouco completamente alterada, e até mesmo subvertida em seu sentido original, alguns países recorreram à ideia de cláusulas pétreas, de forma a deixar claro que o poder constituinte derivado não tem competência para mudanças substanciais, e que, portanto, é de fato limitado e exercido em condição de delegação do poder constituinte originário.

A natureza das emendas deve ser bem definida, pois a análise do que consiste essa mudança, ainda mais em países que adotam a revisão judicial, é totalmente dependente do sentido que se dá ao escopo do poder de mudança. Poderia um parlamento escrever uma nova constituição apenas por emendas? Se isso for possível, então não parece haver qualquer supremacia constitucional, e sim um código de leis que têm forma constitucional. Nos parece que não faz sentido que seja assim. Como dito anteriormente, a constituição é a própria origem do sistema jurídico, é o seu começo, e o Poder Legislativo é criação sua, com delimitações claras de como esse poder deve ser exercido. Já o poder constituinte não encontra limites nem fórmulas, pode ser realizado por uma ditadura ou por uma assembleia eleita para tanto. É um poder exercido não com base no Direito (porque criador deste), mas em bases filosóficas e sociais. Já o poder de emenda encontra-se na fronteira do Direito, mas ainda dentro dele.

Assim, é possível entender que a natureza e o poder de emenda não são triviais, ainda mais quando, no Brasil, esse mesmo poder pode parecer banalizado. Antes pelo contrário, o poder de emenda carrega em si uma série de questões históricas que são fundamentais para que se possa compreender seu exercício. Longe de ser um processo legislativo simples, é na verdade uma atuação bem peculiar, pois tem a capacidade de alterar até mesmo o sentido original de uma constituição.

3. Metodologia adotada

Para além da bibliografia consultada, esse trabalho essencialmente focou em levantar dados observados de fontes primárias, nomeadamente, a Constituição Federal de 1988.

Neste trabalho propomos a elaboração do índice e a taxa de cristalização com vistas a indicar o quanto determinado trecho da Constituição Federal está estabilizado no

tempo. Para melhor compreender esse ponto, uma analogia pode ser didática. Se, ao invés de observar as emendas espalhadas pelo texto constitucional, tivéssemos todas elas concentradas em um único artigo, ficaria claro que ele é problemático. Talvez deveria até mesmo ser retirado do texto, haja vista que o restante dos artigos não apresenta qualquer modificação, e, portanto, estão estabilizados (ou seja, não há controvérsia política que leve à alteração desses artigos).

Agora imagine que as mais de cem emendas não recaem em um artigo, mas em três, ou quatro. Novamente, esses artigos mais modificados apresentam baixa estabilidade, enquanto o restante do articulado permanece intacto, com estabilidade máxima. Nesses exemplos, fica claro que o alto número de emendas, por si só, não é um problema, mas, sim, que existem artigos problemáticos, enquanto a quase totalidade da Constituição Federal permanece íntegra.

Assim, é necessário entender melhor como as emendas recaem sobre o texto da CF, para que se possa medir a estabilidade do texto. Há muita alteração em diversos pontos ou elas se concentram em apenas alguns artigos? De forma geral, o quão estável é a Carta de 88? Para medir-se essa estabilidade, foram pensadas duas medidas: índice de cristalização e taxa de cristalização.

O termo “cristalização” visa a indicar o quanto um determinado artigo ou trecho da Constituição Federal está estabilizado; quanto mais modificações o artigo sofreu nos últimos anos, menos estável ele é (menos cristalizado, portanto). Com isso, será feita uma análise apenas quantitativa das mudanças no Texto Magno, algo possivelmente criticável. Afinal, a quantidade de mudanças não pode medir a qualidade delas, o que é verdade. Porém, como alguns argumentos para sustentar que a Constituição Federal perdeu sua adequação justamente pela quantidade de alterações, a métrica objetiva endereçar esse problema específico (a análise qualitativa será feita pela classificação das emendas).

São utilizadas duas medidas: índice e taxa de cristalização. O índice é feito com um cálculo simples: idade da constituição [34 anos]¹ menos o número de emendas que o artigo recebeu. Para o ano de 2023, o índice será máximo quando o resultado for 34. Quanto mais emendas contar o artigo, menor será o índice de cristalização, o que indica uma baixa estabilidade dele. No entanto, o índice tem como valor máximo um número variável, visto que será sempre a idade da Constituição Federal. Isso significa que não será possível uma comparação direta de índices em anos diferentes. Para se corrigir essa distorção, procede-se a uma normalização² da medição, por meio da taxa de cristalização. Ela é calculada subtraindo-se 1 da razão (divisão) entre o número de mudanças e a idade do artigo, chegando-se a um percentual de alterações, que é

¹ Para os efeitos dessa pesquisa, tomamos por data-base o ano de 2023.

multiplicado por 10, resultando na taxa. A fórmula pode ser expressa assim:

$$(1 - (n^{\circ} \text{ de emendas} \div \text{idade do artigo})) \times 10$$

A taxa é máxima quando for igual a 10 (cor verde claro) e mínima quando for 0 (cor vermelha). A legenda e gradação das cores podem ser encontradas nos respectivos apêndices (ver abaixo). Assim, por exemplo:

art. 5º, duas emendas (nº 45/04 e 115/22):

- índice: $34 - 2 = 32$

- taxa: $(1 - (2 \div 34)) \times 10 = 9,4$

Além de permitir a normalização da medida, a taxa também permite calcular melhor a cristalização de artigos que foram criados depois de 1988. Como o índice tem como valor máximo a idade da Constituição Federal, os artigos mais novos ficariam com uma cristalização distorcida, já que eles mesmos não contam 34 anos; a distorção é menor em artigos posteriores a 88 mas que já são antigos (com 10 ou 20 anos de idade), e por isso eles foram incluídos na medição do índice de cristalização. Mas artigos com um ou dois anos de idade, por exemplo, ficaram de fora, visto que a medição pela taxa se mostra mais adequada.

Além da verificação da cristalização, realizamos uma análise qualitativa das emendas, a partir dos títulos da Constituição Federal (Título I - Dos Princípios Fundamentais, Título II, etc.), e para cada um deles foi levantado o número de artigos que o compõe, quantos desses artigos foram modificados, qual o percentual que isso representa, e o número de emendas que cada título sofreu. O mesmo foi feito com cada capítulo que compõe os títulos, as seções que compõem os capítulos, etc. Com isso, é possível saber quais títulos foram os mais emendados, e assim analisar as emendas de cada um.

Para a classificação das emendas foi utilizada a tipologia de Albert (2018), em seu trabalho *Constitutional amendment and dismemberment*. Albert classifica as emendas à constituição em três tipos: emenda corretiva, emenda elaborativa e desmembramento.

Emendas à constituição vêm em dois tipos: elas podem ser ou corretivas ou elaborativas. Devidamente definida, uma emenda à constituição é uma correção feita para melhor atingir o propósito da constituição existente. A 12ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, por exemplo, é corretamente identificada como emenda. (...) A 12ª Emenda foi planejada para reduzir a possibilidade de um empate requerendo que os eleitores diferenciassem suas escolhas para presidente e vice-presidente. **Ela corrigiu um defeito técnico na Constituição original.**

Uma emenda à constituição pode também ser elaborativa. Uma elaboração é uma mu-

dança maior do que uma emenda **na medida em que ela faz mais do que apenas reparar uma falha ou um erro** na constituição. Tal como uma correção, uma elaboração continua o projeto de feitura da constituição em linha com o atual desenho constitucional. Ao invés de reparar um erro na constituição, no entanto, **uma elaboração promove o sentido da constituição tal como ela é atualmente compreendida**. Por exemplo, a 19ª Emenda é melhor entendida como uma emenda elaborativa. (...) A 19ª Emenda proíbe a discriminação de gênero em votações, uma expansão da franquia que não era corretiva no sentido de consertar um defeito de intenção na Constituição, que, contudo, era consistente com uma mera leitura dos direitos de igualdade bem como a configuração existente da Constituição. (ALBERT, 2018, p. 3) (grifamos)

E conforme já foi exposto, sobre o desmembramento:

Um desmembramento constitucional, em contraste, é incompatível com a estrutura existente de uma constituição porque ele pretende atingir um propósito conflituoso. Ele busca deliberadamente desmontar uma ou mais partes elementares de uma constituição. Um desmembramento constitucional altera um direito fundamental, uma estrutura de sustentação, ou uma característica nuclear da identidade de uma constituição. **É uma mudança constitucional entendida pelos atores políticos e pelo povo como sendo inconsistente com a constituição à época em que a mudança é feita**. Em resumo grosseiro, o propósito e o efeito de um desmembramento constitucional são o mesmo: desfazer a constituição. (ALBERT, 2018, p. 4) (grifamos)

Com isso, essas três classificações foram utilizadas para a análise de cada uma das emendas dos títulos da Constituição Federal. A classificação das emendas foi feita segundo a alteração que promoveram, com base na leitura de seu texto, em consultas à justificativa parlamentar apresentada na PEC de origem, e nos pareceres dos relatores durante a tramitação nas comissões das Casas do Congresso Nacional. Buscou-se, assim, entender exatamente qual era a intenção da proposta e porque ela foi apresentada e aprovada, e quais efeitos se buscava com ela.

4. A Constituição e suas emendas: análise das reformas e seus efeitos

4.1 Estabilidade da Constituição, não obstante o quantitativo de emendas

O primeiro aspecto a ser tratado é o efeito prático do grande número de emendas sobre a estabilidade do texto constitucional. Conforme dito anteriormente, é argumento recorrente o de que nossa constituição se mostrou fraca ou que falhou enquanto tal justamente porque já contabilizou (ao tempo que esse trabalho foi escrito) 128 emendas.

Um grande número de emendas não deve necessariamente ser associado a qualquer problema de funcionamento político do país. A Suíça alterou sua constituição praticamente todos os anos desde a entrada em vigor, em 1999, e já conta 41 emendas desde então²; a constituição alemã já foi emendada mais de 60 vezes desde 1949³; a constituição da Áustria já foi emendada 123 vezes desde 1920 (juristas austríacos, no entanto, admitem que esse número pode ser muito maior, chegando a centenas de vezes as mudanças, levando a doutrina local a falar em “constituição estilhaçada” e “falida” (STELZER, 2013, p. 9)).

Igualmente, já se levantou aqui o importante argumento de que o simples quantitativo numérico não indica necessariamente nem que a qualidade das várias mudanças foi significativa, nem que a constituição brasileira foi totalmente reescrita em decorrência de terem sido muitas as emendas. Dito isto, analisemos as emendas em seu aspecto quantitativo. Para que seja identificada a estabilidade de um artigo, foi observada quantas vezes ele foi emendado. Naturalmente, um artigo que é recorrentemente alterado apresenta baixa estabilidade, já que sucessivas reformas indicam que, ao menos do ponto de vista político, ele não parece estar adequado. Novamente, se o problema da constituição é sua alta taxa de mudança, então o mesmo vale para os artigos que a compõem.

A partir da análise do grau de perenidade, conseguimos sintetizar a constituição quanto ao índice e a taxa de cristalização, conforme Quadro 1.

Como é possível observar, a grande maioria dos artigos da Constituição Federal se mostram com altos índice e taxa de cristalização (predomínio de cor verde). Dado que a maior parte dos artigos foi emendada poucas vezes, o alto número de emendas acaba se diluindo pelo texto, que conta, ele mesmo, com muito mais artigos do que existem de emendas. Há pontos de concentração, que podem indicar algum tipo de problema, mas o restante dos artigos sofreu poucas emendas ao longo da vida.

Observando apenas o índice de cristalização, mais artigos aparecem nas cores amarela ou vermelha, pois a escala dessa medida é relativa ao tempo de vida da Constituição Federal, e tem como menor valor a menor cristalização aferida em todos os artigos. Isso permite que se tenha uma classificação relativa, ou seja, que se possa entender como se apresenta a estabilidade dos artigos, uns em relação aos outros.

Nesse aspecto, chama a atenção os seguintes artigos:

- art. 21 (7 emendas): competências da União;
 - art. 29 (5 emendas): disposição sobre eleição de prefeito e vice, número de vereadores nas câmaras municipais, remuneração de vereadores;
 - art. 37 (9 emendas): disposições gerais da Administração Pública;
 - art. 40 (6 emendas): previdência social dos servidores públicos;
 - art. 42 (5 emendas): militares dos estados, DF e territórios;
 - art. 100 (7 emendas): precatórios;
 - art. 155 (5 emendas): impostos de estados e DF;
 - art. 159 (5 emendas): repartição de receitas tributárias;
 - art. 167 (9 emendas): vedações nas leis orçamentárias;
 - art. 198 (6 emendas): diretrizes do SUS, regras de investimento mínimo na saúde pública, piso salarial para profissionais de saúde.

Quadro 1 – Cristalização e perenidade da Constituição brasileira

Art.	Índice	Art.	Índice	Art.	Índice	Art.	Índice	Art.	Índice	Art.	Índice	Art.	Índice	Art.	Índice
1	34	34	32	68	34	102	30	132	33	163-A	0	188	34	219-A	0
2	34	35	33	69	34	103	31	133	34	164	34	189	34	219-B	0
3	34	36	33	70	33	103-A	33	134	31	164-A	0	190	34	220	34
4	34	37	25	71	34	103-B	31	135	33	165	30	191	34	221	34
5	32	38	32	72	34	104	31	136	34	166	31	192	32	222	33
6	30	39	32	73	32	105	30	137	34	166-A	0	193	33	223	34
7	30	40	28	74	34	106	34	138	34	167	25	194	32	224	34
8	34	41	33	75	34	107	32	139	34	167-A	0	195	30	225	32
9	34	42	29	76	34	108	34	140	34	167-B	0	196	34	226	33
10	34	43	34	77	33	109	32	141	34	167-C	0	197	34	227	33
11	34	44	34	78	34	110	34	142	30	167-D	0	198	28	228	34
12	31	45	34	79	34	111	32	143	34	167-E	0	199	34	229	34
13	34	46	34	80	34	111-A	32	144	31	167-F	0	200	33	230	34
14	32	47	34	81	34	112	32	145	34	167-G	0	201	30	231	34
15	34	48	30	82	32	113	33	146	33	168	32	202	32	232	34
16	33	49	32	83	34	114	32	146-A	33	169	32	203	33	233	33
17	31	50	33	84	31	115	31	147	34	170	32	204	33	234	34
18	33	51	33	85	34	116	33	148	34	171	33	205	34	235	34
19	34	52	30	86	34	117	33	149	30	172	34	206	31	236	34
20	32	53	33	87	34	118	34	149-A	34	173	33	207	33	237	34
21	27	54	34	88	33	119	34	150	31	174	34	208	31	238	34
22	30	55	32	89	34	120	34	151	34	175	34	209	34	239	33
23	32	56	34	90	34	121	34	152	34	176	33	210	34	240	34
24	33	57	32	91	33	122	34	153	32	177	31	211	30	241	33
25	33	58	34	92	32	123	33	154	34	178	33	212	30	242	34
26	34	59	34	93	30	124	34	155	29	179	34	212-A	0	243	33
27	32	60	34	94	34	125	33	156	30	180	34	213	33	244	34
28	32	61	32	95	32	126	33	157	34	181	34	214	33	245	34
29	29	62	33	96	32	127	32	158	32	182	34	215	33	245	34
29-A	32	63	34	97	34	128	32	159	29	183	34	216	33	246	33
30	33	64	33	98	32	129	33	160	31	184	34	216-A	0	247	34
31	34	65	34	99	33	130	34	161	34	185	34	217	34	248	34
32	33	66	32	100	27	130-A	33	162	34	186	34	218	33	249	34
33	34	67	34	101	33	131	34	163	32	187	34	219	33	250	34

Índice	34	33	32	31	30	29	28	27	26	25	<25
Taxa	10	9	8	7	6	5	4	3	2	1	0

A baixa estabilidade desses artigos indica que, possivelmente, a matéria por eles tratada poderia ser objeto de lei ordinária, ou pelo menos lei complementar (exceto as competências da União, que devem estar na Constituição Federal por ser questão federativa). Isso porque são matérias claramente revisitadas com frequência pelo Parlamento, o que a boa prática legislativa indica que seja preferível ser deixado para leis (como é o caso, por exemplo, das leis orçamentárias).

Mas sozinhos esses artigos respondem por poucas emendas, como pode ser observado no Quadro 2. Vê-se que quarenta por cento da Constituição Federal, próximo da metade, está intacto. De resto, quase 30% foram modificados uma vez, e metade disso foi modificado até duas vezes. Logo, 113 artigos foram modificados até no máximo duas vezes, o que representa 47,7% dos artigos da constituição (ou seja, a quase outra metade do todo).

Quadro 2

Não modificados	116 artigos	42,8%
Modificados até 1x	72 artigos	26,6%
Modificados até 2x	41 artigos	15,1%
Modificados até 3x	15 artigos	5,5%
Modificados até 4x	16 artigos	5,9%
Modificados até 5x	4 artigos	1,5%
Modificados até 6x	2 artigos	0,7%
Modificados até 7x	2 artigos	0,7%
Modificados até 8x	0 artigos	0%
Modificados até 9x	2 artigos	0,7%

Esses dados corroboram o que está no quadro 1, pois grande parte dos artigos da Constituição Federal está estabilizada, ou por não ter sido reformada, ou por ter sido modificada muito poucas vezes. Os artigos com baixa estabilização (problemáticos, por assim dizer) representam apenas 3,6% do total (10 artigos), quantitativo ínfimo frente aos 271 artigos na Constituição Federal.

Há uma dispersão grande de emendas ao longo do quadro, indicando que elas estão bem distribuídas pelo texto constitucional. E não só poucos artigos modificaram de maneira extensa a Constituição Federal, mas isso ocorreu também em poucos anos². Em especial, 1998 foi o ano da reforma administrativa realizada pela Emenda nº 19/98, enquanto 2004 foi o ano da reforma judiciária realizada pela Emenda nº 45/04. Por outro lado, em seis anos não houve qualquer modificação, e em dezessete anos houve cinco modificações ou menos, por exemplo. Com uma média de 9,6 modificações por ano em 34 anos, 22 anos (65%) estão abaixo dessa média.

² Os anos de 1998 (51 modificações), 2003 (25 modificações), 2004 (30 modificações), 2019 (25 modificações), 2021 (23 modificações), e 2022 (21 modificações).

Quadro 3

Índice	Percentual
34	44,6%
33	20,7%
32	14,4%
31	5,5%
30	5,9%
29	1,5%
28	0,7%
27	0,7%
26	0,0%
25	0,7%
<25	0,0%

Pouco mais de 40% da constituição tem cristalização (ou seja, estabilização) máxima. Apesar da proximidade desses dados, é importante estabelecer a diferença entre mera modificação e a cristalização. Naquela, mede-se apenas o valor absoluto de mudanças, enquanto nesta se leva em conta a idade do dispositivo junto com as mudanças. Um artigo que tenha sido emendado 9 vezes em nove anos terá uma cristalização muito baixa; um artigo emendado 9 vezes em cem anos terá uma cristalização extremamente alta.

Pode-se agrupar os artigos e seus índices em três categorias (alta, média e baixa cristalização), em que os três maiores índices são considerados alta cristalização, os três seguintes são considerados média cristalização e os demais baixa cristalização³. Esse agrupamento foi conforme quadro 4:

Quadro 4

Grupo	Percentual
Índices altos	79,7%
Índices médios	12,9%
Índices baixos	2,2%

Dessa forma, é possível concluir que a maior parte do texto constitucional encontra-se com alta cristalização, e apenas 2,2% dos artigos têm baixa cristalização.

³ Assim, artigos com índice 34, 33 e 32 são agrupados em alta cristalização (índices altos), artigos com índice 31, 30 e 29 são agrupados em média cristalização (índices médios) e artigos com índice 28, 27, 26, 25 ou menores são agrupados em baixa cristalização (índices baixos).

Um problema que o índice apresenta é a sua variabilidade, visto que seu valor máximo e mínimo flutua em decorrência do ano em que se faz a medição. Como a cada ano a idade da Constituição Federal aumenta, o valor máximo do índice também irá aumentar. Por outro lado, o valor mínimo é sempre o menor aferido em toda a série analisada em determinado ano, e por isso também pode flutuar durante o levantamento dos dados. Assim, torna-se difícil ou até impossível comparar a cristalização em anos diferentes. Acrescente-se a isso a opção, neste estudo, de não ser medida a cristalização dos artigos que tenham menos de dez anos, já que eles são muito mais novos do que os artigos com 34 anos. Dessa forma, tentou-se evitar uma distorção da aferição total de cristalização feita nos quadros 2 e 3.

Para contornar esses problemas, foi utilizada a taxa de cristalização. Como ela trabalha com valores máximo e mínimo fixos (escala de 0 a 10), não há óbice a que seja feita uma comparação entre anos diferentes. Igualmente, artigos que ficaram de fora do índice de cristalização são incluídos na taxa, já que ela integra ao seu cálculo a idade do artigo específico. Os resultados apenas da taxa são recuperados no quadro 5.

Quadro 5 - Artigos e respectivas taxas de cristalização

Art.	Índice	Art.	Índice	Art.	Índice	Art.	Índice	Art.	Índice	Art.	Índice	Art.	Índice	Art.	Índice
1	10,0	34	9,4	68	10,0	102	8,8	132	9,7	163-A	10,0	188	10,0	219-A	10,0
2	10,0	35	9,7	69	10,0	103	9,4	133	10,0	164	10,0	189	10,0	219-B	10,0
3	10,0	36	9,7	70	9,7	103-A	10,0	134	9,1	164-A	10,0	190	10,0	220	10,0
4	10,0	37	7,4	71	10,0	103-B	8,9	135	9,7	165	8,8	191	10,0	221	10,0
5	9,4	38	9,4	72	10,0	104	9,4	136	10,0	166	9,1	192	9,4	222	9,7
6	8,8	39	9,4	73	9,4	105	8,8	137	10,0	166-A	10,0	193	9,7	223	10,0
7	8,8	40	8,2	74	10,0	106	10,0	138	10,0	167	7,4	194	9,4	224	10,0
8	10,0	41	9,7	75	10,0	107	9,4	139	10,0	167-A	10,0	195	8,8	225	9,4
9	10,0	42	8,5	76	10,0	108	10,0	140	10,0	167-B	10,0	196	10,0	226	9,7
10	10,0	43	10,0	77	9,7	109	9,4	141	10,0	167-C	10,0	197	10,0	227	9,7
11	10,0	44	10,0	78	10,0	110	10,0	142	8,8	167-D	10,0	198	8,2	228	10,0
12	9,1	45	10,0	79	10,0	111	9,4	143	10,0	167-E	10,0	199	10,0	229	10,0
13	10,0	46	10,0	80	10,0	111-A	8,9	144	9,1	167-F	10,0	200	9,7	230	10,0
14	9,4	47	10,0	81	10,0	112	9,4	145	10,0	167-G	10,0	201	8,8	231	10,0
15	10,0	48	8,8	82	9,4	113	9,7	146	9,7	168	9,4	202	9,4	232	10,0
16	9,7	49	9,4	83	10,0	114	9,4	146-A	10,0	169	9,4	203	9,7	233	9,7
17	9,1	50	9,7	84	9,1	115	9,1	147	10,0	170	9,4	204	9,7	234	10,0
18	9,7	51	9,7	85	10,0	116	9,7	148	10,0	171	9,7	205	10,0	235	10,0
19	10,0	52	8,8	86	10,0	117	9,7	149	8,8	172	10,0	206	9,1	236	10,0
20	9,4	53	9,7	87	10,0	118	10,0	149-A	10,0	173	9,7	207	9,7	237	10,0
21	7,9	54	10,0	88	9,7	119	10,0	150	9,1	174	10,0	208	9,1	238	10,0
22	8,8	55	9,4	89	10,0	120	10,0	151	10,0	175	10,0	209	10,0	239	9,7
23	9,4	56	10,0	90	10,0	121	10,0	152	10,0	176	9,7	210	10,0	240	10,0
24	9,7	57	9,4	91	9,7	122	10,0	153	9,4	177	9,1	211	8,8	241	9,7
25	9,7	58	10,0	92	9,4	123	9,7	154	10,0	178	9,7	212	8,8	242	10,0
26	10,0	59	10,0	93	8,8	124	10,0	155	8,5	179	10,0	212-A	10,0	243	9,7
27	9,4	60	10,0	94	10,0	125	9,7	156	8,8	180	10,0	213	9,7	244	10,0
28	9,4	61	9,4	95	9,4	126	9,7	157	10,0	181	10,0	214	9,7	245	10,0
29	8,5	62	9,7	96	9,4	127	9,4	158	9,4	182	10,0	215	9,7	245	10,0
29-A	9,1	63	10,0	97	10,0	128	9,4	159	8,5	183	10,0	216	9,7	246	9,6
30	9,7	64	9,7	98	9,4	129	9,7	160	9,1	184	10,0	216-A	10,0	247	10,0
31	10,0	65	10,0	99	9,7	130	10,0	161	10,0	185	10,0	217	10,0	248	10,0
32	9,7	66	9,4	100	7,9	130-A	9,5	162	10,0	186	10,0	218	9,7	249	10,0
33	10,0	67	10,0	101	9,7	131	10,0	163	9,4	187	10,0	219	9,7	250	10,0

Por ter um caráter absoluto (em contraposição ao caráter relativo do índice), os valores da taxa mostram uma constituição ainda mais cristalizada, com nenhum valor abaixo de 6 (quadro 5).

Nessa métrica é possível, também, se incluir os artigos mais novos e que ficaram de fora do índice. Assim, o percentual de dispositivos com valor máximo aumentou, chegando a 50,6% da Constituição Federal. Isso ocorre porque todos os artigos novos “nas- cem” com taxa máxima. Como todo ato legislativo que não é temporário tem presunção de

definitividade, atribui-se aos artigos novos a cristalização máxima, que diminui conforme eles são emendados. O mesmo vale para a própria constituição que, ao ser promulgada, “nasce” inalterada. Somente quando ela sofre a primeira emenda é que sua cristalização (estabilidade) diminui.

Com esses resultados, reforça-se a conclusão de que parte significativa do texto constitucional está cristalizada, e que um quantitativo menor é que se mostra mais fugaz.

Quadro 5

Taxa	Percentual
10	50,6%
9,9 a 9	39,1%
8,9 a 8	8,9%
7,9 a 7	1,5%
6,9 a 6	0%
5,9 a 5	0%
4,9 a 4	0%
3,9 a 3	0%
2,9 a 2	0%
1,9 a 1	0%
0,9 a 0	0%

Por outro lado, chama a atenção de como a quantidade das emendas tem aumentado. Com isso, a taxa de emendamento da Constituição Federal também aumentou nas últimas três décadas, conforme se observa gráfico a seguir:

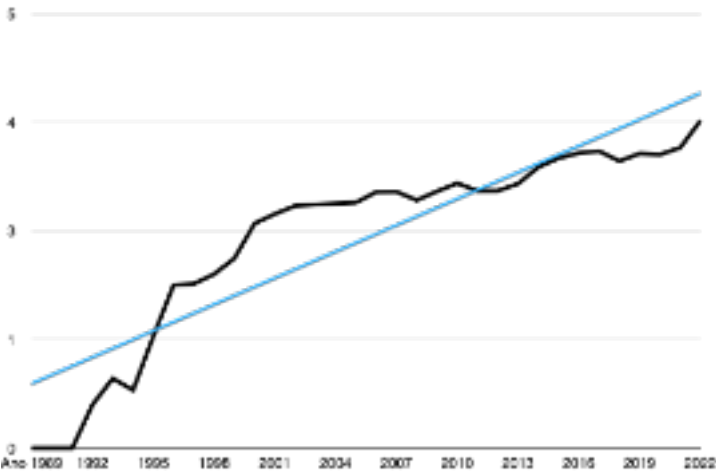


Gráfico 1 - Taxa de emendamento e linha de tendência.

Em 2023, a Carta de 88 atingiu o índice de 3,76, o mais alto da série histórica. Lutz (1994) comparou alguns países e suas taxas de emendamento, que, apesar de provavelmente estarem defasadas (o estudo é de 1994), podem ser visualizadas no quadro 6.

Quadro 6 - Taxas para o ano de 1994

País	Taxa
Austrália	0,9
Dinamarca	0,17
Áustria	6,3
França	0,19
Alemanha	2,91
Islândia	0,21
Índia	7,29
Japão	0
Nova Zelândia	13,42
Portugal	6,67
Suécia	4,72
Estados Unidos	0,13
Reino Unido*	7,5+
média mundial	2,54

A taxa do Reino Unido ainda era uma estimativa no trabalho. Ainda assim, observa-se como o Brasil está bem acima de alguns países e da média mundial, porém abaixo de outros que se poderiam considerar democracias consolidadas, como Nova Zelândia e Suécia. Lutz ainda desenvolveu uma metodologia para se identificar o quão difícil é se emendar uma constituição (LUTZ, 1994, p. 368). Por esse índice, a Constituição Federal pode ser classificada com 1,75 (pelo rito iniciado em uma das Casas) ou 1,5 (pelo rito iniciado pelo Presidente da República). Por essa medida, o Brasil fica bem abaixo de EUA (5,1), Austrália (4,65), Dinamarca (2,75) e Japão (3,1), porém acima de Nova Zelândia (0,5), Suécia (1,4), Portugal (0,8) e Áustria (0,8) (LUTZ, 1994, p. 369).

Com isso, pode-se afirmar que não será a facilidade ou dificuldade de se emendar uma constituição que determinará sua adequação, ou se ela desenvolve o papel que se espera de uma Carta nacional. Antes pelo contrário, o alto ou baixo grau de emendamento deve estar adequado às necessidades de efetiva reforma para cada país.

A segunda conclusão que pode ser feita, portanto, é a de que mesmo após tantas emendas, a Constituição Federal se mantém estabilizada, ou seja, o alto número de emendas não significa que o Texto Magno sofreu excessivas modificações que afetassem sua consistência. Há um diminuto grupo de artigos que são reformados constantemente, e que talvez fossem mais bem localizados em lei ordinária ou complementar. Mas a grande maioria dos artigos da Constituição Federal foram pouco revisados pelo constituinte derivado, sendo que quase metade deles nem sequer foi alterada. A constituição brasileira é fácil de ser emendada, e a alta taxa de emendamento demonstra isso, mas não é possível julgar a adequação de uma constituição apenas por esses fatores, que devem levar em conta a qualidade da mudança, como será visto a seguir.

4.2 As mudanças feitas pelas emendas

Feita a análise quantitativa das emendas, visando responder a indagação sobre o efeito numérico delas, passa-se agora à análise qualitativa, ou seja, o aspecto material das mudanças.

Um estudo da qualidade da reforma na constituição certamente tem um aspecto mais subjetivo, mas nem por isso impreciso. A doutrina se dedica a analisar como as diferentes reformas feitas ao longo dos últimos anos impactaram a economia, a vida civil, o gasto público e mesmo como o STF interpreta a constituição. Até uma única emenda pode ser objeto de diferentes estudos divergentes entre si, o que demonstra que não é possível classificar o impacto de diferentes emendas de uma única forma.

A metodologia que se utiliza nesse trabalho é a elaborada pelo pesquisador e professor Richard Albert, que classifica as emendas em corretivas, elaborativas e desmembramentos (ALBERT, 2018). A escolha dessa metodologia se deu por questões de ordem prática (são muitas as emendas a serem analisadas) e porque entendemos ser essa classificação didática para os fins desse trabalho. A metodologia de Albert permite mais facilmente se distinguir como uma determinada emenda afetou a constituição. Uma emenda corretiva pode ser entendida como uma manutenção no texto, a troca de um elemento que não está funcionando (ou que deixou de funcionar) por outro que mantenha a intenção original. Já a emenda elaborativa pode ser compreendida como um *upgrade*, ou seja, não é apenas a mera substituição de uma peça quebrada por uma nova, mas por uma melhor. Isso pode significar novas competências para órgãos terem ainda mais capacidade de realizar seu objetivo

constitucional, ou o reforço de direitos fundamentais por meio de aumento de garantias, por exemplo.

O desmembramento, por sua vez, é uma alteração que muda o sentido original a que se deu a um artigo, ou à constituição como um todo. É alterar o objetivo da Carta, em alguma medida. O exemplo que Albert utilizada é o das emendas da reconstrução nos EUA, de números 13, 14, e 15 (ALBERT, 2018). Elas removeram todo o arcabouço constitucional do sistema escravocrata original, colocado lá pelo constituinte originário. Ao se proceder com essa reforma, mudou-se o sentido que havia na constituição quanto à visão escravocrata, mudando essa significativa em relação ao que queriam os autores da constituição estadunidense. Apesar de serem emendas, o impacto delas foi muito maior do que meras correções, já que elas não avançaram ou aumentaram o sistema escravocrata, pelo contrário. O que houve foi uma inversão de sentido.

Procurou-se fazer a mesma classificação nas emendas que alteraram a Constituição Federal. A oração restritiva aqui utilizada não é por acaso, pois nem todas as emendas editadas modificaram o texto da Carta de 1988, algumas reformaram apenas o ADCT, e há inclusive aquelas são completamente autônomas, verdadeiras leis constitucionais⁹.

Para se identificar quais as emendas que alteraram apenas a Constituição Federal, foi feito um levantamento cuja íntegra está no apêndice E. De posse dessas informações, foi feita a classificação de todas as emendas que recaíram no texto constitucional, e que pode ser encontrada no apêndice J. O confronto de todas essas informações está resumido no quadro 7.

Quadro 7 – Tipos e números de emendas

Trecho da Constituição Federal	n° de artigos		art. modificados		n° de emendas		emendas corretivas		emendas elaborativas		desmembra.	
Título IV – Da Organização dos Poderes	96		53	55%	32	32%	23	72%	8	25%	1	3%
Título III – Da Organização do Estado	27		22	81%	31	31%	26	84%	5	16%	0	0%
Título VI – Da Tributação e do Orçamento	37		27	73%	28	28%	20	71%	7	25%	0	0%
Título VIII – Da Ordem Social	44		28	64%	25	25%	19	76%	5	20%	1	4%
Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais	13		7	54%	19	19%	10	53%	8	42%	1	5%
Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira	23		7	30%	9	9%	6	67%	1	11%	2	22%
Título IX – Das Disposições Constitucionais Gerais	18		9	50%	8	8%	3	38%	4	50%	1	13%
Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas	9		2	22%	7	7%	5	71%	2	29%	0	0%
Título I – Dos Princípios Fundamentais	4		0	0%	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
Totais	271		155	57%	99	100%	71	72%	25	25%	3	3%

Percebe-se que foram 99 emendas que alteraram a Constituição Federal, menos do que às vezes se imagina ao ver o número de 128 emendas totais. Mas o que chama a atenção são os títulos mais emendados, Da Organização dos Poderes e Da Organização do Estado. A primeira impressão poderia ser justamente a de se achar que um dos aspectos mais estruturais da constituição – a organização do Estado e a distribuição de Poderes – foi totalmente alterado. Mas o resultado é, na verdade, contraintuitivo. Pelo quadro 6, é possível observar que a maior parte das emendas nesses títulos são corretivas (72% para Organização dos Poderes, 84% para Organização do Estado), ou seja, são emendas que não alteraram o caráter dessas organizações da República brasileira. De fato, isso é observável na prática: ainda vige o presidencialismo, o Congresso Nacional ainda é bicameral, o Judiciário ainda tem a mesma competência

e independência, o Ministério Público idem, os órgãos de controle não foram abolidos, ainda vivemos sob o regime federativo, em suma, o Estado concebido em 1988 é essencialmente o mesmo. E isso é corroborado pelos números.

Aliás, as emendas corretivas são a visível maioria em todos os títulos, com exceção do Título IX – Das Disposições Constitucionais Gerais. Quando se olha para a constituição, 72% das suas emendas são corretivas. Exemplos desse tipo são a Emenda nº 4 de 1993 (corrigiu a redação da constituição para deixar claro que a lei que altera o processo eleitoral não se aplica ao ano da eleição), Emenda nº 34 de 2001 (corrigiu o termo “médico” para “profissionais de saúde”, eliminando distorção), e a Emenda nº 54 (corrigiu falha da Emenda de Revisão nº 3, passando a permitir que brasileiros nascidos no exterior possam ser registrados em repartição consular).

A Emenda nº 40 de 2003 é um clássico exemplo do tipo corretivo. Primeiro, porque ela corrigiu claro erro da redação original da Constituição Federal, já que no capítulo das finanças públicas havia o inciso V do art. 163 que falava em “lei complementar disporá sobre fiscalização das instituições financeiras”, que não é tema desse capítulo.

Com a mudança, o inciso V do art. 163 passou a ler “fiscalização financeira da administração pública direta e indireta”, o que está de acordo com a intenção original da ANC e com a temática do capítulo em que se insere.

A Emenda nº 40 também revogou todos os incisos do art. 192 da Constituição Federal, que trata do Sistema Financeiro Nacional. A redação original dispunha que lei complementar iria tratar de todos os temas previstos nos incisos do art. 192, de várias áreas do sistema financeiro. Apesar disso, a referida lei complementar não foi editada por dificuldades políticas:

A tarefa não tem sido fácil. Além das resistências políticas relacionadas à vigência do limite da taxa de juros reais previsto no § 3º, a abrangência dos temas enumerados no artigo, a complexidade e interação dos mercados financeiros e a manifestação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a regulamentação se faça por uma única lei complementar têm inviabilizado o consenso imprescindível para a construção da nova ordem financeira do País. Prova eloquente da dificuldade de regulamentação é a sucessão de comissões especiais instituídas a cada legislatura para este fim desde 1991, portanto há mais de dez anos, sem a aprovação de nenhum projeto ou apresentação de substitutivo (...).

A simplificação do texto do art. 192, mediante a revogação dos incisos e parágrafos, e a disposição explícita de que a regulamentação poderá ser feita em leis complementares vêm operar no sentido da facilitação da tarefa de regulamentar, porquanto a partir de

então a regulamentação poderá ser realizada de forma fracionada, no conteúdo e no tempo, podendo abordar separadamente a disciplina dos diversos mercados que compõem o sistema financeiro. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2001)

Assim, além da desconstitucionalização do tema, a redação passou a ser “leis complementares”, o que corrigiu uma falha que inviabilizava a regulamentação do sistema financeiro. A emenda, além de ajustar uma impropriedade técnica da redação, consertou uma falha que dificultava o processo político-legislativo de criação de leis que embasam a infraestrutura financeira do país.

Já as emendas elaborativas, que avançam o projeto original constituinte, vêm logo em seguida em termos percentuais. Para os dois títulos mais alterados, elas representam 25% e 16% das emendas, respectivamente. Isso indica que a intenção por trás dessas reformas foi mais a de reforçar e melhorar o que já havia, e não desfazer. A Emenda nº 23 de 1999 é bem representativa do tipo elaborativo. Com ela foi criado o Ministério da Defesa e os Comandos da Marinha, Aeronáutica e do Exército, extinguindo-se os ministérios militares. Não é que o formato antigo da administração da defesa nacional necessariamente não pudesse continuar como antes, mas que a criação do novo ministério, e a subordinação dos comandos militares a ele, aumentou o controle civil sobre a atividade militar, além deixar essa atuação - essencialmente técnica e de alta especialização - fora do campo político. Aliada ao contexto histórico da Constituição Federal, escrita logo após o regime militar e em resposta a ele, a Emenda nº 23 avança o projeto constituinte de controle e responsabilização da atividade militar.

Ainda são exemplos desse tipo a Emenda nº 35 de 2001 (permitiu que a prisão de parlamentar possa ser feita sem permissão prévia da Casa legislativa que integra, bem como determinou voto aberto nas votações para suspensão de processo contra parlamentar, reforçando-se assim a separação de poderes e a transparência democrática), a Emenda nº 45 de 2004 (ampla reforma do Judiciário, entre outras coisas criou o CNJ e o CNMP, reforçando-se a transparência e a eficiência da administração dos serviços judiciários; criou a súmula vinculante, aumentando a capacidade do STF de resolver conflitos; e equiparou os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados por dois terços dos parlamentares, em dois turnos, a emendas à Constituição Federal, reforçando a proteção aos direitos humanos no país), a Emenda nº 48 (criou o Plano Nacional de Cultura, ampliando o sistema de cultura previsto na constituição, continuando o processo constituinte de valorização da cultura nacional) e a Emenda nº 72 de 2013 (igualou em direitos os trabalhadores domésticos e as demais classes, corrigindo não apenas uma distorção, mas efetivando e avançando a intenção do constituinte de igualdade entre os trabalhadores).

Por último, os desmembramentos são a minoria das emendas, representando apenas 3% delas. À exceção do Título VII (ordem econômica) e do Título IX (disposições constitucionais gerais), todos os demais têm quantitativo de desmembramentos abaixo de 4%, sendo que quatro desses títulos sequer contam emenda desse tipo.

Somente três emendas foram classificadas como desmembramentos⁴, são elas a Emenda nº 6 de 1995 (fim da reserva de mercado para empresas brasileiras de capital nacional), a Emenda nº 13 de 1996 (fim do monopólio da União no mercado de resseguros), e a Emenda nº 114 de 2021 (alteração das regras de pagamento de precatórios a fim de abrir espaço fiscal somente para o ano eleitoral de 2022).

O exemplo da Emenda nº 6 é bem oportuno como desmembramento⁴. Antes da reforma, a Constituição Federal definia empresa brasileira de capital nacional como sendo aquela “cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades”. Combinado com o inciso IX do art. 170, havia uma proteção constitucional às empresas de capital nacional em detrimento das multinacionais com sede no país. O constituinte originário estabeleceu um sistema de protecionismo, previsto no art. 171, parágrafos 1º e 2º:

Art. 171, § 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

Com a Emenda nº 6, o artigo 171 foi inteiramente revogado, e o inciso IX do art. 170 foi alterado de “tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte” para “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e adminis-

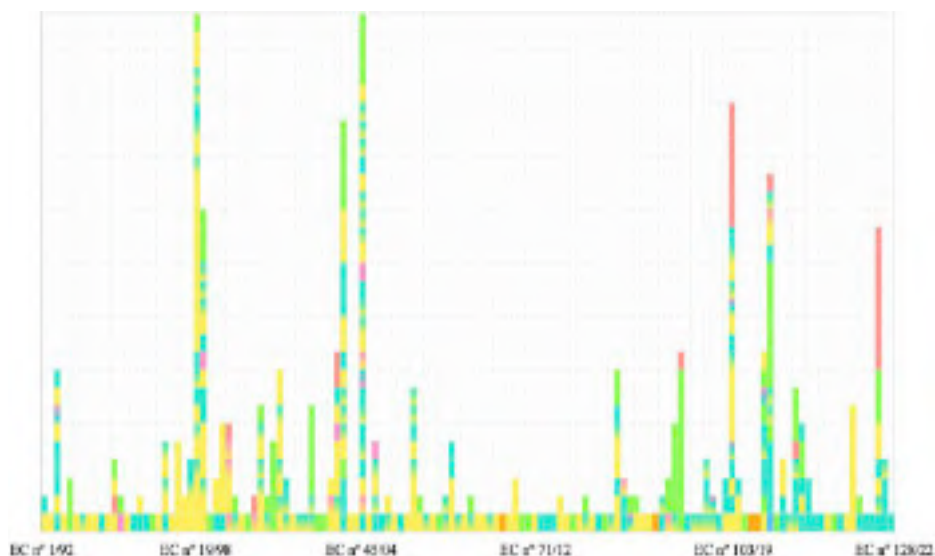
⁴ Aqui vale uma observação sobre a Emenda nº 95 de 2016. Ela é considerada um desmembramento pelo próprio Richard Albert: “O impacto desta Emenda do Teto de Gastos no gozo de direitos sociais no Brasil pela próxima geração, combinado com o quanto diretamente enfraquece o compromisso fundacional e continuado da Constituição com os direitos sociais, sugere que ela pode ser mais do que uma simples emenda. O seu propósito e efeito sugerem que deveria na verdade ser chamada de desmembramento da constituição.” (Albert, 2018, pp. 40-42).

tração no País”. Com isso, não há mais proteção especial para empresas nacionais mesmo que a maior parte do capital votante esteja no país, fazendo com que essas empresas concorram em pé de igualdade com empresas multinacionais sediadas no Brasil (que também são empresas brasileiras, mas apenas sucursais). Essa mudança reverte o sentido original do constituinte, que previu uma economia mais nacionalista na Constituição Federal, e que passou a ser mais aberta e liberalizada. Como desmembramentos não são bons ou ruins em si mesmos, a qualificação da reforma da Emenda nº 6 como positiva ou negativa para o país não será tratada aqui.

Enquanto a maioria das reformas basicamente promoveu correções no texto constitucional, é digno de nota que houve um significativo aumento do tamanho da Constituição Federal.

Como é possível observar na figura 1, houve anos em que a quantidade de mudanças aumentou, enquanto em outros as reformas foram bem menores. Mas o que chama a atenção nesse gráfico é o predomínio das cores amarelo, verde e ciano. Isso significa que vários artigos sofreram apenas modificações de texto (amarelo), mas um quantitativo grande tanto aumentou (ciano), quanto foi adicionado (verde), enquanto poucos são os artigos que diminuíram (rosa) ou foram revogados (vermelho). A Constituição Federal aumenta mais do que ela é reduzida de tamanho. Esse achado vai ao encontro do trabalho de Arantes e Couto (2019).

Figura 1 - Quantidade e característica das emendas: evolução no tempo



Obs:

1. eixo x são as emendas em ordem cronológica, eixo y a quantidade de artigos alterados;
2. Relativamente às cores: (i) verde: artigo acrescentado; (ii) amarelo: artigo com mera modificação textual; (iii) laranja: modificação sem alteração de texto, ou seja, a emenda é completamente autônoma, promovendo uma modificação constitucional sem que o texto da Constituição Federal fosse alterado; (iv) ciano claro: artigo que teve seu texto original aumentado, ou seja, ganhou parágrafos, incisos e/ou alíneas; (v) rosa: o contrário do anterior, ou seja, artigo que perdeu parágrafos, incisos e/ou alíneas; (vi) vermelho: artigo revogado.

Na figura 2 está uma visão geral das mudanças na Constituição Federal. A coluna deslocada à direita mostra os pontos em que há mais alterações, utilizando-se um mapa de calor. Quanto mais claro, menor a quantidade de alterações; quanto mais escuro (vermelho sendo o máximo), maior a quantidade de mudanças. Imediatamente ficam evidentes dois pontos em vermelho, que são o artigo 37 (Administração Pública) e o 167 (orçamentos). Enquanto em todo o texto há uma grande quantidade de mudanças em verde e ciano – demonstrando um aumento nos artigos –, na região do art. 37 há mais mudanças amarelas, ou seja, na parte superior da constituição há mais alterações de texto. Já na região do art. 167 há um predomínio de mudanças verde e ciano, o que indica que mais artigos foram adicionados e aumentados do que meramente modificados.

Figura 2 – Característica das emendas: mapa de calor



Obs: De cima para baixo estão os artigos em ordem crescente (a 1ª linha é o art. 1º, a última é o art. 250), da esquerda para a direita as modificações ao longo dos anos (a 1ª coluna foram as primeiras emendas, 2ª coluna as segundas emendas, etc.)

Conclusão

O que esse trabalho tentou demonstrar é que, mais do que novas constituições, o país jamais escreveu um texto a partir de uma tábula rasa. Tal como as centenárias catedrais europeias, que começam pequenas e vão sendo ampliadas, reformadas e

melhoradas por um longo processo intergeracional, o constitucionalismo brasileiro também foi resultado de um molde histórico, com as atualizações respaldadas pelo crivo democrático.

Nesta esteira, o grande quantitativo de emendas não foge à tradição de desarticular eixos constitucionais mais relevantes da Carta de 88, construindo em cima daquilo que já existe. A demonstração que foi feita nesse trabalho mostrou que significativa porção das emendas realizadas até aqui foram corretivas, e apenas poucas tiveram o condão de reordenar a direção proposta inicialmente em 1988.

A catedralidade da Constituição da República fica assim muito evidente. Ela foi, e continua sendo feita por muitas gerações de parlamentares. E tal como os templos religiosos construídos intertemporalmente, a Carta Federal vai também aumentando de tamanho, ganhando acessórios e mais detalhes, sem não obstante ter perdido sua essência e função originais, conservando os alicerces que caracterizam o texto constitucional.

Referências

ALBERT, Richard. Constitutional amendment and dismemberment. **Yale journal of International Law**, [S. l.], v. 43, n. 1, p. 1-84, 2018. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/6721/RichardAlbertConstitution.pdf?sequence=2>.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio. Constituição, governo e democracia no brasil. **Revista brasileira de ciências sociais**, [S. l.], v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006. DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.1590/S0102-69092006000200003>.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio. 1988-2018: Trinta anos de constitucionalização permanente. In: FILHO, N. M.; SOUZA, A. P. (eds.). **A carta: para entender a constituição brasileira**. São Paulo: Todavia, 2019.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The endurance of national constitutions**. [s.l.] : Cambridge University Press, 2009. DOI: 10.1017/cbo9780511817595.

KLEIN, Claude. Is there a need for an amending power theory? **Israel law review**, [S. l.], v. 13, n. 2, p. 203-214, 1978.

LUTZ, Donald S. Toward a theory of constitutional amendment. **American political science review**, [S. l.], v. 88, n. 2, p. 355-370, 1994. DOI: 10.2307/2944709.

LUTZ, Donald S. **Principles of constitutional design**. [s.l.] : Cambridge university press, 2006.

MAUÉS, Antonio Moreira. 30 anos de constituição, 30 anos de reforma constitucional. **Revista direito gv**, [S. l.], v. 16, n. 1, 2020. DOI: 10.1590/2317-6172201941.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; ARGUELHES, Diego Werneck. O supremo tribunal federal e a mudança constitucional. **Revista brasileira de ciências sociais**, [S. l.], v. 36, n. 105, 2021. DOI: 10.1590/3610506/2020.

OSTROM, Vincent; ALLEN, Barbara. **The political theory of a compound republic: Designing the american experiment**. [s.l.] : Lexington Books, 2008.

OZAS-LOYO, Andrea; SAAVEDRA-HERRERA, Camilo; POUGIMÉNEZ, Francisca.

When more leads to more: Constitutional amendments and interpretation in mexico 1917- 2020. **Law & social inquiry**, [S. l.], p. 1-32, 2022. DOI: 10.1017/lsi.2022.35.

ROZNAI, Yaniv. Amendment power, constituent power, and popular sovereignty: Linking unamendability and amendment procedures. **The foundations and traditions of constitutional amendment**, [S. l.], p. 23-49, 2017.

STELZER, Manfred. Constitutional change in austria. In: CONTIADES, Xenophon (ed.). **Engineering constitutional change: A comparative perspective on europe, canada and the usa**. 1ª. ed. EUA and Canada: Routledge, 2013. DOI: <https://doi.org/https://dx.doi.org/10.4324/9780203094990-2>.

STRAUSS, David A. The irrelevance of constitutional amendments. **Harvard law review**, [S. l.], v. 114, p. 1457, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. [s.l.] : Editora Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. **Novos estudos cebrap**, [S. l.], v. 37, p. 375-393, 2018. DOI: <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.25091/S01013300201800030003>.

CIDADES INTELIGENTES E COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS ENTRE ÓRGÃOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE COM BASE NO PRINCÍPIO DA FINALIDADE

SMART CITIES AND DATA SHARING BETWEEN GOVERNMENT AGENCIES: AN ANALYSES BASED ON THE PRINCIPLE OF PURPOSE

AUTORA

Anna Luísa Mota Guimarães

RESUMO

Os projetos de cidades inteligentes estão relacionados à intensificação da coleta e tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. Por conta desse cenário, este artigo busca perquirir sobre a possibilidade de compartilhamento de informações pessoais coletadas por meio de IoTs urbanas, com base no princípio da finalidade. Assim, o presente texto se divide em uma revisão bibliográfica acerca da denominação de cidade inteligente, uma análise sobre a aplicação da LGPD a estes projetos e o uso secundário de dados pessoais coletados por tais plataformas. Por fim, este estudo se volta para a definição de requisitos que devem ser observados para que haja a comunicação de informações pessoais coletadas no contexto das *smart cities* com outras áreas da Administração Pública, a partir do princípio da finalidade e das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Palavras-chave: Cidades inteligentes. Compartilhamento de dados pessoais. Administração Pública. Princípio da finalidade. LGPD.

ABSTRACT

The smart cities projects are connected to an intensification in the collection and the usage of personal data by the Public Administration. Based on this scenario, this paper pursues to identify the possibility of data sharing of personal data collected by urban IoTs, underlie the principle of purpose. Therefore, this text is divided into a bibliographic review of the term smart city, the analyses of the applicability of the LGPD to these projects and the secondary use of personal data collected by such platforms. Finally, this study turns to set the requirements that must be observed into the sharing of personal data collected by smart cities technologies with other areas of the Public Administration, under the principle of purpose and the latest decision issued by the Brazilian Supreme Court.

keywords: Smart cities. Data sharing. Public Administration. Principle of purpose. Data Protection Brazilian Law.

INTRODUÇÃO

A concentração populacional urbana no Brasil, de acordo com pesquisa desenvolvida pelo IBGE, atingiu a marca de 124,1 milhões de habitantes no ano de 2022 (IBGE, 2023). Isto é, cerca de 61% da população do país se concentra nas principais cidades brasileiras.

Tal tendência não é observada somente no Brasil. Conforme levantamento realizado pela Organização das Nações Unidas, até o ano de 2050, cerca de 68% da população mundial residirá em áreas urbanas (UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (UN-HABITAT), 2022). Esse cenário insurge a necessidade de criação de meios mais eficientes para gestão dos centros urbanos, dentre eles, se destaca a popularização do termo cidade inteligente ou *smart city* (CHOURABI, GIL-GARCIA, *et al.*, 2012).

A conceituação do termo cidade inteligente, ainda, carece de uma definição doutrinária única. As diferentes terminologias criadas perpassam pelo próprio desenvolvimento de tecnologias aplicáveis ao contexto urbano. Apesar disso, ao que parece, todas as terminologias estabelecem um objetivo em comum para tais empreendimentos, qual seja, a busca pelo aprimoramento do uso dos recursos públicos, através da redução de custos e aprimoramento dos serviços prestados pela Administração Pública (ZANELLA e VANGELISTA, 2014).

A compreensão acerca da noção de cidades inteligentes, conforme explica o Autor Rob Kitchen, perpassa por três cenários abrangentes. A primeira conceituação se relaciona

com a digitalização dos centros urbanos, a ser alcançada por meio de mudanças na infraestrutura e na gestão dos serviços públicos. A premissa inicial desse tipo de visão seria a ideia de que instrumentos com acesso à internet fariam parte dos sistemas urbanos, gerando dados aplicáveis de modo contínuo à regulação dos sistemas.

A segunda conceituação se refere à implementação de Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) para aprimoramento e desenvolvimento das políticas públicas urbanas. Os adeptos de tal visão entendem que a TIC seria capaz de produzir cidadãos, trabalhadores e funcionários públicos mais inteligentes que, por sua vez, fortaleceriam os programas governamentais com o uso de ferramentas de governança digital (*e-Government*).

A terceira definição estaria interligada ao uso de tecnologias digitais e de TICs para promoção e coordenação de um ambiente urbano que promova a inovação e justiça social. Nessa visão, tais ferramentas deveriam ser capazes de gerar justiça social, ampliar a participação democrática dos cidadãos e ocasionar mais transparência à gestão pública (KITCHIN, 2016).

O denominador comum, nos termos empreendidos por Rob Kitchin, de todas as visões acima, além do objetivo de garantir uma maior eficiência ao uso dos recursos públicos, é a produção, compartilhamento, coleta, utilização, processamento e armazenamento de dados pessoais. Tal conjuntura, como será mais bem abordado nos capítulos seguintes, faz com que seja aplicada à presente sistemática as disposições contidas na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018).

Diante desse cenário, o presente artigo visa perquirir acerca da possibilidade de compartilhamento dos dados pessoais coletados no cenário de cidades inteligentes pela Administração Pública para finalidades diversas das informadas aos cidadãos. Especialmente, por outras esferas governamentais, como para fins de investigações criminais.

Para tanto, o presente texto será dividido em três capítulos: i) o primeiro tratará acerca da conceituação de cidades inteligentes, bem como da utilização de dados pessoais por tais empreendimentos; ii) o segundo se destina a entender a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados aos projetos de *smart cities*; iii) o terceiro visa perquirir a possibilidade ou não de utilização dos referidos elementos para fins diferentes dos coletados, com base no princípio da finalidade. Por fim, será apresentada uma conclusão geral desta pesquisa.

1. As denominadas cidades inteligentes e o tratamento de dados pessoais

A doutrina não estabelece, ainda, um conceito único para o que caracterizaria uma cidade inteligente ou *smart city*. Contudo, como abordado no capítulo anterior, existem

algumas noções básicas que parecem se relacionar às principais produções doutrinárias sobre o tema. Com isso, esse capítulo se destinará a abordar, de forma breve, a denominação, bem como estabelecer um paralelo com o próprio uso de dados pessoais por projetos governamentais que apliquem tecnologia para a gestão urbana.

O conceito de cidades inteligentes, na sua acepção atual, foi disseminado, pela primeira vez, na obra denominada *The Technopolis Phenomenon: Smart Cities, Fast Systems, Global Networks* dos autores David V. Gibson, George Kozmetsky e Raymond W. Smilor.

Ainda no ano de 1992, os mencionados doutrinadores estabeleceram a ideia de que os avanços tecnológicos, relacionados à quarta revolução, poderiam ser aplicados ao âmbito urbano. As metrópoles, na época, contariam com três desafios que deveriam ser superados: i) dificuldades relacionadas ao progresso político e cultural; ii) definição de estratégias globais que endereçassem questões comuns às cidades, como poluição, aumento do tráfego, dentre outros e iii) realização de uma aproximação entre a infraestrutura central e os aspectos econômicos (GIBSON, KOZMETSKY e SMILOR, 1992).

A partir desse primeiro estudo sobre o tema já é possível perceber que a temática do uso de tecnologias para aprimoramento da gestão governamental das cidades se mostra como um dos principais fatores relacionados às cidades inteligentes. A partir do desenvolvimento tecnológico e do amadurecimento da noção de *smart cities*, como veremos ao longo deste texto, alguns outros fatores passarão a serem comuns aos estudos sobre o tópico.

A *Smart cities: Ranking of European medium-sized cities*, publicada no ano de 2007, estabelece seis características básicas que poderiam ser utilizadas para identificar as cidades inteligentes. São elas: i) economia, ii) pessoas; iii) governança; iv) mobilidade; v) ambiente e vi) qualidade de vida. Todos esses aspectos contariam com um fator de inteligência (GIFFINGER, FERTNER, *et al.*, 2007).

Tal perspectiva foi atualizada, no ano de 2009, pela obra *Smart Cities in Europe* de Andrea Caragliu, Chiara Del Bo e Peter Nijkamp. Essencialmente, os Autores afirmam que uma cidade seria caracterizada como inteligente quando ocorresse um investimento em recursos humanos, capitais sociais e no uso de Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), com o objetivo de gerar um crescimento econômico, melhora na qualidade de vida dos cidadãos, participação democrática e na gestão de recursos naturais (CARAGLIU, DEL BO e NIJKAMP, 2009).

O texto *Paper on Smart Cities as Innovation Ecosystems*, traz um importante resumo de quais seriam os principais fatores a serem utilizados para identificação de cidades inteligentes. Seriam eles: i) aplicação de uma infraestrutura com ou sem fios nos espa-

ços urbanos, com o intuito de possibilitar o acesso à dispositivos de comunicação; ii) uso de equipamentos com internet que sejam capazes de coletar, salvar, processar e visualizar dados; iii) digitalização de aplicações responsáveis pela participação democrática dos cidadãos e iv) desenvolvimento de serviços públicos voltados para o digital (SCHAFFERS, KOMNINOS e PALLOT, 2012).

Ante as diversas atualizações tecnológicas ocorridas posteriormente à edição do texto citado acima, em 2014, Andrea Zanella e Lorenzo Vangelista passam a defender que o uso somente de TICs não seria suficiente para a criação de cidades inteligentes. Na verdade, seria necessária a aplicação da Internet das Coisas (IoT) ao ambiente urbano (ZANELLA e VANGELISTA, 2014).

A Internet das Coisas, conforme definido no texto *Internet of Things for Smart Cities*, pode ser descrita como o emprego de receptores digitais de comunicação, micro-controladores e protocolos de amostragem adequados aos equipamentos utilizados no cotidiano dos cidadãos. Essas inovações permitem a troca de informações entre diversos instrumentos e com os próprios usuários, fazendo com que objetos do dia a dia passem a estarem integralizados à internet.

Os mecanismos de IoT podem ser aplicados, por exemplo, aos eletrodomésticos, câmeras de segurança, sensores de monitoramento, carros, dentre tantos outros. Com isso, caso sejam utilizados em um contexto urbano, é possível que sejam observados benefícios nos serviços públicos tradicionais, como transporte público, vigilância, preservação de locais destinados ao acesso dos cidadãos em geral, bem como à coleta seletiva de lixo.

Todas as conceituações listadas acima, apesar de estabelecerem a utilização de tecnologias e/ou assumirem objetivos diferentes, apresentam como aspecto intrínseco a utilização de dados. Nesses termos, independente da noção de cidade inteligente adotada, o denominado *big data* urbano aparece em um papel de destaque.

O *big data* urbano, diferente dos bancos tradicionais de dados, apresenta um elevado número de informações geradas, coletadas e processadas em tempo real. Além disso, os dados tratados nesse tipo de sistema ostentam um escopo exaustivo e uma boa resolução, podendo ser gerados por diversas entidades públicas e/ou privadas, como concessionárias de serviços públicos, sites governamentais, instituições financeiras, serviços de segurança e etc (KITCHIN, 2016).

A captura e circulação de dados nas cidades inteligentes, justamente por conta da aplicação do *big data* urbano, revelam, ainda, as seguintes características, de acordo com Kitchin: i) produção em larga escala de informações; ii) criação de infraestruturas

de dados com a possibilidade de compartilhamento e novas análises; iii) formação de ferramentas que permitem que qualquer documento se torne informação passível de ser utilizada; iv) publicização e v) utilização de técnicas de aprendizado de máquina capazes de reconhecer padrões, definir estatísticas, criar modelos, dentre outros.

A aplicação do *big data* urbano ao contexto das cidades inteligentes, então, significa que há, cada vez mais, a coleta, armazenamento, utilização, processamento e compartilhamento de dados. Tais ações são empreendidas de forma indiscriminada e exaustiva, de modo que são retidas informações, por exemplo, de quaisquer indivíduos que utilizem algum equipamento que contenha IoT (KITCHIN, 2016).

Ademais, os dados são livremente distribuídos, sendo possível que as informações sejam compartilhadas entre plataformas, serviços e/ou equipamentos distintos. Importante consignar que, em uma sistemática de cidades inteligentes que utilizam tecnologias de IoT não há interrupção nas atividades de coleta, armazenamento e análise.

Isto é, a partir do momento em que são instalados sensores em carros dos cidadãos para coleta de dados sobre o tráfego, a título de exemplo, geralmente, não é possível determinar que tais atividades sejam interrompidas. Isso gera, como relata Rob Kitchin, um aumento no nível de vigilância da população por parte das entidades governamentais.

As informações coletadas pelos equipamentos relacionados à criação das cidades inteligentes fornecem à Administração Pública uma visão ainda mais ampla da vida dos cidadãos. Atualmente, é quase impossível que um indivíduo viva sem que haja qualquer acesso às suas informações pessoais. Tal cenário é demonstrado pela impossibilidade de que uma pessoa percorra uma cidade inteligente sem que, ao menos em um momento, dados biométricos sejam coletados por meio de câmeras de segurança.

A depender do tipo de fonte usada, os *big datas* podem ser classificados em: diretos, automatizados e voluntários. Nos primeiros, são instalados equipamentos com o objetivo de coleta de informações específicas de usuários ou locais. Trata-se de um meio tradicional de vigilância, exemplificado pelos controles de imigração (ZATARAIN, 2018).

Os segundos realizam a coleta de informações sem que haja uma intervenção direta do usuário (ZATARAIN, 2018). É comum o uso desse tipo de fonte por sites de compras na internet. Os consumidores ao utilizarem as páginas de vendas acabam por inevitavelmente fornecerem informações para criação de perfis de consumo.

Já os *big datas* voluntários ocorrem quando o próprio usuário opta por inserir informações nos sistemas. O uso das redes sociais pelos cidadãos constitui exemplo des-

se tipo de coleta. O indivíduo opta livremente por inserir em aplicativos como *instagram* e *tik tok* dados pessoais, muitas vezes, sensíveis, como opiniões políticas, religiosas, de saúde, entre outras.

As informações coletadas nas cidades inteligentes são necessárias para que os governantes entendam o contexto urbano que estão gerindo, bem como possam resolver problemas críticos, formular políticas públicas, definir planos futuros e empreender diversos outros tipos de ações (KITCHIN, 2017). Desse modo, é possível estabelecer que os benefícios das *smart cities* não podem ocorrer se não houver o recolhimento, armazenamento, análise, processamento e compartilhamento de dados.

Isso não quer dizer que o uso de *big data* urbanos em cidades inteligentes podem ser introduzidos de forma acrítica. A visão fornecida pelas informações coletadas pode não refletir a realidade de determinado local, já que os dados fornecem apenas uma visão parcial (KITCHIN, 2017).

Rob Kitchin reflete que, diferente do que parece, os dados nunca são neutros e objetivos. Na verdade, as informações são coletadas justamente para propósitos específicos que se relacionam, até mesmo, com a maneira que são coletados. Se um determinado governante objetiva para fins políticos demonstrar que empreendeu ações para controle da poluição do ar, provavelmente, optará por instalar sensores em locais da cidade que detenham níveis mais baixos de produção industrial.

Por isso mesmo, para que os dados sejam devidamente analisados mostra-se imprescindível que sejam angariadas informações sobre quais aspectos foram levados em consideração no momento da produção. Há, ainda, uma relevante preocupação relacionada à privacidade dos cidadãos no ambiente de utilização massificada de dados para gestão urbana.

Quanto mais projetos de cidades inteligentes são implementados mais riscos são oferecidos à privacidade dos cidadãos. O texto "*Data driven Urbanism*" prevê que as informações coletadas nas *smart cities* e os *big datas* urbanos podem culminar em formas de datavigilância e geovigilância. Ou seja, modificações e mutações das formas de coleta, com o intuito de monitorar, regular, prever e acompanhar a movimentação e as condutas humanas.

É por essa razão que, como será mais bem abordado no capítulo seguinte, a LGPD e o próprio direito constitucional à proteção de dados desempenham um papel importantíssimo no que se refere ao resguardo da população em relação ao tratamento de dados pessoais empreendido pelas cidades inteligentes. Após demonstrar a relação entre cidades inteligentes e processamento de informações, será analisado o menci-

onado normativo, com enfoque principal na finalidade da coleta.

2. Aplicação da LGPD às cidades inteligentes

Como explicado no capítulo anterior, o tratamento de dados é parte primordial do desenvolvimento de cidades inteligentes. Desse modo, é possível listar diversos riscos para a privacidade dos cidadãos, dentre eles, os relacionados ao próprio manuseamento de informações pessoais.

Com base nesse cenário, o presente capítulo busca realizar um paralelo entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a própria existência de projetos de cidades inteligentes no Brasil. Ressalta-se, desde já, que esta análise não visa abordar aspectos técnicos e/ou riscos envolvidos nas próprias tecnologias aplicadas ao cenário urbano.

A obra *“The right to privacy”* dos autores Samuel Warren e Louis Brandeis constitui um marco relevante para os debates acerca do efetivo direito à privacidade dos cidadãos. No mencionado texto, há a especificação de que, essencialmente, essa prerrogativa seria exercida pela possibilidade dos indivíduos de definirem quais assuntos das suas vidas privadas deveriam ou não serem analisados abertamente pela sociedade (WARREN e BRANDEIS, 1890).

Os referidos doutrinadores são percussores na noção de que na divulgação de conteúdos sobre a vida privada das pessoas, ainda que se trate de informações verdadeiras, há uma violação ao direito da privacidade. No entanto, nos termos delineados por Warren e Brandeis, o consentimento e/ou a realização de publicações pelo próprio indivíduo afastam possíveis transgressões à referida garantia.

O texto, em conjunto com o julgamento do caso *Olmstead v. United States* de 1982, constituem elementos básicos para entendimento acerca da evolução do tema de privacidade e desenvolvimento tecnológico nos Estados Unidos (SCHERTEL MENDES, DONEDA, et al., 2023). O citado embate jurídico se deu na Suprema Corte norte-americana e tratou sobre a utilização pelas autoridades policiais no país de escutas telefônicas para prisão de diversas pessoas, dentre elas Roy Omstead, por transporte, posse e venda de álcool ilegalmente (SILVA, 2016).

Os Ministros da Suprema Corte optaram por não acatar a tese de violação à privacidade pela utilização de escutas telefônicas. Contudo, o caso foi responsável por repercutir a ideia de que a vida privada e a própria intimidade da população poderiam ser violadas em virtude da utilização por agentes públicos de tecnologias modernas voltadas para a vigilância. Haveria uma verdadeira dicotomia entre os ambientes reservados e a interferência estatal em tais contextos (VIEIRA, 2008).

Posteriormente, tal entendimento foi aplicado no caso *Katz vs. United States* também julgado pela Suprema Corte norte-americana. Nessa segunda oportunidade, debatia-se sobre a condenação de Charles Katz com base em provas coletadas por meio de equipamentos de gravação instalados na parte externa de cabines telefônicas utilizadas pelo envolvido para coordenação de jogos de azar (US SUPREME COURT, 1967).

Ocorre que, em *Katz vs. United States*, a Corte entendeu que as cabines telefônicas configurariam espaços em que os cidadãos presumiriam que não estariam sendo vigiados pelo Estado. Dessa forma, as provas coletadas por meio de escutas implantadas nas áreas externas de tais locais, seriam manifestamente ilegais.

A linha do tempo ora apresentada sobre o direito de privacidade é importante não só para entender o contexto de surgimento da LGPD, como também para relacionar a aplicação de tal diploma normativo aos projetos de cidades inteligentes. O texto e as decisões judiciais mencionadas evidenciam um início de debate sobre o tema, o que só se alastrou com as revoluções tecnológicas que, como explicado anteriormente, se interligam ao surgimento das *smart cities*.

No ano de 1960, o Congresso norte-americano se voltou para as discussões sobre a criação do que denominaram como *National Data Center*. Tal projeto se voltava para a implementação de um banco de dados informatizados da comunidade daquele país. Basicamente, após acalorados embates, os congressistas entenderam que tal sistema poderia ocasionar em relevantes riscos à liberdade e privacidade dos habitantes (SCHERTEL MENDES, DONEDA, *et al.*, 2023).

Como herança desse período, foi editado o *Records, Computers and the Rights of Citizens. Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems* que, no ano de 1973, estabeleceu que os Estados Unidos deveriam implementar uma legislação federal para a proteção dos dados dos cidadãos. O mencionado ato, ainda, dispunha sobre os princípios da finalidade, segurança, transparência, qualidade e livre acesso que, até hoje, são utilizados por marcos regulatórios que tratam sobre o tema (SCHERTEL MENDES, DONEDA, *et al.*, 2023).

Essas discussões também reverberaram nos Estados Europeus, tendo, em 1970, a Alemanha editado a lei de proteção de dados do Estado Alemão de Hessen. O Professor Danilo Doneda explica que tal legislação foi pioneira em diversos aspectos, como: i) adoção de uma norma apartada e ii) uso do conceito próprio de proteção de dados (*Datenschutz*), ao invés de outras concepções já previstas nos normativos alemães.

Outros países da Europa, a partir da experiência alemã, também criaram normas legais com o intuito de regular a proteção de dados. Cita-se como exemplo, a legislação sue-

ca de proteção de dados (*Datalagen*), o normativo espanhol e o francês (*Informatique et Libertés*). No ano de 1995, a própria União Europeia publicou a Diretiva 95/94/CE que regulou tal questão no âmbito do grupo econômico como um todo. Em 2016, o texto foi revisitado com a edição do Regulamento Geral de Proteção de Dados.

O Brasil também não saiu imune desse contexto de embates e normatizações sobre proteção de dados pessoais. Na década de 70, iniciou-se a criação de um projeto denominado como Registro Nacional de Pessoas Naturais (RENAPE). O programa seria uma espécie de base de dados a ser formado pelas informações da Identificação Civil e do Registro Civil de Pessoas Naturais (SCHERTEL MENDES, DONEDA, *et al.*, 2023).

O projeto instigou diversos debates governamentais e civis sobre as questões atinentes à privacidade dos cidadãos. Na década seguinte, o Projeto de Lei nº 2.796/1980 de redação da, à época, Deputada Cristina Tavares, tratava sobre o direito da população de acessar os dados constantes em sistemas de armazenamento.

Apesar de inovador, o mencionado projeto de lei foi arquivado. Nos anos seguintes, contudo, o debate sobre a proteção de dados da população brasileira iria ganhar cada vez mais folego. Em 1988, a Constituição Federal passou a prever especificamente direitos ligadas à proteção da intimidade e da vida privada. Ademais, o *habeas data* se mostrou um relevante mecanismo para garantia do acesso às informações.

Mais tarde, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro Positivo normatizaram direitos e conceitos relacionados à proteção de dados pessoais. Essa segunda legislação, inclusive, institui conceitos como os de dados sensíveis, transparência, segurança e minimização da coleta (SCHERTEL MENDES, DONEDA, *et al.*, 2023). Fora isso, para o que importa ao presente texto, a norma instituiu a relevante concepção de finalidade do tratamento.

A Lei nº 12.527/2011, conceituada como legislação de acesso à informação, consagrou contornos próprios ao tratamento de dados pessoais pelo poder público, deixando clara a necessidade de observância da transparência pelos órgãos governamentais. O Marco Civil da Internet, redigido em 2014, também foi peça primordial para a introdução do modelo *opt-in* no Brasil.

A sistemática do *opt-in* coloca os indivíduos como responsáveis por conceder ou não o tratamento, armazenamento e uso de seus próprios dados pessoais. Tal regulação pareceu adiantar ideias que seriam mais bem tratadas na LGPD, posteriormente, por exemplo. Em 2015, o Ministério da Justiça começou a fomentar a ideia de que, ainda que existissem tais disposições legais, seria relevante uma normatização apartada para a salvaguarda das informações pessoais.

Após a edição de Projetos de Lei que tratavam sobre o tema (PLs 5.276/2016, 4.060/2012, 330/2013, 131/2014 e 181/2014), houve a organização dos textos no PLC 53/2018. Esse último texto foi aprovado, se tornando a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (Lei nº 13.709/2018).

A LGPD dedica um capítulo específico para a definição dos ditames que devem ser observados pelo Poder Público. O normativo estabelece que a Administração Pública, ao realizar o tratamento de dados pessoais, deve definir uma base legal clara que justifique as ações empreendidas. As hipóteses estão previstas nos artigos 7º e 11 da mencionada legislação.

Em relação à previsão de tratamento de dados pessoais para fins de segurança pública, defesa nacional, segurança do estado, repressão de infrações penais e atividades de investigação, a lei estabelece que deve ser criada uma norma específica sobre o tema. O texto, ainda, estabelece que necessitam de serem observados os princípios do devido processo legal e os direitos dos titulares (TEFFÉ e VIOLA, 2020).

O tratamento de dados pessoais também pode ocorrer caso exista “manifestação livre, informada e inequívoca” do titular, nos termos da LGPD. Isso enseja, como explica Viola e Teffe, que o cidadão esteja ciente acerca da duração, forma e finalidade do manuseamento de suas informações. Contudo, não há necessidade de que haja uma manifestação em escrito do indivíduo.

Quanto aos dados classificados como manifestamente públicos, a legislação estabelece que não há obrigatoriedade de anuência pelo titular. Para as informações cujo tratamento decorre do legítimo interesse da Administração Pública, Viola e Teffe apontam que há a possibilidade de uso desta base legal para casos em que haja aplicação do *big data* e da internet das coisas. Nesses casos, a ANPD definiu que deve ser observada a proporcionalidade na coleta (ANPD, 2023).

A Lei nº 13.709/2018 prevê, em relação ao tratamento de dados pelo Poder Público, ainda, as seguintes bases legais: i) cumprimento de obrigação regulatório ou legal; ii) execução de políticas públicas, desde que estabelecidas em legislações, convênios, contratos públicos e/ou instrumentos correlatos; iii) estudos por organizações voltadas para a pesquisa; iv) execução de contratos ou de seus procedimentos preliminares e v) exercício de direitos em procedimentos administrativos, arbitrais ou judiciais.

Os dados pessoais sensíveis, isto é, as informações relacionadas à origem racial, étnica, convicção religiosa, filiação a sindicato ou organização religiosa/filosófica/política, opinião política, saúde, genética, vida sexual ou biométrica, apresentam embasamentos específicos.

Devido a possibilidade de utilização discriminatória dos dados pessoais sensíveis, a lei prevê que hipóteses mais rígidas para manuseamento dessas informações pelo Poder Público. São exemplos, a existência de consentimento destacado e específico, realização de estudos anonimizados, prevenção de fraudes e proteção da segurança do usuário etc.

Os Autores Viola e Teffe explicam que alguns dados pessoais podem ser enquadrados como sensíveis, caso, em um contexto específico, sejam capazes de se relacionar a informações que possam levar à discriminação do titular. O exemplo estabelecido pelos doutrinadores seria a utilização da geolocalização dos cidadãos para compartilhamento de informações relativas aos habitantes infectados por Covid- 19 (TEFFÉ e VIOLA, 2020).

Pois bem. Delineado o contexto histórico e alguns elementos importantes estabelecidos pela LGPD, bem como a aplicação da norma ao contexto da Administração Pública, cumpre explicar a relação entre as cidades inteligentes e tais ditames.

Como estabelecido anteriormente, independente da denominação doutrinária utilizada, as cidades inteligentes necessitam do tratamento de dados pessoais para que possam funcionar. Por se tratar de projetos governamentais, as disposições contidas na LGPD são claramente aplicáveis a esse contexto, uma vez que visam resguardar a privacidade e o direito fundamental à proteção de informações pessoais.

Os projetos de cidades inteligentes podem ocasionar diversos riscos para a privacidade dos cidadãos, dentre eles, é possível citar a existência de infraestruturas que não sejam seguras, o compartilhamento de dados feito de forma indevida, o acesso às informações por pessoal sem qualificação, dentre outros (GUIMARÃES, 2023). Por isso mesmo, a observância da LGPD é fundamental para mitigação dos possíveis efeitos adversos.

Fora isso, é possível citar a imprescindibilidade de adoção de teorias como a de *privacy by design*, com o intuito de mapear os riscos inerentes às *smart cities* antes de que tais projetos sejam implementados. Entretanto, não há como dizer que eventos adversos nunca ocorrerão, ainda que se adote uma posição mais proativa na criação de cidades inteligentes (GUIMARÃES, 2023).

Acontece que, a relativização de alguns mecanismos contidos na LGPD na execução de projetos ligados às cidades inteligentes pode ocasionar em um ambiente de potencialização de riscos à privacidade e proteção de dados. Com base nesse contexto, o próximo capítulo tratará acerca dos princípios contidos na mencionada legislação, especialmente o da finalidade, com o intuito de entender a possibilidade de uso ou não de informações coletadas para atividades diversas.

3. Princípio da finalidade, cidades inteligentes e uso dos dados coletados para fins diversos

Como explicado no capítulo anterior, a Lei de Proteção de Dados Pessoais estabelece uma série de princípios que devem ser observados pelas entidades públicas e privadas no âmbito do manuseamento de informações pessoais.

O artigo 6º do mencionado diploma legal prevê especificamente que, além da boa-fé, os agentes envolvidos no tratamento de dados pessoais devem observar os seguintes princípios: i) finalidade; ii) adequação; iii) necessidade; iv) livre acesso; v) qualidade das informações; vi) transparência; vii) segurança; viii) prevenção; ix) não discriminação e x) responsabilização e prestação de contas.

Embora todos os princípios sejam igualmente relevantes, o presente artigo focará na noção de finalidade e na possibilidade de uso dos dados coletados pelas infraestruturas relacionadas às cidades inteligentes para fins diversos. Diante desse cenário, passaremos a abordar as principais questões que envolvem o referido preceito, a fim de possibilitar que se alcance as conclusões mais claras possíveis.

O princípio da finalidade estabelece, em resumo, que um dado pessoal, só poderá ser utilizado para os devidos fins que justificaram a sua coleta. Isto é, há a garantia aos indivíduos de que as suas informações pessoais só serão usadas para os motivos estabelecidos no momento anterior ao tratamento (DONEDA e VIOLA, 2009).

Os doutrinadores Danilo Doneda e Mario Viola apontam que o princípio da finalidade está relacionado à noção de que o dado pessoal, por ser parte da personalidade do indivíduo a que se liga, não perde o vínculo com o seu titular. Nessa medida, tais informações não podem ser dispostas de forma livre e subjetiva, já que se referem às características de um sujeito concreto e podem impactar na vida e privacidade das pessoas.

Dada a importância do estabelecimento da finalidade para o tratamento de dados pessoais, a doutrina prevê que os motivos que justificaram a coleta de tais informações devem ser previamente cientificados ao titular. Além disso, o mencionado princípio se desdobra na recomendação de exclusão ou anonimização das informações pessoais quando não forem mais imprescindíveis para as atividades que ensejaram a sua exação (TEFFÉ e VIOLA, 2020).

Há uma limitação ao denominado uso secundário dos dados pessoais. Melhor dizendo, o tratamento posterior das informações pessoais dos indivíduos deve guardar uma espécie de compatibilidade com as motivações originais que culminaram na sua coleta (ANPD, 2023). Essa avaliação, de acordo com Guia Orientativo da ANPD deve

observar os seguintes pontos: i) o contexto da situação concreta; ii) a existência ou não de uma ligação jurídica ou fática entre os fins originários e os motivos para realização de um manuseamento posterior; iii) a natureza das informações pessoais, de modo que os dados sensíveis sejam mais resguardados; iv) as expectativas dos indivíduos e eventuais impactos em seus direitos e v) a finalidade pública e o interesse público envolvidos no tratamento secundário dessas informações, bem como a relação entre as competências previstas dos órgãos ou entidades relacionadas.

Não se afasta, ainda, a necessidade de observância de que a finalidade do tratamento de dados pela Administração Pública deve sempre atender a uma finalidade pública propriamente dita. Desse modo, o manuseamento de informações pelo Poder Público pressupõe que as motivações públicas sejam legítimas, específicas, explícitas e informadas.

Em relação à primeira, se estabelece que, invariavelmente, a finalidade pública deve ser lícita e passível de ser enquadrada no ordenamento jurídico vigente. Ademais, deve, como analisado anteriormente, existir uma base legal que efetivamente autorize o tratamento de dados pessoais. Já quanto à especificidade é necessário que seja possível dizer o escopo do tratamento e as medidas que serão aplicadas para salvarguardar as informações.

A finalidade explícita é aquela que é delineada de modo a não provocar dúvidas ou ambiguidades. Já a informada pressupõe que haja uma disponibilização das motivações em uma linguagem simples e facilmente compreensível pelos titulares (ANPD, 2023). Acontece que, no período pandêmico, por exemplo, foram listadas diversas medidas de compartilhamento de dados entre instituições públicas que pareciam ir em sentido contrário a estas determinações.

No ano de 2017, a Ministra Carmen Lucia do Supremo Tribunal Federal proferiu decisão vetando o fornecimento de informações coletadas pelo IBGE ao Ministério Público Federal, uma vez que tal medida poderia ocasionar em uma transgressão ao sigilo estatístico. No ano seguinte, outro Ministro da Corte, Luís Roberto Barroso, negou que dados coletados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) compartilhasse informações com o Tribunal de Contas da União (WIMMER, 2020).

Essa segunda decisão listada acima se baseou na ideia de que a alteração da finalidade do tratamento dos dados pessoais iria contra preceitos constitucionais, o que subverteria a autorização consentida pelos titulares das informações, nos termos do relatado pela Autora Miriam Wimmer. Ademais, o Ministro Relator entendeu que a possibilidade de uso secundário importaria em uma violação ao dever de preservação do sigilo das comunicações.

Em 2020, durante a pandemia de Covid-19, o IBGE entendeu que seria devida a realização do censo por meio de ligações telefônicas, dado às restrições sanitárias. Para que isso acontecesse, contudo, seria necessária a existência de uma base de dados telefônicos confiável, o que instigou a edição da Medida Provisória 954/2020.

O texto normativo citado determinava que as concessionárias prestadoras de serviços de telecomunicação fixa e móvel fornecessem ao IBGE, por meio eletrônico, diversas informações sobre os consumidores, como nomes, endereços, número de telefone, dentre outros. Tal medida provisória foi questionada por meio de cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo (WIMMER, 2020).

Miriam Wimmer aponta que o julgamento, curiosamente, voltou-se para o cenário de que a finalidade do tratamento de tais informações pelo Poder Público não encontrava uma especificação expressa e nem um interesse público legitimamente delineado. Entretanto, os Ministros da Corte optaram por não adentrar em um debate relevantíssimo, qual seja, a alteração das motivações para coleta das informações pessoais dos consumidores.

Mais tarde, a Suprema Corte brasileira se deparou com o julgamento da ADPF 695 que tratava sobre a transferência de dados entre o Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) e a Agência Brasileira de Inteligência. O compartilhamento era justificado por um singelo Termo de Autorização que, por sua vez, se amparava no Decreto nº 10.046/2019.

Apesar do dispositivo normativo ter sido revogado, a Corte entendeu que seria pertinente tratar sobre o tema. Durante o julgamento da matéria no STF, o Ministro Gilmar Mendes consagrou a noção de que o ordenamento jurídico brasileiro atual não permitia um livre fluxo e compartilhamento irrestrito de informações entre os diversos órgãos da Administração Pública. Na verdade, as transferências de informações pessoais dos cidadãos dentro do Poder Público deveriam observar princípios como o da proporcionalidade, bem como as razoáveis expectativas dos titulares, a natureza dos dados tratados e os possíveis danos a serem suportados pelos titulares (WIMMER, 2020).

Recentemente, o STF, no dia 18/04/2024, julgou a validade constitucional dos dispositivos contidos nos artigos 13-A e 13-B do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.344/2016. Tais disposições normativas preveem que os Delegados de Polícia e o Ministério Público estão autorizados a solicitarem informações diretamente às empresas privadas ou outros órgãos do Poder Público sobre suspeitos ou vítimas de crimes relacionados ao tráfico de pessoas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2024).

As informações tratadas na legislação se referem ao nome, filiação e endereço de ci-

dados, bem como geolocalização e/ou dados sobre celular ou internet. Durante o julgamento, os Ministros da Corte, por maioria, entenderam que, por se tratar de crimes graves que necessitariam de serem investigados de forma célere, os princípios constitucionais da proteção à intimidade e vida privada deveriam ser relativizados.

De acordo com os debates judiciais, o interesse social em evitar a ocorrência de crimes que possam culminar em risco de vida para a vítima ou sequestro internacional justificariam a relativização dos princípios citados alhures. Por isso, a Corte entendeu que seriam válidas as regras que preveem o compartilhamento de informações entre empresas privadas e/ou outros órgãos do poder público com as entidades de investigação (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2024).

A Suprema Corte Brasileira se preocupou em deixar claro que os dados recebidos pelo Ministério Público e as autoridades policiais, no âmbito das investigações de crimes de tráfico de pessoas, deveriam ser utilizados apenas para apurações de crimes de cárcere privado, redução à condição análoga à de escravo, tráfico de pessoas, sequestro-relâmpago, extorsão mediante sequestro e envio ilegal de criança ao exterior.

Apesar da versão final dos votos dos Ministros ainda não ter sido divulgada, novamente, se mostra interessante que a análise acerca do princípio da finalidade tenha sido suprimida pela Corte. Nesse caso, seria pertinente imaginar que, dado ao tema envolver justamente compartilhamento de dados coletados para fins diversos, o STF se voltaria para tal análise, contudo, não parece ter sido esse o caso.

De qualquer modo, o julgado se mostra relevante para o debate que abordamos no presente artigo, como será mais aclarado a seguir. As cidades inteligentes são essencialmente movidas pelo tratamento de dados pessoais. A coleta indiscriminada e o tratamento desenfreado de informações dos cidadãos nesses projetos de gestão urbana indicam a necessidade de edição de normativos para implementação de dispositivos tecnológicos (GUIMARÃES, 2023).

Há a necessidade de introdução de relatórios de impacto à privacidade como requisito para edição de normativos para a introdução de mecanismos de IoT e outras tecnologias relacionadas no contexto de cidades inteligentes (GUIMARÃES, 2023). Imprescindível que haja também a definição acerca de qual a finalidade de cada um dos dados coletados, o que se relaciona diretamente com os debates narrados acima sobre compartilhamento de informações pessoais entre órgãos públicos para fins diversos dos originários.

A cidade do Rio de Janeiro introduziu, no ano de 2016, o Centro de Operações da Prefeitura. Apesar de não ser um projeto que se amolda perfeitamente, ainda, à disci-

plina de cidades inteligentes, os mecanismos tecnológicos introduzidos pela mencionada cidade no contexto urbano parecem caminhar para a criação de uma *smart city*. Por isso mesmo, importante tratar sobre o cenário como um exemplo para os riscos que buscamos evidenciar com o presente trabalho.

Tal projeto utiliza sensores e câmeras instaladas em diversos pontos da cidade do Rio de Janeiro, bem como outras tecnologias gerenciadas por órgãos públicos, privados, imprensa e pela própria população (CENTRO DE OPERAÇÕES RIO, 2022). Os sistemas, de acordo com o site da corporação, funcionam durante vinte e quatro horas por dia e visam reduzir os impactos em emergências.

São coletadas informações, no cenário do Centro de Operações da Prefeitura do Rio de Janeiro, como: i) dados sobre o tráfego; ii) transporte público; iii) serviços de segurança e emergência; iv) dados sobre o clima e tempo; v) opiniões públicas postadas pelos cidadãos em redes sociais, dentre outros. Com esse aparato, então, é possível que sejam extraídos dados sensíveis e/ou bases essenciais para a vida privada.

É com base nesse contexto que se extrai o seguinte questionamento: se os dados angariados no Centro de Operações do Rio de Janeiro são coletados para gestão pública, poderiam ser compartilhados com órgãos de investigação? Nos parece que, com base na recente decisão do STF, para crimes graves e de rápida ação, a resposta seria verdadeira. Entretanto, a resposta, com base no próprio princípio da finalidade, não pode ser assim tão simples.

É necessário sopesar, antes de mais nada, que, como explica a Professora Miriam Wimmer, o debate sobre a proteção de dados dos cidadãos e o compartilhamento de informações entre órgãos públicos parece girar entre a contraposição de direitos iminentemente individuais e interesses sociais amplos. Apesar disso, é importante entender que a proteção à privacidade dos cidadãos adquire um contorno de complexidade social.

Nesse formato, a mencionada Autora afirma que a Administração Pública não pode ser entendida como apenas uma única unidade informacional. Assim, o tratamento de informações pessoais por cada órgão público perpassa pela própria definição de sua competência legal, sendo vedado o uso de dados pessoais para fins diversos dentro do próprio Estado (WIMMER, 2020).

A relação entre os motivos que ensejaram a coleta e a finalidade do uso por outro órgão público deve ser analisada com base no princípio da proporcionalidade. Deve-se observar, imprescindivelmente, os seguintes fatores: i) se não há uma abusividade na utilização secundária das informações pessoais; ii) se há um interesse público rele-

vante envolvido nas ações; iii) os limites que razoavelmente poderiam ser pensados pelos cidadãos na época do fornecimento, dentre outros (DONEDA e VIOLA, 2009).

Miriam Wimmer identifica que, no cenário internacional, existem documentos que identificam a possibilidade de superação da incompatibilidade de finalidades entre as razões que ensejaram a coleta dos dados pessoais e a utilização secundária de tais informações. A Autora cita como exemplo a Opinião n. 3/2023 do *Working Party 29*, as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico sobre privacidade e o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados da União Europeia.

A superação de eventuais incompatibilidades de finalidades, entretanto, deve passar por um consentimento do titular e/ou a existência de uma base legal específica que observe os direitos dos titulares e os princípios da proteção de dados pessoais (WIMMER, 2020).

Com base em todas essas discussões, é possível dizer que o princípio da finalidade não é e nem poderia ser entendido como uma vedação absoluta em relação ao compartilhamento de dados entre órgãos diversos da Administração. Contudo, tal direito não pode ser facilmente sopesado, devendo ser analisado com base nos elementos listados acima, ainda que estejamos tratando sobre crimes graves e de rápida reação.

O que se busca aclarar é que não há uma regra absoluta que vede ou que autorize o compartilhamento de dados pessoais, especialmente, no contexto de projetos de cidades inteligentes. Caso fosse possibilitado o compartilhamento desenfreado de informações biométricas dos cidadãos coletadas pelas câmeras do Centro de Operações da Prefeitura do Rio de Janeiro com órgãos investigativos, por exemplo, estar-se-ia inserindo a população em um cenário de supervigilância.

Os direitos à privacidade e a proteção de dados pessoais, no cenário listado acima, estariam, diariamente, sendo transgredidos pelas próprias instituições públicas. Por isso mesmo, se determina a necessidade de adoção de uma legislação forte que, com base nos princípios da finalidade, proporcionalidade e razoabilidade, realizem o afastamento de tais garantias apenas em casos expressamente justificáveis.

Não se extrai, ainda, a necessidade de que haja uma transparência por parte dos órgãos públicos sobre o possível compartilhamento de informações para fins diversos. Os cidadãos devem ser cientificados e devem entender com clareza quais são os dados coletados e em quais cenários poderá ocorrer o uso secundário no contexto de cidades inteligentes.

Os riscos e a abrangência de dados coletados nos projetos de cidades inteligentes comprovam, cada vez mais, que o princípio da finalidade seja diretamente observado

pela Administração Pública. Importante sempre lembrar que os fins nunca justificam os meios e que a transgressão aos direitos dos titulares só deve ocorrer quando devidamente justificado.

5. Conclusão

O presente artigo visou perquirir sobre a possibilidade de utilização de informações pessoais coletadas por tecnologias implementadas em projetos de cidades inteligentes para fins diversos. Essencialmente, tal análise utilizou como premissa o princípio da finalidade, previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Inicialmente, visou-se abordar as principais denominações utilizadas pela doutrina para definição do termo cidade inteligente. Na sequência, foi demonstrada a aplicação da LGPD aos projetos de *smart cities*, bem como a avaliação de que a maioria das tecnologias usadas para modernização da gestão urbana envolvem o tratamento de dados.

Nessa esteira, estabeleceu-se a relação entre o princípio da finalidade e o compartilhamento de dados coletados nas cidades inteligentes entre órgãos da Administração Pública. Em essência, entendeu-se que não há uma vedação ao uso secundário de tais informações, contudo, é necessário que sejam avaliados diversos requisitos para que tais ações sejam devidamente justificadas.

Além disso, as tecnologias implementadas nos projetos de criação de cidades inteligentes não podem ser utilizadas com o mero intuito de vigiar os cidadãos. Na realidade, devem ser observados os verdadeiros intuitos da introdução de IoTs e outros mecanismos tecnológicos, quais sejam, o aprimoramento da gestão dos centros urbanos e a melhor definição de políticas públicas atuais ou futuras que ensejam em benefícios para a população.

REFERÊNCIAS

ANPD. Tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. Brasília: [s.n.], 2023.

CARAGLIU, A.; DEL BO, C.; NIJKAMP, P. Smart cities in Europe. 3rd Central European Conference in Regional Science – CERS, 2009. 45-59.

CENTRO DE OPERAÇÕES RIO. HISTÓRIA. Cor Rio, 2022. Disponível em: <https://cor.rio/historia/>. Acesso em: 12 maio 2024.

CHOURABI, H. et al. Understanding Smart Cities: An Integrative Framework. 45th Hawaii International Conference on System Sciences, p. 2289-2297, 2012. ISSN DOI 10.1109/HICSS.2012.615.

DONEDA, D.; VIOLA, M. Risco e Informação Pessoal: o Princípio da Finalidade e a Proteção de Dados no Ordenamento Brasileiro. Revista Brasileira de Risco e Seguro, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 85 a 102, outubro 2009.

GIBSON, D. V.; KOZMETSKY, G.; SMILOR, R. W. The Technopolis Phenomenon: Smart Cities, Fast Systems, Global Networks. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1992.

GIFFINGER, R. et al. Smart cities – Ranking of European medium-sized cities. Vienna : Centre of Regional Science, 2007.

GUIMARÃES, A. L. M. CIDADES INTELIGENTES E PROTEÇÃO DE DADOS: RISCOS, POSSIBILIDADES E REGULAÇÃO SOB A ÉGIDE DA LGPD. Brasília: IDP, 2023.

IBGE. De 2010 a 2022, população brasileira cresce 6,5% e chega a 203,1 milhões. Agência IBGE Notícias, 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37237-de-2010-a-2022-populacao-brasileira-cresce-6-5-e-chega-a-203-1-milhoes#:~:text=Em%202022%2C%20as%20concentra%C3%A7%C3%B5es%20urb%20anas.viam%20em%20cidades%20des>. Acesso em: 29 Abril 2024.

KITCHIN, R. Getting smarter about smart cities: Improving data privacy and data security. Dublin: Department of the Taoiseach, 2016.

KITCHIN, R. The ethics of smart cities and urban science. Phil.Trans.R.Soc. , County Kildare, p. 1-15, Julho 2016. ISSN <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2016.0115>.

KITCHIN, R. Data-driven urbanism. 1ª. ed. [S.l.]: Routledge, 2017.

SCHAFFERS, H.; KOMNINOS, N.; PALLOT, M. Smart Cities as Innovation Ecosystems Sustained by the Future Internet. EU: FIREBALL White Paper , 2012.

SCHERTEL MENDES, L. et al. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. 2ª. ed. [S.l.]: Forense, 2023.

SILVA, C. E. V. O DIREITO À PRIVACIDADE E OS LIMITES DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL DIANTE DO AVANÇO TECNOLÓGICO: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE.

Brasília: UNB, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF valida repasse de dados telefônicos, sem autorização judicial, para investigação de crimes graves. STF, 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=532701&ori=1>. Acesso em: 12 Maio 2024.

TEFFÉ, C. S.; VIOLA, M. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. Civilistica.com, Rio de Janeiro, 2020.

UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME (UN-HABITAT).

World Cities Report 2022. United Nations Human Settlements Programme. Nairobi. 2022. (978-92-1-132894-3).

US SUPREME COURT. KATZ v. United States. Justia, 1967. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#:~:text=United%20States%2C%20389%20U.S.%20347%20\(1967\)](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/#:~:text=United%20States%2C%20389%20U.S.%20347%20(1967)). Acesso em: 09 Maio 2024.

VIEIRA, J. R. Direitos à intimidade e à vida privada. Curitiba: Juruá, 2008.

WARREN, S.; BRANDEIS, L. The Right to Privacy. Harvard Law Review, v. IV, Dezembro 1890. ISSN 5.

WIMMER, M. Limites e possibilidades para o uso secundário de dados pessoais no poder público: lições da pandemia. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, 06 Novembro 2020. 123 a 142.

ZANELLA, A.; VANGELISTA, L. Internet of Things for Smart Cities. IEEE INTERNET OF THINGS JOURNAL, v. 1, n. 1, p. 22-32, Fevereiro 2014. ISSN 10.1109/JIOT.2014.2306328.

ZATARAIN, J. M. N. Smart cities and personal data: balancing innovation, technology and the law. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, Julho a Dezembro 2018. 205 a 223.

CORONELISMO DIGITAL: UM NOVO CONCEITO E SUA INFLUÊNCIA NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

DIGITAL CORONELISM: A NEW CONCEPT AND ITS INFLUENCE ON REPRESENTATIVE DEMOCRACY

AUTORAS

Ana Carolina Vangelados e Lima
Rafaela Goulart

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o conceito de "coronelismo" conforme definido por Victor Nunes Leal e seu desenvolvimento para o fenômeno do "coronelismo eletrônico", levantando o questionamento sobre o surgimento de um "coronelismo digital" na política contemporânea em face do surgimento das redes sociais e, especialmente, da utilização de *fake news*. O estudo visa investigar coronelismo em sua essência primária, caracterizado pelo controle político regional através dos "coronéis", e a possível adaptação do modelo tradicional do coronelismo ao cenário digital e a utilização de estratégias de desinformação, através das *fake news*. Adicionalmente, busca-se investigar as últimas eleições no Brasil e nos Estados Unidos, e como a disseminação de informações falsas podem influenciar na democracia representativa e a legitimidade dos processos eleitorais.

Palavras-chave: Coronelismo; Democracia; Eleições; *Fake News*

ABSTRACT

This article aims to analyze "coronelism" as conceptualized by Victor Nunes Leal, its evolution into "electronic coronelism," and raises questions about the emergence of

"digital coronelism" in contemporary politics amidst the rise of social networks, particularly the use of fake news. The study investigates coronelism in its foundational essence, characterized by regional political control through "coronels," and explores the potential adaptation of the traditional coronelism model to the digital landscape and the employment of disinformation strategies, including fake news. Furthermore, it examines recent Brazilian and American elections to assess how the dissemination of false information can impact representative democracy and the legitimacy of electoral processes.

keywords: Coronelism; Democracy; Elections; Fake News

INTRODUÇÃO

Em 13 de agosto de 2021, durante um debate promovido pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE), a Ministra do Supremo Tribunal Federal (STF), Carmen Lúcia, expressou preocupação com o fenômeno emergente do "coronelismo digital". A ministra destacou que a disseminação de *fake news* representa uma forma de opressão e alertou sobre o surgimento do "coronelismo digital" (MOTTA, 2021).

Em outra oportunidade, a Ministra destacou sua preocupação com o surgimento do "coronelismo digital", observando que há um enorme volume de dados sendo transmitidos pelos dispositivos atuais, o que levanta temores sobre a criação de um novo tipo de coronelismo na era digital (GALF, 2024).

Carmen Lúcia menciona uma analogia com o que chama de "marmita digital", comparando-a à prática de compra de votos no século XIX, onde os trabalhadores recebiam comida e instruções claras sobre em quem votar. No contexto atual, a "marmita digital" seria a indicação direta de quem votar por meio do celular, simplificando o processo para o eleitor, que apenas segue as instruções recebidas sem a necessidade de pensar por si mesmo (GALF, 2024).

Em um momento em que as eleições brasileiras se permeiam de propagação de *fake news*, o Tribunal Superior Eleitoral – TSE alterou a Resolução nº 23.610/2019, trazendo diversas novidades para a disputa eleitoral de 2024. Entre as medidas para combater a disseminação de informações falsas e prejudiciais *online*, incluem-se a proibição de *deep fakes*, a exigência de avisos sobre o uso de Inteligência Artificial – IA em campanhas eleitorais, a limitação do uso de robôs para interagir com eleitores e a responsabilidade das *big techs* em remover imediatamente conteúdos que contenham desinformação, discurso de ódio, ou promovam ideologias racistas, homofóbicas, nazistas ou fascistas.

Nesse contexto, o presente artigo pretende contribuir para a análise de eventual surgimento de um "coronelismo digital", em face dos conceitos trazidos por Victor Nunes Leal, no livro *Coronelismo: enxada e voto*, em, 1949, e ainda dos autores que trouxeram a evolução daquele conceito ao de "coronelismo eletrônico".

O trabalho busca enfrentar o seguinte problema: como o fenômeno do "coronelismo digital" se manifesta no contexto das eleições brasileiras contemporâneas, e quais são os potenciais impactos desse fenômeno na integridade do processo democrático, especialmente considerando a disseminação de *fake news*? Para responder a essa pergunta, adota-se abordagem dedutiva e qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Além disso, será realizada uma análise comparativa das eleições brasileiras e estadunidenses, com foco na disseminação de *fake news* e seus impactos na democracia representativa.

1. OS TRAÇOS ORIGINÁRIOS DO CORONELISMO E SUAS NOVAS VERTENTES COM O SURGIMENTO DE TECNOLOGIAS

O coronelismo, conforme definido por Victor Nunes Leal, é "principalmente um pacto – um acordo de troca mútua entre o fortalecimento do poder público e a diminuição da posição social dos chefes locais" (LEAL, 2012, p. 23). O autor entrelaça os coronéis com a estrutura agrária, colocando-os assim no cenário da história brasileira durante a Primeira República (1889- 1930), quando não existia sistema de voto secreto. A servidão econômica dos trabalhadores rurais a estes coronéis, juntamente com a ausência de anonimato eleitoral, levou ao que ficou conhecido como "voto de cabresto", onde os votos eram abertamente controlados pelos poderosos proprietários de terras aos quais os eleitores estavam economicamente ligados.

A dinâmica de poder do coronel é mantida por um intrincado acordo entre o governo estadual e o líder local. Neste acordo, o líder ganha autoridade sobre cargos públicos importantes no município, que vão desde escolas a esquadras de polícia e outras agências estatais. Em troca deste controle, ele promete o seu apoio durante os próximos ciclos eleitorais. (LEAL, 2012). Segundo o autor:

[...] o "coronelismo" é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras. Não é possível, pois, compreender o fenômeno sem referência à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visíveis no interior do Brasil (LEAL, 1997, p. 23).

À medida que nos aprofundamos nos fatores econômicos que levaram à ascensão dos coronéis, é importante reconhecer que a agricultura estava em ascensão, o que

implicou que os grandes proprietários de terras tinham influência financeira significativa para dominar as áreas urbanas rurais, incluindo aquelas que rodeiam as suas explorações. Quando a crise de 1929 eclodiu, os produtores primários de café no Vale do Paraíba registraram quedas acentuadas nos números de vendas como resultado das repercussões em cascata da depressão que atingiu os mercados dos EUA e de muitas nações a nível mundial.

A crise do mercado cafeeiro foi um evento que diminuiu a riqueza dos proprietários rurais, ao mesmo tempo em que favoreceu banqueiros, industriais e empresários de bens de consumo. Mas no meio destas mudanças também assistimos a um aumento da população urbana e dos eleitores elegíveis. Uma maior interconectividade entre áreas urbanas e rurais passa a ser uma realidade graças aos avanços nas comunicações e nos transportes. No contexto brasileiro, esses elementos serviram de pilares para a equidade social e econômica do coronelismo nos diversos estados do país (LEAL, 2012).

Victor Nunes aponta que o coronelismo nasce da confluência de um acontecimento político e de uma tendência econômica, especificamente, da solidificação dos governos estaduais como atores importantes na política e da queda econômica dos proprietários rurais (LEAL, 2012). Assim, surge durante um período em que o poder autocrático está a diminuir e o controle estatal está a aumentar. Este compromisso implica que o Estado conceda apoio e influência ao coronel, enquanto o coronel retribui com votos para reforçar a política do governador.

A análise de Leal (2012) sobre os trabalhadores rurais, prejudicados pela falta de educação, informação devido ao analfabetismo ou semianalfabetismo, e dificuldades no acesso aos cuidados de saúde, demonstra como os proprietários de terras criam uma relação de dependência com estes trabalhadores vulneráveis. Os trabalhadores sentem-se em dívida com os seus empregadores, que lutam para satisfazer as suas necessidades básicas em troca do que consideram favores prestados. O autor também postula que tal estrutura não só comprometeu o seu sentido de direitos como cidadãos, mas também sufocou as suas aspirações por melhores perspectivas e aspirações à emancipação política.

Sobre o processo eleitoral, o referido autor aponta que "o município é, no Brasil, a peça básica das campanhas eleitorais" (LEAL, 2012, p. 137) e que o sistema representativo é o alimento do coronelismo. Se, em dadas circunstâncias, a depender do que demandou a política e a economia nacionais e, consequentemente, internacionais, o processo eleitoral for suspenso - como ocorrera na era Vargas -, não significa que o coronelismo desapareceu. Com efeito, o que se vê diante de eventual descontinuação do regime eleitoral-representativo é a acomodação do sistema para sobreviver.

Nas palavras do autor: "convocai o povo para as urnas, como sucedeu em 1945, e o 'coronelismo' ressurgirá das próprias cinzas, porque a seiva que o alimenta é a estrutura agrária do país" (LEAL, 2012, p. 139).

Percebe-se que, ainda que haja alterações, há a recomposição das formas anteriores sem rompimento efetivo com a estrutura que alimenta o coronelismo. Como ensina István Mészáros:

[...] dadas as determinações da ordem social, que são inseparavelmente estruturais e históricas, o 'tradicional' continua a desempenhar um papel crucialmente importante em todas as formações sociais concebíveis, por mais avançadas que sejam. Com efeito, no relacionamento dialético entre a normatividade legalmente articulada e as formas tradicionais de normatividade socialmente efetiva, a primazia é desta última, e permanece com ela mesmo sob as condições da 'modernidade' capitalista. (2004, p. 88).

No processo de modernização conservadora no Brasil há reajustes, reordenamentos dentro da ordem, mas não rompimento com a estrutura agrária, que representa o tradicional. Nesse sentido, Leal (2012, p. 234) lembra que o coronelismo é fenômeno constitutivo do regime republicano em que pese "diversos elementos que ajudam a compor o quadro do 'coronelismo' [serem] de observação frequente durante o Império e alguns deles no próprio período colonial".

O que Victor Nunes Leal revela é que há reposição de formas sociais, mesmo quando há tentativas de romper com as anteriores, como se deu no período da chamada Era Vargas e na chamada redemocratização em 1945/1946, período final tratado pela obra analisada. Fica claro, portanto, que o conceito traçado por Leal (1997) ganhou novo matiz com a marcha do progresso tecnológico, oferecendo novo sentido à ideia no final do século XX.

O termo "eletrônico" lançou uma luz diferente sobre o assunto, vendo a mídia brasileira não como entidades isoladas, mas intrinsecamente entrelaçadas em vários tecidos políticos. Isso conduziu os estudiosos por diversos caminhos: desde conceitos básicos até a identificação de indivíduos influenciados pelo poder público por meio do controle do rádio e da TV para a mediação eleitoral. Estas foram explorações das quais outros se basearam em detalhes que cercam esses eventos – mesmo anos depois, alimentando a curiosidade entre aqueles que buscavam uma perspectiva histórica sobre tais assuntos (PIERANTI, 2008).

O termo "coronelismo eletrônico" foi amplamente adotado desde que foi introduzido pela primeira vez por Célia Stadnik em 1991, não apenas entre acadêmicos e a mídia, mas também por membros de organizações da sociedade civil. A ampla gama de atores

e discussões em torno deste conceito leva a uma certa imprecisão e falta de coerência teórica. Isto impede o progresso nos esforços de investigação, bem como os diálogos sobre as relações políticas que os poderes locais partilham com as entidades nacionais.

No sistema de coronelismo eletrônico, a produção de cultura e informação tem um peso predominantemente político-eleitoral. Assim, o processo de comunicação atende a dois fins: transformar os indivíduos em mercadorias diferenciadas de um cenário politicamente partidário por meio de abordagens patrimoniais em uma extremidade, ao mesmo tempo em que atua como uma ferramenta estratégica para manutenção e defesa do poder, o que acontece diariamente pressionando as autoridades públicas, e identificando demandas sociopolíticas na outra ponta (AIRES; SANTOS, 2022).

O coronelismo eletrônico, tal como descrito por Santos (2005), está enraizado numa relação simbiótica entre os níveis de poder nacional e local, criando uma rede de influência entre funcionários do governo e líderes locais do setor privado que possuem canais de comunicação social. Além disso, Garcia (2006) observa que este novo modelo de coronelismo é proeminente no nosso país, onde grandes proprietários de empresas de comunicação endossam determinados candidatos e promovem descaradamente as suas campanhas através das suas plataformas.

A ascensão das redes sociais, juntamente com as grandes tecnologias, introduz novos criadores de ondas nas redes de influência que envolvem os setores público e privado, bem como os seus líderes locais. A pesquisa Redes Sociais e Notícias Falsas, divulgada pelo DataSenado mostrou que 9 em cada 10 brasileiros (91%) concordam que as redes sociais influenciam muito a opinião das pessoas (BARBOSA, 2020). Em uma pesquisa também conduzida pelo Senado em 2019 já apontava esse caminho, sendo que 45% dos entrevistados afirmaram que decidiram os votos em período de eleição levando em conta informações vistas em alguma rede social.

Iremos, assim, traçar paralelos explorando os coronéis sob o enquadramento apresentado por Victor Nunes Leal aos influenciadores digitais na era das *big techs*.

2. AS REDES SOCIAIS E SUA INFLUÊNCIA NO SURGIMENTO DE UM NOVO MODELO DE CORONELISMO

“Coronelismo eletrônico” é o termo que descreve a troca de favores políticos entre detentores do poder estatal e proprietários de emissoras de televisão. Esta relação dificulta a capacidade da TV de representar diversas perspectivas, um aspecto essencial de qualquer transmissão televisiva que deve sempre priorizar o interesse público sobre os interesses privados. Hallin e Papathanassopoulos (2002) argumentam que esta prática compromete a independência social institucional e como resultado, vemos os meios de

comunicação social a serem geridos de acordo com agendas partidárias ou interesses familiares porque comprometeram a sua autonomia devido a estas relações.

Durante as décadas de 50 e 60, o populismo se enraizou no Brasil. Uma prática política em que os eleitores eliminavam a figura tradicional do coronel, mas em vez disso viam os políticos como líderes urbanos – alguém que admiravam em busca de assistência e proteção. Carvalho (2001) argumenta que no Rio de Janeiro o populismo levou a um sistema de corrupção clientelista por meio do qual favores eram distribuídos com recursos públicos. Infelizmente, no momento em que o eleitorado começava a libertar-se deste domínio da corrupção através da consciência, o golpe de 1964 pôs fim a esta experiência evolutiva; paralisando o progresso da democracia por um período de vinte e seis anos.

O que testemunhamos agora não é muito diferente das práticas da República Velha. O autoritarismo, a repressão dos opositores políticos e o abuso de poder ainda estão presentes. A diferença entre os dois está na forma como selecionamos nossos líderes. Na República Velha, o voto estava aberto apenas a um grupo seleto: homens alfabetizados com mais de 21 anos e economicamente privilegiados. Na República democrática de hoje, a votação deve ser secreta e para todos.

Como já mencionado, o “coronelismo eletrônico” foi cunhado por Stadnik (1991) em um trabalho acadêmico onde introduziu o conceito de coronelismo “eletrônico” para explicar “a relação entre governadores e parlamentares federais com veículos de comunicação de massa” (STADNIK, 1991, p. 1). Para Stadnik, qualquer aparição de políticos na mídia já sugeria “coronelismo eletrônico”.

Nesse sentido, podemos correlacionar o “coronelismo eletrônico” com a hipótese de “coronelismo digital”, vez que, na era das *big techs* grandes políticos estão presentes nas redes sociais, como, por exemplo, o atual presidente brasileiro, Lula Inácio¹, que conta com 13,2 milhões de seguidores no *instagram*, o ex-presidente Jair Bolsonaro², com 25,5M, que protagonizam uma rivalidade na corrida presidencial brasileira. Nos Estados Unidos o atual presidente Joe Biden³ possui 19,1 milhões de seguidores e seu rival Donald Trump⁴ conta com 24,3 milhões de seguidores, o que demonstra uma grande representação política nas redes sociais. Esses dados são referentes até maio de 2024.

¹ Perfil oficial do Instagram do presidente Luís Inácio Lula da Silva. Disponível em: <https://www.instagram.com/lulaoficial>. Acesso em: 13 de maio de 2024.

² Perfil oficial do Instagram do ex-presidente Jair Bolsonaro. Disponível em: <https://www.instagram.com/jairmessiasbolsonaro/?hl=pt-br>. Acesso em: 13 de maio de 2024.

³ Perfil oficial do Instagram do presidente Joe Biden. Disponível em: <https://www.instagram.com/joebiden/?hl=pt-br>. Acesso em: 13 de maio de 2024.

⁴ Perfil oficial do Instagram do ex-presidente Donald Trump. Disponível em: <https://www.instagram.com/realdonaldtrump/>. Acesso em: 13 de maio de 2024.

Questão central levantada por Santos e Capparelli ao mencionarem que “os coronéis se adaptaram ao novo formato” da sociedade, não apenas naquelas décadas do início do século XX (2005, p. 78). A opinião deles é que a mudança dos coronéis rurais para os ambientes urbanos aconteceu sem problemas, sem grandes convulsões, porque eles sentem que a transição aconteceu de acordo com os interesses das pessoas naturalmente: neste caso, vemos uma figura ameaçadora coagida a ser facilmente adaptada pelo coronelismo à nossa situação atual. Suzy dos Santos, em seu estudo sobre o “coronelismo eletrônico” trata da adaptação do coronelismo:

Se a terra no coronelismo servia ao coronel como instrumento de ampliação da sua influência, a radiodifusão no coronelismo eletrônico é ainda mais eficiente: serve para difundir a imagem protetora do coronel, serve para controlar as informações que chegam ao eleitorado e serve, por fim, para atacar os inimigos. Estas funções da radiodifusão justificam, para o coronel, a busca do controle desses meios e o cuidado para deixar seus inimigos longe deles (SANTOS, 2006, p.21).

Santos e Capparelli postulam que o termo “coronelismo eletrônico” encapsula a relação entre o clientelismo político e os detentores do poder com os proprietários de canais de TV (2005, p. 80). A prática entrelaçada de clientelismo entre o Estado e os meios de comunicação de massa tem as suas raízes nos primórdios da imprensa – até 1861, quando Karl Marx levantou a voz. Ele destacou como os jornais londrinos não representavam a opinião pública, mas sim ecoavam as vozes dos políticos que os favoreciam com regalias, revelando assim o alcance gradual do clientelismo da política para as comunicações de massa devido à sua natureza estratégica juntamente com a corrupção; ambos sendo identificados como males que dificultam os sistemas democráticos durante séculos a fio.

A observação de Santin (2008) retrata um período em que as eleições foram dominadas pelo coronelismo. Nessas alturas, existia uma prática em que os eleitores trocavam os seus votos por favores pessoais; este ato contradizia inerentemente a própria essência dos princípios democráticos. A situação conduziu a um impasse no desenvolvimento do país, uma vez que os aspectos econômicos e sociais foram colocados em espera, favorecendo os interesses individuais em detrimento dos direitos mais amplos da sociedade. Este acontecimento histórico encontra paralelo na sociedade brasileira de hoje, ainda nos apegamos a interesses individuais que não dão frutos, mas que nos privam ainda mais de alcançar o bem comum.

Para Lima e Lopes, nesta nova era de coronelismo “eletrônico”, surge um novo “coronel” que trabalha para promover a si mesmo e a seus aliados, ao mesmo tempo em que sufoca qualquer oposição de oponentes políticos, ele ocupa o centro do palco ao influenciar a opinião pública, o que afeta enormemente a tomada de decisões do

Estado. A moeda de troca ainda é o voto como no antigo coronelismo, mas agora não baseado na propriedade da terra – mas no controle da informação – o que o desloca daqueles que formam a opinião pública, situação esta que permanece no cenário das redes sociais.

Apesar da distância temporal em relação à obra de Leal (1975), o Brasil, atualmente, também conta com uma população majoritariamente carente de recursos financeiros e educacionais, sendo induzida ao voto, muitas vezes, por pressão psicológica da propaganda política de má-fé e por inverdades proliferadas por chefes locais e candidatos, que condicionam a opção do eleitor à manutenção do recebimento de auxílios do governo, por exemplo, traço marcadamente neocoronelista.

Segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral, o eleitorado brasileiro totaliza atualmente cerca de 148 milhões de eleitores. Destes, cerca de 56% não concluíram o ensino médio. Levando em conta as dificuldades enfrentadas na educação pública refletidas nas taxas de analfabetismo funcional e na falta de familiaridade com noções de ciências básicas, pode-se afirmar que esse contingente populacional não tem o necessário entendimento sobre os seus direitos civis e políticos, tampouco do funcionamento do Estado e do processo eleitoral (BRASIL, 2019).

A questão das notícias falsas assume grande importância neste quadro. O seu desenvolvimento e propagação através dos canais de acessibilidade às massas levam-nos à era em que as redes sociais e os dispositivos eletrônicos pintam o quadro principal. Um estudo recente do Instituto Reuters para o Estudo do Jornalismo pinta um quadro nítido: mais brasileiros estão recorrendo às mídias sociais para obter sua dose de informação. Esta onda mostra uma trajetória ascendente, uma ascensão que desafia a gravidade – em 2013, apenas 47% procuravam detalhes nas redes sociais; mas em 2016 esse número disparou para 72% (VISMARI, 2018).

As notícias falsas chamaram muita atenção quando foram acusadas de promover o sucesso de Jair Bolsonaro durante as eleições, e, mais tarde, mesmo após sua vitória. O EL PAÍS divulgou estratégias adotadas pelo atual presidente que envolveram o uso intenso das mídias sociais como principal plataforma de comunicação (BARRANGÁN, 2018). Bolsonaro iniciou um ataque contra a imprensa convencional e lançou dúvidas sobre a segurança das urnas eletrônicas, uma ação que nublou os eleitores com detalhes mistos. A situação ficou mais sombria depois disso; por exemplo, muitas pessoas não sabem se deveriam ser céticas em relação a tudo que lhes é apresentado de qualquer fonte.

À medida que a campanha foi chegando à sua reta final, os boatos nas redes sociais em favor de Bolsonaro cresceram, especialmente no WhatsApp. Em entrevista ao El País, a diretora da plataforma de checagem destacou que a desinformação contra os

adversários de Bolsonaro aumentou, geralmente em torno de duas temáticas: colocar em dúvida, com teorias conspiratórias, a segurança do voto eletrônico no Brasil, e associar constantemente os outros candidatos a pautas das minorias, como a agenda LGBT e o direito ao aborto (BARRAGÁN, 2018).

Assim, é inegável o impacto promovido pelos ataques fundados em *fake news* e na sua capacidade de influenciar e direcionar o voto do eleitor, o que resulta em práticas de manipulação em massa da vontade popular por meio de novas tecnologias, mas a serviço do mesmo propósito coronelista de outrora: a conquista de voto. E tudo isso potencializado pela velocidade e pelo alcance das redes sociais.

Ao analisar a estrutura originária do coronelismo, sua evolução ao “coronelismo eletrônico” e sua adaptação às novas vertentes e tecnologias da sociedade, podemos identificar indícios do surgimento de um novo coronelismo na era das *big techs* e das redes sociais, sendo ainda uma análise primária a ser desenvolvida com mais profundidade ao longo dos próximos anos.

3. AS INFLUÊNCIAS DO CORONELISMO DIGITAL NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Após definir os conceitos de coronelismo e seu impacto no contexto digital, é essencial explorar como esses fenômenos se manifestam nos discursos e manifestações dos ex-presidentes do Brasil e dos Estados Unidos. Nessa seção, busca-se investigar possíveis indícios de coronelismo digital e sua influência na democracia e na opinião pública, considerando o papel significativo das plataformas digitais na disseminação de informações e na formação de opinião.

Os ex-presidentes são figuras de destaque que continuam a exercer influência política e ideológica mesmo após seus mandatos, utilizando diferentes canais de comunicação, incluindo redes sociais e mídias digitais. Nesse sentido, é fundamental analisar como esses líderes políticos se engajam no ambiente digital, explorando seus discursos, postagens e interações online para identificar padrões de comportamento que possam indicar práticas de coronelismo digital.

A compreensão desses padrões pode contribuir para a avaliação da saúde democrática, especialmente considerando o potencial impacto na formação da opinião pública e na legitimidade das instituições democráticas. Ao examinar as estratégias e o conteúdo das comunicações digitais dos ex-presidentes, objetiva-se aprofundar o entendimento sobre as dinâmicas contemporâneas de poder e influência política no ambiente digital e suas implicações para a democracia.

Desta feita, em 6 de janeiro de 2021, Donald Trump, presidente dos Estados Unidos da América - EUA à época, através das suas redes sociais que contavam com milhões de seguidores, convocou a sociedade norte-americana para um comício em frente a Casa Branca. Neste dia seria realizada a sessão conjunta do Congresso americano para a oficialização dos resultados das eleições presidenciais de 2020 tendo como vencedor Joe Biden. Dentro de duas semanas, Trump deixaria o Salão Oval e daria lugar a seu sucessor após um intenso e controverso processo eleitoral durante um ano assolado pela pandemia de COVID-19.

Durante seu discurso, Trump alegou que:

“Todos nós aqui hoje não queremos ver a nossa vitória eleitoral roubada por ousados democratas da esquerda radical, que é o que eles estão fazendo, e roubada pela mídia fake news” (tradução livre) (NBC News, 2021).

“Agora está para que o Congresso confronte este terrível assalto à nossa democracia e depois disso nós vamos marchar e eu estarei lá com vocês [...], nós vamos marchar para o Capitólio, e nós vamos encorajar nossos bravos congressistas homens e mulheres e, provavelmente, não estaremos encorajando muito alguns deles porque vocês nunca vão tomar de volta o nosso país com fraqueza, vocês têm que mostrar força e têm que ser fortes” (tradução livre) (Washington Post, 2021).

Logo após o discurso inflamado, centenas de apoiadores do então presidente marcharam em direção ao Capitólio, invadiram o legislativo nacional, depredaram móveis, agrediram ao menos 140 policiais e, por fim, “pelo menos dois manifestantes e três policiais morreram nos dias seguintes ao ataque” (TORTELLA, 2022).

A atuação decisiva de um grande político de âmbito nacional, com milhares de seguidores em suas redes sociais, utilizando-se de histórias falaciosas e deturpadas, fez com que um coronel digital, por meio de fake news, incitasse multidões a marcharem contra a democracia.

Para Urbinati (p. 202, 2006):

As múltiplas fontes de informação e as variadas formas de comunicação e influência que os cidadãos ativam através da mídia, movimentos sociais e partidos políticos dão o tom da representação em uma sociedade democrática.

Observa-se, portanto, como influenciadores digitais com inclinações políticas claras nas redes sociais conseguem manipular seus seguidores por meio de notícias ou informações desconexas da realidade, levando a uma inflamação desse público e, por

vezes, incitando à prática de atos antidemocráticos, moldando assim a representação na democracia. Desse modo, essa forma de governo representativo enfrenta no século XXI um novo inimigo, mais sofisticado, sutil e tecnológico: o coronelismo digital.

Os coronéis, através desses meios de comunicação em massa digitais, manipulam informações políticas para induzirem indivíduos a atuarem segundo os seus próprios interesses. À vista disso, eventualmente, essa vantagem desejada possa ser contra a própria democracia, contexto que ocasiona algumas possíveis influências antidemocráticas a seguir expostas.

Em 8 de janeiro de 2023, centenas de manifestantes apoiadores do ex- presidente brasileiro Jair Bolsonaro, às 13 horas, marcharam em direção à Praça dos Três Poderes em Brasília-DF. Neste momento, Bolsonaro já estava há 10 dias nos EUA propagando vídeos e fotos com informações e notícias deturpadas ou inverídicas, reafirmando, como fez durante todo seu governo e o processo eleitoral, que as eleições tinham sido manipuladas e que seu adversário não teria sido escolhido pelo povo.

Neste dia, os manifestantes pró-Bolsonaro invadiram e vandalizaram o Planalto, o STF e o Congresso Nacional. Por consequência deste episódio alguns fatos se sucederam, como a prisão do secretário de segurança pública do DF e ex-ministro do governo Bolsonaro no dia 10/01/2023, o compartilhamento de vídeo de um procurador do Mato Grosso com afirmações acerca de fraudes eleitorais contra Jair Bolsonaro em 10/01/2023, a busca da Polícia Federal que encontrou uma minuta de golpe para mudar o resultado das eleições na casa do secretário preso, em 12/01/2023, a CPI que pediu o indiciamento de Bolsonaro pelos atos antidemocráticos, em 18/10/2023, entre outros reflexos (PODER360, 2024).

A postura do ex-presidente de propagar informações inverídicas pelas redes sociais e incitar a população a se subverter às normas democráticas vigentes teve papel importante para a criação e legitimação desses atos antidemocráticos, uma vez que a opinião popular já estava consideravelmente manipulada pelas notícias veiculadas por Bolsonaro e seus apoiadores nas mídias digitais. Porém, uma indagação premente surge no horizonte: como e por que este coronel digital, tendo grande influência em suas mídias, pôde propagar tantas falácias ou deturpações em suas redes sociais sem sofrer represálias?

A princípio, uma resposta possível é a falta de regulação das mídias digitais, pois os detentores de influência dentro desses meios de comunicação (coronéis digitais) veiculam as informações sem fiscalização ou normativas que regulem o conteúdo, a quantidade e as formas de propagação dessas notícias. As informações veiculadas por esses coronéis possuem o potencial de distorcer a opinião pública nas platafor-

mas de redes virtuais através de atividades inautênticas (SANTOS JÚNIOR, p. 15, 2023), disseminando distorções ou inverdades.

Tal conduta influencia diretamente a democracia representativa, já que uma das características primordiais dessa forma de governo é a Representatividade, a qual é conceituada como sendo a proximidade de ideologias entre políticos e seus eleitores, sendo esta mais do que uma mera substituição, mas sim, um modo de identificação de ideias e ações entre estadistas e o cidadão. A Representatividade marca “o vínculo inevitável, ativado pelo processo eleitoral, entre o lado de dentro e o lado de fora das instituições legislativas” (URBINATI, p. 194, 2006).

Portanto, como o indivíduo poderá eleger um representante o qual corresponda verdadeiramente com seus ideais se as informações sobre este e todos os candidatos podem ser facilmente manipuladas e disseminadas exponencialmente pelas redes sociais?

Em síntese, a democracia representativa é um governo com base na opinião (URBINATI, p. 7, 2013), paradoxalmente o poder popular não pertence a ninguém e a todos pertence. Logo, manipular o opinião popular causaria um colapso na estrutura da democracia representativa de dentro para fora, ocasionando o fim da soberania popular e abrindo as portas para um regime comandado pelos coronéis que controlariam os meios os quais fomentam a opinião popular, sendo estes hodiernamente representados pelas redes sociais.

Ademais, especialmente nas últimas duas décadas no Brasil, é notório o aumento da polarização no âmbito da política e uma das suas principais novidades dentro dessa temática foi o crescimento exponencial do consumo de informações pela internet, principalmente através da utilização das plataformas de mídias sociais para veiculação e acesso às notícias (SANTOS JÚNIOR, p. 10, 2023).

Desta feita, com a popularização das informações nas redes sem significativa fiscalização ou abrangente regulação, houve uma crescente no uso destas como meios de propagação de desinformação, corroborando pensamentos individuais de cada cidadão (meios insulares de notícias) e diminuindo o espaço para o debate sadio e plural (aumento de filtros-bolha de informações). Os coronéis digitais, os quais possuem grande influência nas mídias digitais, também fomentam a polarização dos cidadãos a fim de ganhar votos/cliques, favorecendo a instituição de meios insulares (ilhados) de informações e o crescimento de filtros nas redes que ampliam as bolhas de notícias.

Além disso, os coronéis digitais, aliados à falta de regulamentação das redes sociais, não somente fomentam a polarização, como também violam normas democráticas não escritas, quais sejam: tolerância mútua e contenção. Esses dois princípios foram

conceituados por Levitsky e Ziblatt como sendo basilares para a existência de uma sociedade democrática, na qual a tolerância mútua é “o entendimento de que partes concorrentes se aceitem umas às outras como rivais legítimas”, enquanto a contenção é “a ideia de que os políticos devem ser comedidos ao fazerem uso de suas prerrogativas institucionais” (LEVITSKY; ZIBLATT, p. 20, 2018).

Portanto, a desregulamentação das redes sociais cria um terreno fértil para que os detentores de grande influência nas mídias digitais possam propagar desinformação, ocasionando: i) a diminuição da tolerância mútua entre os políticos, os quais tendem a defender a ilegitimidade de seus adversários; ii) o aumento considerável da polarização política, o que reduz exponencialmente a tolerância mútua entre cidadãos e aumenta a arrecadação de votos e cliques nas redes; e iii) a diminuição da contenção no meio político, o que resulta em abuso de prerrogativas e incitação à violência ou golpes de estado.

Outrossim, a manipulação da opinião popular através das mídias, o aumento da polarização e a diminuição da tolerância mútua e contenção política diminuem a confiança da sociedade nos seus governantes e no próprio sistema político, reduzindo a legitimidade do governo e desestabilizando a democracia representativa. Tal cenário já é vivido pelo mundo, uma vez que a confiança dos indivíduos no governo e na mídia caiu 1 ponto cada entre 2021 e 2022, enquanto no Brasil a confiança nessas mesmas instituições caiu 5 pontos para o governo e 1 ponto para a mídia no mesmo lapso temporal (ELDEMAN TRUST BAROMETER, p. 5-6, 2022).

A democracia também sofreu duros golpes entre 2021 e 2022, visto que a confiança popular em países democráticos reduziu na maioria das nações, sendo as que mais perderam: Alemanha (-7 pontos); Austrália e Holanda (-6 pontos); Coreia do Sul e EUA (-5 pontos), tendo sido constatada uma queda contínua dos EUA desde 2017 em aproximadamente 10 pontos (ELDEMAN TRUST BAROMETER, p. 30, 2022). De acordo com o mencionado estudo, existe um círculo da desconfiança que ameaça a estabilidade da sociedade, dado que “governo e mídia alimentam o ciclo de polarização e desinformação a fim de ganhar votos e cliques”, enquanto “ONGs e empresas são pressionadas a assumir problemas da sociedade que vão além de sua capacidade” (ELDEMAN TRUST BAROMETER, p. 17, 2022).

Ainda, ao observar tais dados coletados empiricamente, nota-se um aumento na polarização, já que 64% das pessoas pelo globo afirmam que a sua sociedade não é capaz de estabelecer debates construtivos e civilizados (ELDEMAN TRUST BAROMETER, p. 28, 2022). Portanto, depreende-se que a ação dos coronéis digitais ao propagarem notícias falaciosas ou deturpadas pelas mídias sociais, sem regulação destas, nos últimos anos, tende a diminuir a confiabilidade dos indivíduos nos governos

e nas mídias, enfraquecendo consideravelmente a legitimidade da ordem democrática nas nações pelo mundo.

Uma última sorte de influências na democracia concerne com a violação a direitos fundamentais, uma vez que o texto constitucional de 1988, em seu art. 5º, inc. XIV estabelece o direito à informação e direito de ser informado como sendo fundamentais. Logo, em inteligência lógica, a utilização das redes sociais sem uma regulação tornaria este ambiente digital próspero ao debate inseguro e falacioso, podendo criar uma onda de desinformação e ocasionando violações a esses direitos fundamentais.

O direito à informação também se conecta com a vedação às *fake news*, já que a lei nº 5.250 de 1967, a qual regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação no Brasil, em seu art. 16, inc. I, trata como crime a publicação e divulgação de notícias falsas ou deturpadas que provoquem perturbação da ordem pública e alarma social. Tal situação pode ser identificada quando grandes coronéis digitais utilizam-se de suas redes sociais com milhares ou milhões de seguidores para propalar informações inverídicas ou desconexas com a realidade, o que provoca distúrbios sociais e fragiliza a democracia representativa.

Contudo, esses possíveis ataques a direitos fundamentais não residem somente no desrespeito ao direito à informação, por exemplo. Além disso, a propagação desenfreada de desinformação pelas mídias sociais resulta em mácula ultrajante à quarta dimensão dos direitos fundamentais, sendo estes relacionados à democracia, informação e pluralismo (LINHARES, p. 195).

Sobre tal temática, salta aos olhos a teoria democrático-pluralista a qual defende que (SANTOS, p. 76, 2010)

A vontade popular não seria formada nem pelo conjunto da reunião dos votos, nos moldes plebiscitários, nem por uma visão do indivíduo abstrato. As decisões seriam formadas por interações de grupos sociais. Seria a partir dos inputs (ou seja, da carga de ideias trazida desses grupos) que se formariam as decisões.

Sendo assim, as decisões populares que modulam a representação dentro da democracia seriam influenciadas pelas interações dentro de grupos sociais. Na contemporaneidade, muitos indivíduos relacionam-se através das redes sociais, o que afeta a formação das opiniões individuais dentro da sociedade. Deste modo, os coronéis digitais, ao se utilizarem dessas mídias sociais para propagarem informações falsamente montadas, manipulam a vontade popular a partir de seus próprios grupos sociais constituídos por seus seguidores nas redes.

À vista disso, a propagação, pelos coronéis digitais, de informações desconexas ou inverídicas através de redes sociais com o fito de ludibriar, confundir ou persuadir o cidadão manipula e corrompe a opinião popular tornando-a eivada, violando assim o direito à informação e, por conseguinte, à democracia, uma vez ser esta atingida por meio do voto popular o qual se embasa na representatividade de opiniões plurais.

CONCLUSÃO

A pesquisa abordou o conceito de "coronelismo" de Victor Nunes Leal e sua adaptação para o fenômeno contemporâneo do "coronelismo digital", destacando as preocupações com o surgimento desse novo modelo de influência política na era das redes sociais e da disseminação de *fake news*. O estudo procurou compreender como esse fenômeno se manifesta no contexto das eleições brasileiras contemporâneas e quais são seus potenciais impactos na integridade do processo democrático, especialmente considerando a disseminação de *fake news*.

A possibilidade de emergência do "coronelismo digital", com uma atualização do conceito original de Leal (2012) para os dias atuais, ocorre no contexto do uso das mídias sociais por novos "coronéis", que promovem amplamente o uso de *fake news* nos pleitos eleitorais. O impacto desse neocoronelismo na era digital é significativo para a democracia, minando a confiança pública na política, no processo eleitoral e na própria democracia, ameaçando seus alicerces fundamentais.

A análise das últimas eleições no Brasil e nos Estados Unidos revelou os potenciais impactos do coronelismo digital na integridade dos processos democráticos, especialmente no que se refere à manipulação da opinião pública por meio de estratégias de desinformação. A preocupação expressa por Ministros da Suprema Corte Brasileira sobre a criação de um "coronelismo digital" reflete a importância crescente de regulamentações e medidas para combater a disseminação de *fake news* e outras formas de manipulação política nas plataformas digitais.

A análise dos discursos e manifestações dos ex-presidentes do Brasil e dos Estados Unidos revelou indícios preocupantes de coronelismo digital, destacando a necessidade de vigilância contínua sobre o uso das redes sociais por figuras políticas proeminentes. Esse material contribui para uma compreensão mais profunda das dinâmicas contemporâneas de poder e influência política no ambiente digital.

Por fim, entende-se que o surgimento do coronelismo digital representa um desafio significativo para a democracia representativa, comprometendo a confiabilidade e a legitimidade dos processos eleitorais. Portanto, observa-se que medidas regulatórias e educacionais são essenciais para combater eficazmente esse fenômeno e preservar

os princípios fundamentais da democracia no mundo digital em constante evolução.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marina. Quase metade dos brasileiros usa rede social para definir voto, indica DataSenado. Congresso em Foco, 13 mai. 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/projeto-bula/reportagem/quase-metade-dos-brasileiros-usa-rede-social-para-definir-voto-indica-datasenado/amp/>. Acesso em: 13 mai. 2024.

BARRAGÁN, Almudena. Cinco 'fake news' que beneficiaram a candidatura de Bolsonaro. El País, 18 out. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547_146583.html. Acesso em: 13 mai 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Estatística do eleitorado por sexo e grau de instrução. 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-grau-de-instrucao>. Acesso em: 13 mai 2024.

EDELMAN TRUST BAROMETER. Relatório nacional: Confiança no Brasil - com dados globais. 2022. Disponível em: https://www.edelman.com.br/sites/g/files/aatuss291/files/2022-03/2022%20Edelman%20Trust%20Barometer_Brazil%20Report_Wi-th%20Global_PO_R.pdf. Acesso em: 13 maio 2024.

GALF, Renata. Carmen Lúcia defende regras para plataformas e diz temer criação de 'coronelismo digital'. Folha de S.Paulo, 7 mai. 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/amp/poder/2024/05/carmen-lucia-defende-regras-para-platafor-mas-e-diz-temer-criacao-de-coronelismo-digital.shtml>. Acesso em: 13 mai. 2024.

HALLIN, Daniel; PAPATHANASSOPOULOS, Stylianos. Political clientelism and the media: southern Europe and Latin America in comparative. Media, Culture and Society, London, v. 24, n. 2, p. 175-195, 2002.

LANDÉMORE, Hélène (Entrevistadora); MANIN, Bernard; URBINATI, Nadia (Entrevistados). A democracia representativa é realmente democrática? Dois Pontos: Revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos. Curitiba, São Carlos, v. 13, n. 2, p. 143-156, out. 2016.

LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. São Paulo: Editora Zahar, 2018.

LIMA, Venício A. de; LOPES, Cristiano. Rádios comunitárias: coronelismo eletrônico de novo tipo (1999-2004). Projor, jun. 2007. Disponível em: http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/download/Coronelismo_eletronico_de_novo_tipo.pdf. Acesso em: 12 maio. 2024.

LINHARES, Emanuel Andrade; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (org.). Democracia e direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2016. E-book. ISBN 9788597006575. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597006575>. Acesso em: 08 maio 2024.

MÉSZÁROS, István. O poder da ideologia. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

MOTTA, Rayssa. Cármen Lúcia diz que fake news são 'coronelismo digital' e defende controle pela Justiça Eleitoral: 'Há aqueles que fazem um jogo antidemocrático'. Estadão, 13 ago. 2021. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/amp/politica/blog-do-fausto-macedo/carmen-lucia-diz-que-fake-news-sao-coronelismo-digital-e-defende-controle-pela-justica-eleitoral-ha-aqueles-que-fazem-um-jogo-antidemocratico/>. Acesso em: 13 mai. 2024.

NBC NEWS. Trump Encourages Those At His Rally To March To The Capitol | NBC News NOW. Youtube, 7 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5fiT6c0MQ58>. Acesso em: 09 maio 2024.

PIERANTI, Octavio. A Radiodifusão e os Coronéis da Mídia: uma Discussão Conceitual Acerca do "Coronelismo Eletrônico". Revista Eco-Pós, v. 11, n. 1, 2008. Disponível em: https://revistaecopos.eco.ufrj.br/eco_pos/article/view/1005. Acesso em: 12 maio. 2024.

PODER360. Leia a cronologia dos desdobramentos do 8 de Janeiro. Poder360. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/leia-a-cronologia-dos-desdobramentos-do-8-de-janeiro/>. Acesso em: 10 maio 2024.

SANTIN, Janaina Rigo; FLORES, Deborah Hartmann. A Evolução Histórica do Município no Federalismo Brasileiro. O Poder Local e o Estatuto da Cidade. Justiça do Direito. Passo Fundo, v. 17, n. 01, p. 114-130, 2008.

SANTOS, Suzy. E-Sucupira: o Coronelismo Eletrônico como herança do Coronelismo nas comunicações brasileiras. Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação (E-Compós), dez. 2006. Disponível em: http://www.fndc.org.br/arquivos/ecompos07_dezembro2006_suzydosantos.pdf. Acesso em: 12 maio. 2024.

SANTOS, Suzy; CAPPARELLI, Sérgio. Coronelismo, radiodifusão e voto: a nova face de um velho conceito. In: BRITTOS, Valério Cruz; BOLANO, César Ricardo Siqueira (Org.). Rede Globo: 40 anos de poder e hegemonia. 1. ed. São Paulo: Paulus, 2005. p. 77-101.

SANTOS JUNIOR, M. A. DOS. As Flutuações de Longo Prazo da Polarização no Brasil – Análise do Compartilhamento de Informações Políticas Entre 2011 e 2019. Dados, v. 66, n. 2, p. e20200076, 2023.

SANTOS, Leonardo Fernandes Dos. Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente. DPU nº 35, Setembro-Outubro/2010

STADNIK, Célia. A hipótese do fenômeno do "Coronelismo Eletrônico" e as ligações dos parlamentares federais e governadores com meios de comunicação de massa no Brasil. Monografia de conclusão do curso de Jornalismo. Porto Alegre: Faculdade dos Meios de Comunicação Social, PUC-RS, 1991.

TORTELLA, Tiago. Invasão do Capitólio completa um ano: relembre o ataque à democracia dos EUA. CNN Brasil. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/invasao-ao-capitolio-completa-um-ano-relembre-o-ataque-a-democracia-dos-eua/>. Acesso em: 09 maio 2024.

VISMARI, Tayna. Fake news e os impactos que causam na sociedade. Blog Fapcom. 2018. Disponível em: <https://www.fapcom.edu.br/blog/tecnologia/fake-news-e-os-impactos-que-causam-na-sociedade.html>. Acesso em: 12 maio. 2024.

WASHINGTON POST. Trump, Republicans incite crowdbeforemobstorms Capitol. Youtube, 6 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mh3cbd7niTQ&t=41s>. Acesso em: 09 maio 2024.

URBINATI, Nadia. Crise e Metamorfose da Democracia. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 28, n. 82, p. 7, junho 2013.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? Lua Nova, São Paulo, n. 67, p. 191-228, 2006.

DIREITO AO ESQUECIMENTO OU SENTENÇA PERPETUA? O TRIBUNAL INESQUECÍVEL DA INTERNET

RIGHT TO BE FORGOTTEN OR LIFE SENTENCE? THE UNFORGETTABLE INTERNET COURT

AUTORA

Jamille Saraty Malveira Graim

RESUMO

Em tempos de que a sociedade de informação exige a auto exposição como pilar de sucesso, faturamento e de conteúdo, o que fazer quando não ser lembrado garante alívio e desenvolvimento da personalidade da pessoa? Esse artigo pretende discutir a necessidade do reconhecimento do direito ao esquecimento como um instrumento jurídico de proteção dos direitos da personalidade, a partir da análise revisitada dos conceitos de informação e liberdade de expressão na era digital. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica em artigos de revistas e científicos, legislação pátria vigente e pesquisa netnográfica, através da análise do comportamento dos usuários da internet, utilizando exemplos atuais.

Palavras-chave: direito ao esquecimento; liberdade de expressão; direito a informação.

ABSTRACT

In times when the information society requires self-exposure as a pillar of success, revenue and content, what to do when not being remembered guarantees relief and development of the person's personality? This article intends to discuss the need to recognize the right to be forgotten as a legal instrument to protect personality rights, based on a revisited analysis of the concepts of information and freedom of expression in the di-

gital era. To this end, the deductive method will be used, through bibliographical research in magazine and scientific articles, current national legislation and netnographic research, through the analysis of the behavior of internet users, using current examples.

INTRODUÇÃO

Para pesquisar um fato, um produto ou alguém, Google. Para saber os problemas na justiça de um pretendente, JusBrasil. Mas se quiser saber o estilo de vida de uma pessoa, Instagram. Agora, se quiser saber o gingado de alguém o Tiktok é o melhor. Se quer se inteirar sobre as últimas notícias, site da UOL, aplicativo da Folha de São Paulo, Estadão ou CNN. No entanto, se quiser ouvir histórias transformadoras, qualquer um pode se faltar de *Podcasts* no Spotify.

Não precisa de dados registrados para afirmar que a população vive em uma sociedade digital imbuída de informação que se cruzam, que se renovam, e que se armazenam numa rede infinita, disponível para todo o globo, sem fronteiras, em segundos, as verdades nuas e cruas que cada “produtor de conteúdo” deseja despejar para os usuários da internet.

Todos falam, comentam, dão opinião, influenciam e são influenciados, deixando ali a sua história, seus desejos e ânsias, que se atrelam ao seu nome, imagem e à sua pessoa, permanentemente.

Sem qualquer dúvida a internet democratizou e colocou à mão o exercício da liberdade de expressão na maioria dos países, para milhões de pessoas.

O mundo digital evoluiu rapidamente, desde sua primeira utilização comercial, em 1995, a internet derrubou fronteiras, reuniu pessoas, elegeu presidentes, deu fama a pessoas e infelizmente, destruiu a vida de outras. O fenômeno digital, a era da hiperinformação, ainda é avaliado pelos especialistas, porém muitas ainda são as lacunas sobre esse modo de vida.

Neste cenário, aonde tudo é conteúdo informativo, o que acontece quando alguém deseja que uma informação sobre si seja esquecida? É possível que o Direito Brasileiro, na era digital, conceda instrumento necessário para a preservação da autodeterminação informacional¹ de uma pessoa? Como avaliar quais informações são real-

¹ João Silva Alves Guimarães e Ana Julia Silva Alves Guimarães ensinam que “autodeterminação informacional [...] tem como âmbito subjetivo a proteção das garantias do direito à privacidade, trata-se de um direito universal, como sucede com a generalização dos direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal, sendo que todas as pessoas pelo fato de o serem, gozam desse direito” (GUIMARÃES, João Silva Alves; GUIMARÃES, Ana Julia Silva Alves. A liberdade de expressão e o direito ao esquecimento. Revista Eletrônica da PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-36, 2021. p. 27. DOI: <https://doi.org/10.46818/pge.v4i1.219>. Disponível em: <https://revista.eletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/219>. Acesso em: 3 maio 2024).

mente necessárias para coletividade a ponto de elas sobressaírem os direitos de personalidade de um indivíduo?

Tais perguntas são de extrema relevância, pois em uma sociedade fluída, crenças, valores e comportamentos são transformados com a mesma velocidade de um clique, percepções mudam, e uma informação eternizada na internet pode não mais fazer sentido.

Em 2021 o Supremo Tribunal Federal julgou com Repercussão geral que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal brasileira, vez que não pode ter condão de apagar a memória histórica do país, sob pena de se restringir, desarrazoadamente, o exercício do direito à liberdade de expressão, de informação e de imprensa.

O presente artigo pretende analisar a importância da inclusão de o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico, através de uma releitura dos direitos de liberdade de expressão e direito à informação na era digital. Para tanto se faz necessário a análise do que de fato, é informação essencial para a coletividade.

Assim, o artigo se dividirá em três partes, a primeira abordará os conceitos atuais de informação e liberdade de expressão de acordo com a legislação, a segunda parte abordará a informação na era digital, e a terceira parte abordará a importância do direito ao esquecimento como instrumento jurídico fundamental para a proteção da autodeterminação digital.

O método científico utilizado para a elaboração do presente artigo foi o dedutivo, através de levantamento conceitos doutrinários e legislativo realizados a partir de pesquisas bibliográficas, artigos científicos, revistas jurídicas, além de pesquisa etnográfica sobre o comportamento das pessoas na internet.

1. Conceito de Direito à informação e liberdade de expressão na legislação brasileira

Para que o direito ao esquecimento seja abordado, é necessário dissertar acerca do conteúdo a ser esquecido.

O Direito à informação e a liberdade de expressão são garantidos como direitos fundamentais contidos expressamente no rol do artigo 5º. da Constituição Federal, estando assim no mesmo patamar que o direito fundamental à inviolabilidade da vida privada. Vejamos:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado [...] ²

A Lei 12.527 de 2011 conceitua informação em seu artigo 4º, I como “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”³. No artigo 31, §4º a lei atenta que “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”⁴.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. art. 5º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 maio 2024.

³ BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. art. 4º. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 3 maio 2024.

⁴ BRASIL, 2011, art. 31.

O Marco Civil na internet que regulamenta o uso da internet, dispõe no artigo 4º, II que a utilização da rede tem por objetivo o acesso à informação⁵. Já a Lei de Proteção de Dados, dispõe sobre a proteção de dados pessoais com fundamento na liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, em seu artigo 2º, III⁶.

Perceber-se que, após a revogação da lei 5.250/67⁷ através da ADPF 130⁸, percebe-se o caráter amplo, sem restrições, do direito à informação e à liberdade de expressão pós ditadura militar.

O ex-Ministro Celso de Mello defende a liberdade de expressão e de informação ir-restrita por ser pressupostos legitimadores da própria noção de Estado democrático de Direito, além de promover a proteção da própria liberdade da sociedade. O Ex-Ministro explica.

Sempre assinaliei, em meus julgamentos proferidos no Supremo Tribunal Federal, que o conteúdo da "Declaração de Chapultepec" revela-nos que nada é mais nocivo, nada é mais perigoso do que a pretensão do Estado e dos seus agentes de regular a liberdade de expressão (ou de ilegitimamente interferir em seu exercício), pois o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre!

Todos sabemos que a liberdade de expressão, cujo fundamento reside no próprio texto da Constituição da República, assegura ao profissional de imprensa – inclusive àquele que pratica o jornalismo digital – o direito de expender crítica, ainda que desfavorável e em tom contundente, contra quaisquer pessoas ou autoridades, garantindo-lhe, também, além de outras prerrogativas, o direito de veicular notícias e de divulgar informações

É por isso que sempre enfatizei, em inúmeras decisões que proferi no Supremo Tribunal Federal, que o exercício da jurisdição, por magistrados e Tribunais, não pode converter-se em prática judicial inibitória, muito menos censória, da liberdade constitucional de expressão e de comunicação, sob pena de esse poder atribuído ao Judiciário qualificar-

⁵ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. art. 4º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 3 maio 2024.

⁶ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. art. 2º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 3 maio 2024.

⁷ BRASIL. Lei n. 5.250 de 9 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.htm. Acesso em: 3 maio 2024.

⁸ STF: DEZ anos do julgamento histórico que revogou lei de imprensa. Migalhas, [s. l.], 8 abr. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/299406/stf-dez-anos-do-julgamento-historico-que-revogou-lei-de-imprensa>. Acesso em: 3 maio 2024.

se, perigosa e inconstitucionalmente, como o novo nome de uma inaceitável censura estatal em nosso país⁹.

Levando em consideração toda história brasileira da era da ditadura militar e a ameaça de golpe de 8 de janeiro de 2023, é aceitável que aqueles que fazem e aplicam as leis tenham maior comedimento ao discutir contornos mais desenhados às liberdades de informação e de imprensa. No entanto, novos conceitos precisam ser trabalhados. Levando a crer que nem a Lei do Marco Civil, nem a LGPD, conseguiram abarcar o que chamam hoje de sociedade da informação.

A informação, antes da era digital, apesar de circular em veículos denominados de comunicação de massa, era restrita não só em tempo, quanto no espaço em que circulava. Em poucos dias a notícia era arquivada em uma fita VHS ou tornava-se “papel de embrulhar”, no caso dos jornais impressos. Um furo de reportagem, tinha tempo de propagação e de discussão entre a sociedade.

Os textos jornalísticos, apelativos, e históricos recebiam uma delimitação maior, já que livros, revistas e programas eram catalogados em gêneros, com horários e canais próprios. Exemplo disso é que para saber sobre ciência, todos liam revistas como superinteressante ou assistiam ao canal do Discovery, porém, para saber da vida dos famosos, escolhiam revista Contigo! Ou CARAS, mas se quisesse saber sobre cultura em geral a TV cultura era a referência.

A internet, estourada no final dos anos 90, trouxe um mix de todos os assuntos em um lugar só. Um lugar que se renova a cada instante, porém, interligando informações antigas com as novas. As informações são adicionadas à um dossiê sobre assuntos ou pessoas, sempre lembrando fatos ocorridos no passado.

Vitor Hugo Pereira Gonçalves explica que a

[...] internet é um fenômeno tecnológico recente que alterou a forma das relações e a percepção social de situações que, no mundo físico, seriam simples e banais. Um simples comentário, depreciativo ou não, emitido na rua, propagava-se e perdia-se naquele momento. O mesmo comentário, na internet, fixa-se indefinidamente nos programas e servidores dela, que nunca se esquecerão e registrarão aquele simples evento para sempre.

Esta transição que estamos vivenciando entre a fugacidade do mundo atual para a peregridade da memória, sempre real e vívida, do virtual, faz que as relações sociais, históricas, políticas e econômicas sejam vistas com novas percepções, desdobramentos e am-

⁹ MELLO, Celso de. A importância fundamental da liberdade de imprensa. Consultor Jurídico, [s. l.], 18 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-18/celso-mello-importancia-fundamental-liberdade-imprensa/>. Acesso em: 3 maio 2024.

plificações. E essa noção entre o que é opaco e o que é visível nas relações sociais alterou-se permanentemente¹⁰.

2. O caso Suzanne

O caso Suzanne Von Richthofen é um caso real interessante que pode ilustrar a necessidade de reavaliar o significado de informação na era digital, e se critérios objetivos deveriam ser empregados.

O ano era 2002 e uma garota de pouco mais de 18 anos, vivendo um romance não autorizado pelos pais, resolve unir-se ao seu amado e ao irmão dele para matar seus genitores a marretadas, esperando que eles agonizassem até a morte, para então, revirar toda a casa, espalhar dinheiro e itens de valor e só assim chamar a polícia denunciando um suposto assalto¹¹.

A moça, Suzane von Richthofen, deu seu depoimento, compareceu ao enterro, chorou em rede nacional. No entanto, as investigações apontaram que o crime tinha sido praticado pelo seu namorado e o irmão dele (irmãos cravinho), sendo ela a mandante do crime. Suzanne foi condenada a pouco mais de 39 anos de prisão, tendo cumprido 20 anos entre o regime fechado e semiaberto, estando desde 2023 em liberdade custodiada¹².

Após 22 anos de um dos crimes que mais chocou o Brasil no século XXI, a menina que matou os pais, Suzane Von Richthofen, ainda é lembrada a cada passo que dá. Classificada pela Wikipédia¹³ como Artesã, empreendedora e criminosa brasileira, cada passo seu vira notícia. Desde as saidinhas enquanto cumpria regime fechado, até seu último casamento e gravidez. Todas as matérias, relembram que ela matou os pais.

Os sites, os jornais, a televisão e os streamings transformaram a vida de Suzanne em domínio público, perseguindo-a a cada passo dado, mesmo após o cumprimento da sua pena. Não existem dados que apontem que Suzane tenha pedido para a justiça o direito de ser deixada em paz, entretanto, a última notícia na mídia foi a mudança de

¹⁰ GONÇALVES, Vitor Hugo Pereira. Marco civil da internet comentado. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. VII.

¹¹ PENTEADO, Gilmar. Crime no Brooklin. Folha de S.Paulo, São Paulo, 9 nov. 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0911200201.htm>. Acesso em: 2 maio 2024.

¹² APÓS 20 anos, Suzane von Richthofen é solta; relembre sentença do caso. Migalhas, [s. l.], 13 jan. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/380013/apos-20-anos-suzane-von-richthofen-e-solta-relembre-sentenca-do-caso>. Acesso em: 2 maio 2024.

¹³ SUZANE VON Richthofen. Wikipédia, a enciclopédia livre, [s. l.], 22 abr. 2024. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Suzane_von_Richthofen. Acesso em: 3 maio 2024.

nome após o casamento, com objetivo de dissociar o sobrenome e toda a história que von Richthofen carrega em si¹⁴.

À parte de toda discussão criminal, ao qual esse artigo não se debruça, imiscuindo-se de qualquer opinião sobre a condenação e hediondez do ato praticado por Suzanne, cabe nestas linhas a seguinte indagação: quais veiculações sobre Suzanne dizem respeito à sociedade? Em todas as matérias que levem o nome dela, deve ser lembrado que há vinte e dois anos, ela matou os pais? Com nova família e um bebê que não tem culpa dos atos praticados pela mãe, mas certamente sofrerá com o passado dela, teria esta criminoso um direito a reinserção da vida em sociedade?

3. Direito à informação e liberdade de expressão na era digital

Em uma era em que tudo é conteúdo informativo, estaria o interprete jurídico pronto para ponderar contornos entre liberdade, informação e privacidade em um processo de autodeterminação digital?

Tanto com um olhar legislativo ou teórico, é possível afirmar que O direito à informação é muito amplo, podendo referir-se à informação como produto (informação jornalística), ou como informações de governo, empresas privadas, de universidades e quaisquer instituições de interesse público¹⁵.

Portanto, a informação é base do Estado democrático de direito e garante liberdade à sociedade. Guardia afirma que o direito à informação é um direito humano que proporciona notável incentivo à transparência e estímulo à participação popular no acompanhamento da gestão pública. Assim, o acesso às informações transfere às mãos de todos os membros de uma comunidade política, o poder de fiscalizar as ações de seus representantes no exercício de atribuições públicas e responsabilizá-los pela prática de atos em desconformidade com a lei¹⁶.

¹⁴ SUZANE TIRA Von Richthofen do sobrenome em seus documentos; conheça o novo. UOL, São Paulo, 7 fev. 2024. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2024/02/07/suzane-retira-von-richthofen-do-sobrenome-mudanca-foi-feita-no-registro-de-uniao-estavel.htm>. Acesso em: 3 maio 2024.

¹⁵ MERELES, Carla. Direito à informação, um direito de todos os cidadãos. Politize!, [s. l.], 19 out. 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/direito-a-informacao/>. Acesso em: 3 maio 2024.

¹⁶ GUARDIA, Andrés Felipe Thiago Selingardi. Direito à informação. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. Direitos Humanos. Coordenadores de Tomo: Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/539/edicao-1/direito-a-informacao>. Acesso em: 3 maio 2024.

Entretanto, com a massificação da internet, essa interação entre informação e imprensa se modificou, já que as pessoas não dependem de um canal de comunicação para ter acesso a conteúdo, passando a enfrentar a problemática do excesso de informação e o desconhecimento de suas fontes.

Guardia ensina que a palavra informação se tornou um signo comum das mais diversas áreas de conhecimento.

Nas últimas décadas, o vocábulo informação tornou-se signo comum, capaz de aproximar distintas áreas do conhecimento. Seu notável caráter transdisciplinar ultrapassa os limites da análise científica e evidencia um conjunto de profundas transformações culturais, econômicas e geopolíticas, que se materializam em uma hodierna sociedade da informação. Como fenômeno, a informação lança luz sobre ingente desafio contemporâneo: a necessidade de compatibilizar o notável progresso tecnológico e as expectativas de desenvolvimento humano, com a necessária preservação de segurança, liberdade, isonomia, transparência, meio ambiente, saúde, propriedade imaterial, sigilo profissional e fiscal, intimidade e vida privada, proteção de dados, honra, imagem e tantos outros cânones de reconhecido valor social¹⁷.

Neste contexto atual cabe a análise de qual tipo de informação deve prevalecer sobre a autodeterminação da personalidade, a ponto de desprivilegiar o direito ao esquecimento. Neste sentido:

O alcance, ante a transformação social ocorrida a partir da Revolução da Internet, passou a ser possível a difusão de enorme quantidade de informação em tempo real e com conexão interplanetária. Soma-se a isso o fato de que os usuários, além de receptores, passaram a ser produtores de conteúdo, quebrando com a via unidirecional das grandes mídias (jornais/revistas, rádio e televisão).

Esse novo ecossistema de comunicação surgido com a web permitiu a disseminação pulverizada de (des)informação, ao ampliar o raio de ação da comunicação e imprimir mais rapidez à circulação de informação: qualquer um, a partir de um computador conectado à rede, pode produzir e divulgar conteúdos, sem limites de fronteiras. Ainda, há que se considerar a nova relação que se estabelece entre os conteúdos veiculados e os seus leitores/consumidores. [...]

A desinformação na sociedade contemporânea seria, portanto, como que um efeito colateral do cenário digital, não se podendo ignorar também a sua utilização como estratégia político-eleitoral, o que leva à construção de um novo sentido ao jogo democrático, inclusive em contradição à própria democracia em seu viés moderno, desvirtuado

¹⁷ GUARDIA, 2017.

daquele originalmente alardeado como sendo a consagração da possibilidade de uma nova era da democracia ressuscitando o projeto contratualista rousseauiano¹⁸.

Inserido neste conteúdo informativo, a liberdade de expressão se traduz na manifestação de uma pessoa de acordo com a sua subjetividade.

Denise pinheiro propõe um conceito amplo de liberdade de expressão que englobe a liberdade de manifestação e o direito ao acesso à informação, trazendo para a relação jurídica tanto quem emite a comunicação quanto para seus destinatários, além da possibilidade de ir em busca da informação quando ela está obstruída. Assim, a Autora, alertando que conceitua a liberdade de expressão excluindo a comunicação violadora de direitos, a define como

[...] de ordem individual e coletiva, cujos sujeitos são o emitente da comunicação e o destinatário dela, e que tem por objeto a proteção da manifestação de ideias, dados, opiniões, críticas, concepções, mediante a linguagem oral, escrita, gráfica, gestual, bem como através de sons e imagens, incluindo-se, ainda, o silêncio¹⁹.

Jorge Reis Bravo, asseverando que com advento da era digital isto pode ser questionado, elenca três razões para que a liberdade de expressão seja considerada determinante em várias épocas e lugares. Em primeiro lugar porque a comunicação é a base das comunidades humanas, tendo em vista sua capacidade comunicacional, em segundo lugar por ser a base de outros direitos e liberdades, e em terceiro por ser condição para o desenvolvimento econômico de uma sociedade. Porém alerta o autor que o impacto da sociedade de informação pode trazer novas coordenadas para essa compreensão²⁰.

Para Venanzoni, Bertocini e Brito, a liberdade de expressão e de pensamento é uma das formas de manifestação do direito à liberdade, significando que qualquer tipo de informação poderia circular na internet, TV, rádio e demais meios de comunicação, desde que acompanhadas da identificação do autor. Assim, restringir o direito

¹⁸ MORAIS, José Luiz Bolzan de; MOZETIC, Vinicius Almada, FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. Liberdade de expressão e direito à informação na era digital: o fenômeno das fake news e o marketplace of ideas, de Oliver Holmes Jr. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 14, n. 43, p. 331-356, jul./dez. 2020. p. 339. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/869/1014>. Acesso em: 3 maio 2024.

¹⁹ PINHEIRO, Denise. A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento. 2016 Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. p. 170. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf>. Acesso em: 3 maio 2024.

²⁰ BRAVO, Jorge dos Reis. Liberdade de Expressão na Era Digital: A Reconfiguração de um Direito Humano? Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 81-95, 2023. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/article/view/497>. Acesso em: 3 maio. 2024.

de livre expressão representando censura. No entanto, os autores, ressaltam que a liberdade de expressão não pode ser absoluta, possuindo limites a serem observados, dentre eles o da privacidade, intimidade e honra²¹.

Os supracitados autores defendem parâmetros a ser fixados que auxiliem o julgador na ponderação entre direito de privacidade e liberdade.

O grande problema é que nem sempre esses limites são respeitados pela mídia e pela sociedade em geral: o uso desenfreado da internet e das redes sociais, em que tudo é permanente e nada fica no passado, somado às demais tecnologias em ascensão, banalizou o respeito aos direitos de personalidade, gerando um verdadeiro confronto entre liberdade de expressão e direito à informação versus direito à privacidade, intimidade e hora, pois enquanto o primeiro e segundo direitos se preocupam em tornar a subjetividade pública, os demais direitos a condicionam, depreendendo que nem tudo que habita o íntimo pode ser exposto sem autorização²².

É indubitável que após os terrores da II guerra mundial, e no Brasil, os períodos de ditadura e populismo que assolaram o país, assim, como o temor de um novo golpe entre o ano de 2020 a 2023, a liberdade de informação – sobretudo no combate às fake News, e a liberdade de expressão, no que concerne ao direito de discordar em um país tão polarizado, provavelmente se manterão absolutas, sobrepondo quicá os direitos individuais, quando postos em confronto com valores coletivos. Todavia, em uma sociedade de informação²³ completamente nova e mutante a cada segundo, o direito ao esquecimento pode ser uma forma de proteção da livre manifestação da vontade.

Em uma abordagem crítica Victor Gonçalves alerta para a inclusão digital, traduzindo-se no acesso dos usuários aos direitos e tecnologias de forma clara e transparente. O autor arrisca dizendo que a era digital não se trata de privacidade ou liberdade, mas de

²¹ VENANZONI, Victória Santos Marques; BERTONCINI, Carla; BRITO, Jaime Domingues. O direito ao esquecimento como direito da personalidade reconhecimento e aplicabilidade pelos tribunais superiores. Revista da Faculdade de Direito UERJ, Rio de Janeiro, n. 42, p. E59590, p. 1-31, 2023. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/59590/46802>. Acesso em: 3 maio 2024.

²² *Ibid.*, p. 15-16.

²³ Jorge Werthein, citando Castells (2000) que a sociedade de informação como tem como novos paradigmas a informação como sua matéria-prima: “as tecnologias se desenvolvem para permitir o homem atuar sobre a informação propriamente dita, ao contrário do passado quando o objetivo dominante era utilizar informação para agir sobre as tecnologias, criando implementos novos ou adaptando-os a novos usos” (WERTHEIN, Jorge. A sociedade de informação e seus novos desafios. Ciência da Informação, Brasília, DF, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. DOI: <https://doi.org/10.18225/ci.inf.v29i2.889>. Disponível em: <https://revista.ibict.br/ciinf/article/view/889/924>. Acesso em: 3 maio 2024).

condições econômicas, sociais, históricas e culturais para se incluir digitalmente²⁴.

4. O Direito ao Esquecimento no Direito brasileiro

Esquecer é não lembrar, é esvair da mente fato ou acontecimento do passado. O Direito ao esquecimento então, seria instrumento jurídico apto à proteção dos direitos de personalidade de uma pessoa que, deseja não ser lembrada por fato do passado que já não seja relevante, ou que já o tenha compensado diante da sociedade.

Em tempos de “quem não é visto não é lembrado”, e de que *haters* (pessoas que não gostam da sua pessoa ou do seu conteúdo) são necessários para o engajamento e monetização na sociedade de informação²⁵, o que fazer quando não ser lembrado significa alívio e segurança?

Venanzoni, Bertocini e Brito, ao defender o direito ao esquecimento como um direito de personalidade, afirmam que ele está ligado diretamente aos direitos da privacidade e intimidade, que tem como característica a proibição de obrigar uma pessoa a conviver com seu passado já guardados na memória e no tempo, que são lembrados por terceiro como único intuito de explorá-los, sem que haja razão para a divulgação dessas informações²⁶.

Castro e Almeida defendem que evolução pessoal, depende, as vezes de um esquecimento social. “Uma vida de reinícios pressupõe o controle temporal dos dados pretéritos de forma a permitir que a pessoa não seja perseguida eternamente pelas pegadas do passado, salvo para fins justificáveis”²⁷. Assim, continuam os Autores conceituando o Direito ao esquecimento como uma alegoria jurídica, vez que não se trata de esquecer o passado, mas de controlar acesso e divulgação de dados sensíveis, que permita a busca pela realização existencial sem as amarras de um passado discriminatório.

Anderson Schreiber registra que a noção de direito ao esquecimento não consta expressa na legislação brasileira e teve seu surgimento na Europa, funcionando como uma espécie de desdobramento do direito à privacidade. O Autor explica que este

²⁴ GONÇALVES, 2017, p. 84.

²⁵ MAGLIACCIO, Fernando. Mesmo com “followers” ou “haters”, o importante agora é o engajamento! Fernando Migliaccio, [s. l.], [20--]. Disponível em: <https://www.fernandomigliaccio.com.br/mesmo-com-followers-ou-haters-o-importante-agora-e-o-engajamento/>. Acesso em: 2 maio 2024.

²⁶ VENANZONI; BERTONCINI; BRITO, 2023, p. 7.

²⁷ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de Castro; ALMEIDA, Vitor. O Direito ao esquecimento da pessoa transexual. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional; IV Congresso do IBDCCVIL. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 74.

conceito se originou ao pedido de proteção de ex-presidiários, que após o cumprimento de sua pena perante o Estado, não queria mais ser rotulados como ex-detentos, pois esse estigma dificultava a obtenção de emprego e reinserção na sociedade. “Trata-se, em síntese, de um direito a não ser constantemente perseguido por fatos do passado, que já não mais refletem a identidade atual daquela pessoa”²⁸.

Schreiber explica que no Brasil o direito ao esquecimento ganhou conotação distinta da versão original, após o Superior Tribunal de Justiça, em 2013, ter reconhecido a existência de um direito ao esquecimento em que se definiu por um direito a não ser lembrado contra a sua vontade, no caso conhecido como Chacina da Candelária (Recurso Especial 1.334.097. O autor discorre que neste contexto o direito ao esquecimento se tornou um direito de propriedade sobre acontecimentos pretéritos, o que é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro²⁹.

Tempos depois, em 2021, o Supremo Tribunal Federal, julgou com repercussão geral o Recurso Extraordinário de número 1010606, o caso conhecido como Aída Cury em que se discutia a possibilidade de a vítima ou seus familiares invocarem a aplicação do direito ao esquecimento na esfera civil, considerando a harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade.

O julgamento de relatoria do Ministro Dias Toffoli, unificou a tese de que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, determinando que eventuais excessos ou abuso no exercício a liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir de parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral³⁰.

O voto de relator traz uma abordagem metodológica através da análise da história e elementos conceituam que formam o significado da pretensão do direito ao esquecimento. Em relação as discussões precedentes internacionais, o Ministro ao citar o caso *Landru* (França), *Lebach* (Alemanha), *Gonzalez* (Espanha) conclui que o debate em torno do Direito ao esquecimento não envolve direito autônomo, mas sobre insti-

²⁸ SCHREIBER, Anderson. Nossa Ordem jurídica não admite proprietário do passado. Consultor Jurídico, [s. l.], 12 jun. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-aditem-proprietarios-passado/02/05/24>. Acesso em: 2 maio 2024.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 786 - Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. Relator: Min. Dias Toffoli, 28 de maio de 2021a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=786>. Acesso em: 2 maio 2024.

tutos já consolidados, como ressocialização, proteção ao nome e à imagem, e assim, o que está verdadeiramente em questão, são os direitos de personalidade³¹.

No entanto, é curioso que o Relator reconheça que na sociedade digital “ampliação do nível de exposição a que são submetidos os indivíduos se tornou diretamente proporcional ao anseio por critérios aptos a lhes preservar o recato e por lhes assegurar a contenção na circulação de seus dados pessoais e dos fatos a si atinentes”³².

Desta forma, o Relator delimita o conceito de direito ao esquecimento com base em dois critérios decurso do tempo e licitude da informação, conceituando o direito ao esquecimento como

Em conclusão, a partir desses elementos essenciais, podemos entender o nominado direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtual, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante³³.

Diante da análise, percebe-se que o Direito ao esquecimento ainda não é tratado como direito autônomo, mas uma espécie de gênero que encobre os direitos de personalidade, sobretudo, nome, imagem, honra e privacidade. Esta análise dissocia o ser humano como sujeito autônomo, acorrentando e o escravizando ao bem de uma sociedade complexa e mutante, que por vezes, pode prejudicar ou até interromper o direito fundamental ao seu pleno desenvolvimento psíquico. Ademais, percebe-se que o valor do direito ao esquecimento não é confrontado com direito à liberdade de ao direito de informação, como se fossem direitos com maior hierarquia dentro do ordenamento jurídico, sem experimentar o elemento de ponderação, ao menos numa análise eminentemente civil.

A informação tido como matéria prima do novo valor econômico, pode se tornar cruel, ao passo que os grandes donos da mídia de veiculação percebam que assim, podem dominar pessoas em estado de vulnerabilidade, provocando um desequilíbrio social, e o esfacelamento da dignidade humana.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido [...] Recorrente: Nelson Curi e outro(a/s). Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 2 maio 2024.

³² *Ibid.*, p. 39.

³³ *Ibid.*, p. 58.

CONCLUSÃO

A era digital reuniu todo tipo de informação colocando-as à disposição de qualquer pessoa com a distância de um clique. Ao contrário do milênio anterior, quando o acesso à informação além de ser catalogado, classificado e restrito (desenrolava-se no esfriamento da importância da notícia), atualmente as informações reúnem-se sempre vividas e armazenadas numa miscelânea de coletas e reunião de dados realizados por veículos de comunicação ou comerciais e hospedados por sites de buscas e que versam sobre os mais variados assuntos, desde fatos, pessoas, histórias até dados de uma sociedade inteira.

O caso Von Ritchthofen é um exemplo atual disso, após vinte e dois anos após o cometimento do crime, a meninas que matou os pais, carrega em conjunto com a sua pena, ainda em progressão, documentários, descrições, biografias não autorizadas, além de inúmeras manchetes sobre cada passo da sua vida, ainda relacionados com crime cometido em 2001, se apara além de punir, o direito pretende ressocializar, como permitir que a internet condene perpetuamente a vida social de uma pessoa?

Analisando a doutrina que versa sobre direito ao esquecimento, liberdade de expressão e direito de informação na era digital no Direito brasileiro, é possível concluir afirmar dois pontos importantes: (1) inexistência de lei que disponha expressamente sobre o esquecimento; (2) direitos à liberdade de expressão e informação são inegociáveis aos olhos dos julgadores brasileiros, que consideram tais direitos como irrestritos.

À luz desta situação, é muito importante a discussão sobre o direito de esquecimento, entendido como instrumento jurídico garantidor dos direitos de personalidade, sobretudo aos direitos à privacidade, vida privada, nome, imagem e honra, cuja o objetivo não é apenas o apagamento de dados aleatórios que com decorrer do tempo, perderam seu valor ou sentido diante do interesse público, mas como o direito que garante a autodeterminação digital daquele que protagoniza aquela história, incluindo seus herdeiros diretos.

Para que isso aconteça, é necessário mudar a percepção jurídica do que possa ser liberdade de expressão e informação conferida à uma sociedade não incluída e ignorante digitalmente, construindo critérios objetivos que delimitem a necessidade e o interesse social em certos tipos de conteúdos, a levar em consideração que uma sociedade adoecida mentalmente, tem prazer na espetacularização da dor alheia.

Por último, apresenta-se o critério da repercussão social sobre a pessoa que protagoniza a notícia, em face do engajamento do público digital com o ocorrido, são metrificações que disponíveis que podem integrar o judiciário vir a incluir o direito ao esquecimento na era digital.

REFERÊNCIAS

APÓS 20 anos, Suzane von Richthofen é solta; relembre sentença do caso. *Migalhas*, [s. l.], 13 jan. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/380013/apos-20-anos-suzane-von-richthofen-e-solta-relembre-sentenca-do-caso>. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 maio 2024.

BRASIL. *Lei n. 5.250 de 9 de fevereiro de 1967*. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.htm. Acesso em: 3 maio 2024.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 3 maio 2024.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 3 maio 2024.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 3 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 1.010.606/RJ*. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido [...] Recorrente: Nelson Curi e outro(a/s). Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 786 - Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares*. Relator: Min. Dias Toffoli, 28 de maio de 2021a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=786>. Acesso em: 2 maio 2024.

BRAVO, Jorge dos Reis. Liberdade de Expressão na Era Digital: A Reconfiguração de um Direito Humano? *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 81-95, 2023. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/article/view/497>. Acesso em: 3 maio. 2024.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de Castro; ALMEIDA, Vitor. O Direito ao esquecimento da pessoa transexual. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional; IV Congresso do IBDCIVIL*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 74.

GONÇALVES, Vitor Hugo Pereira. *Marco civil da internet comentado*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. VII.

GUARDIA, Andrés Felipe Thiago Selingardi. Direito à informação. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. Direitos Humanos. Coordenadores de Tomo: Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/539/edicao-1/direito-a-informacao>. Acesso em: 3 maio 2024.

GUIMARÃES, João Silva Alves; GUIMARÃES, Ana Julia Silva Alves. A liberdade de expressão e o direito ao esquecimento. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-36, 2021. p. 27. DOI: 10.46818/pge.v4i1.219. Disponível em: <https://revista-eletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/219>. Acesso em: 3 maio 2024.

MAGLIACCIO, Fernando. Mesmo com “followers” ou “haters”, o importante agora é o engajamento! *Fernando Migliaccio*, [s. l.], [20--]. Disponível em: <https://www.fernando-migliaccio.com.br/mesmo-com-followers-ou-haters-o-importante-agora-e-o-engajamento/>. Acesso em: 2 maio 2024.

MELLO, Celso de. A importância fundamental da liberdade de imprensa. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 18 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-18/celso-mello-importancia-fundamental-liberdade-imprensa/>. Acesso em: 3 maio 2024.

MERELES, Carla. Direito à informação, um direito de todos os cidadãos. *Politize!*, [s. l.], 19 out. 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/direito-a-informacao/>. Acesso em: 3 maio 2024.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; MOZETIC, Vinicius Almada, FESTUGATTO, Adriana Martins Ferreira. Liberdade de expressão e direito à informação na era digital: o fenômeno

das fake news e o marketplace of ideas, de Oliver Holmes Jr. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 43, p. 331-356, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/869/1014>. Acesso em: 3 maio 2024.

PENTEADO, Gilmar. Crime no Brooklin. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 9 nov. 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0911200201.htm>. Acesso em: 2 maio 2024.

PINHEIRO, Denise. *A liberdade de expressão e o passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. 2016 Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf>. Acesso em: 3 maio 2024.

SCHREIBER, Anderson. Nossa Ordem jurídica não admite proprietário do passado. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 12 jun. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/anderson-schreiber-nossas-leis-nao-aditem-proprietarios-passado/> 02/05/24. Acesso em: 2 maio 2024.

STF: DEZ anos do julgamento histórico que revogou lei de imprensa. *Migalhas*, [s. l.], 8 abr. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/299406/stf-dez-anos-do-julgamento-historico-que-revogou-lei-de-imprensa>. Acesso em: 3 maio 2024.

SUZANE TIRA Von Richthofen do sobrenome em seus documentos; conheça o novo. *UOL*, São Paulo, 7 fev. 2024. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2024/02/07/suzane-retira-von-richthofen-do-sobrenome-mudanca-foi-feita-no-registro-de-uniao-estavel.htm>. Acesso em: 3 maio 2024.

SUZANE VON Richthofen. *Wikipédia*, a enciclopédia livre, [s. l.], 22 abr. 2024. Última atualização. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Suzane_von_Richthofen. Acesso em: 3 maio 2024.

VENANZONI, Victória Santos Marques; BERTONCINI, Carla; BRITO, Jaime Domingues. O direito ao esquecimento como direito da personalidade reconhecimento e aplicabilidade pelos tribunais superiores. *Revista da Faculdade de Direito UERJ*, Rio de Janeiro, n. 42, E59590, p. 1-31, 2023. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduerj/article/view/59590/46802>. Acesso em: 3 maio 2024.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade de informação e seus novos desafios. *Ciência da Informação*, Brasília, DF, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. DOI: <https://doi.org/10.18225/ci.inf.v29i2.889>. Disponível em: <https://revista.ibict.br/ciinf/article/view/889/924>. Acesso em: 3 maio 2024.

ENTRE AUTONOMIA E A SUBORDINAÇÃO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O VÍNCULO LABORAL DOS MOTORISTAS DA UBER, A LUZ DO DIREITO COMPARADO, COMO ALTERNATIVA PARA SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA NO BRASIL

AUTORES

Cristiano Brilhante de Soza

Luiz Alberto Matos dos Santos

RESUMO

Este ensaio aborda a discussão acerca do vínculo empregatício dos motoristas da Uber no Brasil, uma problemática jurídica que tem provocado intensos debates e decisões controversas no âmbito da justiça do trabalho. Diante da falta de consenso e da emergência de modelos de trabalho inovadores introduzidos pela economia *gig*, esta reflexão se propõe a explorar, ainda que de forma sumária, soluções alternativas para a problemática por meio do direito comparado. A análise foca em entender como as jurisdições da Inglaterra, França e Estados Unidos têm abordado questões semelhantes e quais lições podem ser aprendidas por meio dessas comparações. Utilizando-se dos métodos funcionalista e contextualista, o ensaio tem por objetivo examinar as respostas legais dadas por esses países, para a questão que discute a subordinação ou a autonomia dos motoristas, em relação às plataformas digitais. Ao final, o estudo busca apresentar conclusões que integrem as práticas internacionais observadas, propondo caminhos que possam ser úteis para resolver a controvérsia no Brasil.

INTRODUÇÃO

O advento das plataformas digitais transformou radicalmente diversos setores econômicos, promovendo inovações no mercado de trabalho e desafiando conceitos jurídicos tradicionais. Um dos casos emblemáticos dessa transformação é o da Uber, cuja

atividade levanta questões complexas sobre a natureza das relações laborais entre a empresa e seus motoristas. No Brasil, o debate sobre o reconhecimento do vínculo empregatício desses motoristas tem gerado uma série de decisões judiciais controversas, refletindo uma significativa incerteza jurídica e uma diversidade de interpretações sobre a legislação trabalhista. Diante deste contexto, este ensaio se propõe a analisar, sob a ótica do direito comparado, as soluções adotadas por outras jurisdições que enfrentam dilemas semelhantes, especificamente a Inglaterra, a França e os Estados Unidos.

Para tanto, esta breve reflexão será guiada pela seguinte questão de pesquisa: Como as soluções adotadas pela Inglaterra, França e Estados Unidos para abordar a questão do vínculo laboral de motoristas de plataformas digitais como a Uber podem influenciar ou sugerir novos caminhos para a jurisprudência e legislação no Brasil?

A hipótese central deste ensaio é que a análise das abordagens jurídicas de países que já consolidaram decisões sobre o vínculo laboral em contextos similares pode oferecer contribuições úteis ao deslinde da questão para o Brasil. Espera-se que, ao comparar as soluções legais dessas jurisdições, utilizando como ferramentas para tanto, os métodos funcionalista e contextualista, seja possível identificar elementos que possam ser adaptados ou adotados no sistema jurídico brasileiro para reduzir as controvérsias existentes e proporcionar maior clareza e segurança jurídica na solução da controvérsia.

Para testar a hipótese formulada, esse breve ensaio empregará, na comparação que se pretende levar a efeito entre o Brasil de um lado, e de outro, Inglaterra, França e Estados Unidos metodologias de direito comparado, com vistas a examinar como os mencionados países tem respondido ao problema que se pretende investigar. Para atingir esse objetivo, o presente estudo será dividido nas seguintes etapas: (i) breve apresentação da controvérsia no Brasil; (ii) apresentação de como a Inglaterra, a França e os EUA deram respostas ao mesmo problema; (iii) análise sobre como a Inglaterra, a França e os EUA solucionaram a questão, sob a ótica do método funcionalista, com vistas a oferecer uma possibilidade de solução para o caso Brasileiro; (iv) análise sobre como a Inglaterra, a França e os EUA solucionaram a questão, sob a ótica do método contextualista, com vista a oferecer uma possibilidade de solução para o caso Brasileiro.

Ao final, à guisa de conclusão, pretende-se apresentar uma síntese das reflexões desenvolvidas ao longo do ensaio.

1. O vínculo laboral dos motoristas da Uber: autonomia ou subordinação? Breve descrição da controvérsia no Brasil.

A discussão sobre o vínculo empregatício dos motoristas da Uber no Brasil tem gerado intensos debates e decisões controversas nos tribunais do trabalho, inclusive no

Tribunal Superior do Trabalho (TST). Trata-se de uma de uma questão que não está resolvida no Brasil.

Inicialmente, ainda que de forma breve, é importante entender o modelo de negócios da Uber, que se baseia em uma plataforma digital que conecta motoristas autônomos a usuários que buscam serviços de transporte. Em juízo, a Uber costuma se definir como uma intermediadora de serviços, argumentando que não exerce controle sobre os horários, rotas ou mesmo sobre a forma como os motoristas realizam seus serviços, aspectos típicos de uma relação de emprego.

Por outro lado, alguns motoristas e entidades representativas defendem que a relação estabelecida entre a Uber e os motoristas possui características de uma relação de emprego, como a dependência econômica e a subordinação, o que justificaria o reconhecimento do vínculo empregatício. Esses argumentos sustentam-se no fato de que a Uber estabelece regras para a execução do serviço, avalia o desempenho dos motoristas e pode até desativá-los da plataforma.

As decisões judiciais no Brasil têm refletido essa divisão de entendimentos. Enquanto algumas sentenças reconhecem o vínculo empregatício, baseando-se na dependência econômica e na subordinação técnica dos motoristas à Uber, outras negam o vínculo, destacando a autonomia dos motoristas em definir seus próprios horários de trabalho e a liberdade para se conectarem a outras plataformas similares.

Essa controvérsia fica evidente no Tribunal Superior do Trabalho. Isso porque alguns ministros entendem que a relação configura uma típica prestação de serviço autônomo, sem as características de uma relação de emprego tradicional. Outros, contudo, reconhecem a existência de um vínculo empregatício, fundamentando suas decisões na aplicação de princípios que protegem o trabalho e na interpretação de que a Uber tem controle sobre aspectos essenciais da atividade dos motoristas. A seguir, exemplos de decisões proferidas pelo TST, em sentidos opostos:

EXEMPLOS DE DECISÃO QUE SUSTENTAM A AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO, E QUE, EM DECORRÊNCIA DISSO, AFASTAM O VÍNCULO LABORAL.

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO.

TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. (...) Com efeito, o reclamante admite expressamente a possibilidade de ficar 'off line', sem delimitação de tempo, circunstância que indica a ausência completa e voluntária da prestação dos serviços em exame, que só ocorre em ambiente virtual. Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal autodeterminação é incompatível com

o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo. (...) o. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR-1000123- 89.2017.5.02.0038, 5ª Turma, rel. Min. Breno Medeiros, julgado em 5/2/2020)

“RECURSO DE REVISTA OBREIRO – VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE O MOTORISTA DE APLICATIVO E A EMPRESA PROVEDORA DA PLATAFORMA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (UBER) – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DIANTE DA AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA – TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA - RECURSO DESPROVIDO. 1. Avulta a transcendência jurídica da causa (CLT, art. 896-A, § 1º, IV), na medida em que o pleito de reconhecimento do vínculo de emprego envolvendo os recentes modelos de contratação firmados entre motoristas de aplicativo e empresas provedoras de plataformas de tecnologia por eles utilizadas ainda é nova no âmbito desta Corte, demandando a interpretação da legislação trabalhista em torno da questão. 2. Ademais, deixa-se de aplicar o óbice previsto na Súmula 126 desta Corte, uma vez que os atuais modelos de contratação firmados entre as empresas detentoras da plataforma de tecnologia (Uber) e os motoristas que delas se utilizam são de conhecimento público e notório (art. 374, I, do CPC) e consona com o quadro fático delineado pelo Regional. 3. Em relação às novas formas de trabalho e à incorporação de tecnologias digitais no trato das relações interpessoais – que estão provocando uma transformação profunda no Direito do Trabalho, mas carentes ainda de regulamentação legislativa específica – deve o Estado-Juiz, atento a essas mudanças, distinguir os novos formatos de trabalho daqueles em que se está diante de uma típica fraude à relação de emprego, de modo a não frear o desenvolvimento socioeconômico do país no afã de aplicar regras protetivas do direito laboral a toda e qualquer forma de trabalho. (...) 6. Assim sendo, não merece reforma o acórdão regional que não reconheceu o vínculo de emprego pleiteado na presente reclamação, sob o fundamento de ausência de subordinação jurídica entre o motorista e a empresa provedora do aplicativo Uber. Recurso de revista desprovido.” (TST-RR10555-54.2019.5.03.0179, 4ª Turma, rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, julgado em 2/3/2021.)

EXEMPLOS DE DECISÃO QUE SUSTENTAM QUE HÁ SUBORDINAÇÃO, E QUE, EM DECORRÊNCIA DISSO, CONCEDEM O VÍNCULO LABORAL.

“RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MANTIDA ENTRE OS TRABALHADORES PRESTADORES DE SERVIÇOS E EMPRESAS QUE ORGANIZAM, OFERTAM E EFETIVAM A GESTÃO DE PLATAFORMAS DIGITAIS DE DISPONIBILIZAÇÃO DE SERVIÇOS AO PÚBLICO, NO CASO, O TRANSPORTE DE PESSOAS E MERCADORIAS. NOVAS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO E GESTÃO DA FORÇA DE TRABALHO HUMANA NO SISTEMA CAPITALISTA E NA LÓGICA DO MERCADO ECONÔMICO. PROJEÇÃO DAS REGRAS CIVILIZATÓRIAS DO DIREITO DO TRABALHO SOBRE O LABOR DAS PESSOAS NATURAIS. INCIDÊNCIA DAS NORMAS QUE REGULAM O TRABALHO SUBORDINADO DESDE QUE NÃO DEMONSTRADA A REAL AUTO-

NOMIA NA OFERTA E UTILIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA DO TRABALHADOR (ART. 818, II, DA CLT). CONFLUÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS HUMANÍSTICOS E SOCIAIS QUE ORIENTAM A MATÉRIA (PREÂMBULO; ART. 1º, III E IV; ART. 3º, I, II, III E IV; ART. 5º, CAPUT; ART. 6º; ART. 7º, CAPUT E SEUS INCISOS E PARÁGRAFO ÚNICO; ARTS. 8º ATÉ 11; ART. 170, CAPUT E INCISOS III, VII E VIII; ART. 193, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988). VÍNCULO DE EMPREGO. DADOS FÁTICOS CONSTANTES DO ACÓRDÃO REGIONAL REFERINDO-SE A RELAÇÃO SOCIOECONÔMICA ABRANGENTE DE PERÍODO DE QUASE DOIS MESES. PRESENÇA DOS ELEMENTOS INTEGRANTES DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. INCIDÊNCIA, ENTRE OUTROS PRECEITOS, TAMBÉM DA REGRA DISPOSTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 6º DA CLT (INSERIDA PELA LEI n. 12.551/2011), A QUAL ESTABELECE QUE “OS MEIOS TELEMÁTICOS E INFORMATIZADOS DE COMANDO, CONTROLE E SUPERVISÃO SE EQUIPARAM, PARA FINS DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA, AOS MEIOS PESSOAIS E DIRETOS DE COMANDO, CONTROLE E SUPERVISÃO DO TRABALHO ALHEIO”. PRESENÇA, POIS, DOS CINCO ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO, OU SEJA: PESSOA HUMANA PRESTANDO TRABALHO; COM PESSOALIDADE; COM ONEROSIDADE; COM NÃO EVENTUALIDADE; COM SUBORDINAÇÃO. ÔNUS DA PROVA DO TRABALHO AUTÔNOMO NÃO CUMPRIDO, PROCESSUALMENTE (ART 818, CLT), PELA EMPRESA DE PLATAFORMA DIGITAL QUE ARREGIMENTA, ORGANIZA, DIRIGE E FISCALIZA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE.” (TST-RR100353-02.2017.5.01.0066, 3ª Turma, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, julgado em 6/4/2022)

RECURSO DE REVISTA DA RÉ. LEI 13.467/17. MOTORISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO ALGORÍTMICA. TRANSCENDÊNCIA SOCIAL E JURÍDICA RECONHECIDA. 6.

(...). 17. *In casu*, a controvérsia foi dirimida com lastro no robusto acervo probatório dos autos, em que a Corte Regional, traçando um paralelo com o conceito de “fordismo” e apresentando ainda a subordinação em suas várias dimensões, foi enfática em asseverar que identificou na relação jurídica mantida entre a autora e a ré a presença dos elementos que caracterizam o vínculo empregatício, na forma dos arts. 2º e 3º da CLT. a) No tocante à personalidade, ficou evidenciado o caráter “intuitu personae” da relação jurídica entre as litigantes. b) Na esteira do princípio da primazia da realidade, concluiu-se pela onerosidade, sob a dimensão objetiva. Diante da conclusão de evidência de que a Uber é que estabelece o valor das corridas, bem como a porcentagem devida, de acordo com o trajeto percorrido e da maneira que lhe convier, e concede descontos aos clientes, tudo sem a interferência do motorista parceiro, ou seja, de forma unilateral, por meio da plataforma digital, intermediando o processo, uma vez que recebe do cliente final em seu nome, retira sua comissão em percentual predefinido e repassa a ele (motorista parceiro) o que sobra, decidiu-se que, da forma como procede, efetivamente remunera seus ditos motoristas parceiros e, portanto, a autora pelos serviços prestados, pelo que manifesta a onerosidade. c) Quanto à não eventualidade, em resposta à argumentação da Uber de que não havia habitualidade na prestação de serviços, a Corte Regional declarou que “não existem dias e horários obrigatórios para a realização das atividades do Motorista Parceiro” e que

"a flexibilidade de horários não é elemento, em si, descaracterizador da "não eventualidade" e tampouco incompatível com a regulação da atividade pelo Direito do Trabalho", além de registrar o labor semanal pela autora, conforme se extrai do Informativo TST - nº 267 Período: 1º a 7 de fevereiro de 2023. 22 seguinte excerto: "O número de horas trabalhadas pela autora semanalmente era acompanhado pela ré, vez que todos os dados ficam armazenados no aplicativo, assim como o número de viagens concluídas, a taxa de aceitação e de cancelamento". Assim, reconheceu-se o caráter habitual da prestação de serviços. d) Verificou-se, finalmente, a subordinação. A Corte Regional consignou que a Uber exerce controle, por meio de programação neo-fordista e, portanto, pela presença da subordinação jurídica algorítmica. (...). Em outras palavras, frente à UBER, estamos diante da subordinação clássica ou subjetiva, também chamada de dependência. O trabalhador é empregado porque não tem nenhum controle sobre o preço da corrida, o percentual do repasse, a apresentação e a forma da prestação do trabalho. Até a classificação do veículo utilizado é definida pela empresa, que pode, a seu exclusivo talante, baixar, remunerar, aumentar, parcelar ou não repassar o valor destinado ao motorista pela corrida. (...). Diante do denso quadro fático apresentado pela Corte Regional e, considerando-se, portanto, que a ré admitiu a prestação de serviços, mas não logrou, contudo, desvencilhar-se do ônus da prova quanto à inexistência de vínculo empregatício com a autora, bem como presentes todos os requisitos do vínculo de emprego, tal como fartamente demonstrado acima, a conclusão da existência do vínculo entre a autora e a Uber não afronta os arts. 2º e 3º da CLT. Ileso ainda o art. 170, "caput" e IV, da Constituição Federal, na medida em que os princípios da livre iniciativa e da ampla concorrência não podem se traduzir em salvo-conduto nem tampouco em autorização para a sonegação deliberada de direitos trabalhistas. Recurso de revista não conhecido [...]" (TST-RRAg-100853- 94.2019.5.01.0067, 8ª Turma, rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, julgado em 19/12/2022).

Essas decisões divergentes do TST refletem a complexidade do tema e a dificuldade de aplicação das normas trabalhistas a modelos de negócios disruptivos como o da Uber. É que a legislação trabalhista brasileira, que foi criada em um contexto muito diferente do atual, muitas vezes não consegue abarcar as novas formas de trabalho intermediadas por tecnologia.

Além disso, a discussão não se limita apenas ao âmbito jurídico. Há um debate mais amplo sobre a economia *gig*¹ e a proteção social dos trabalhadores que atuam nesse setor. Questões como segurança no trabalho, direito a férias, aposentadoria, e outros benefícios trabalhistas são centrais para entender a totalidade das implicações do reconhecimento ou não do vínculo empregatício.

¹ A Gig Economy também é conhecida como freelance economy ou mesmo economy on demand e caracteriza as relações laborais entre trabalhadores e empresas que contratam essa mão de obra para a realização de serviços esporádicos e, portanto, sem vínculo empregatício (tais como freelancers e autônomos).

Em função da diversidade dessas controvérsias, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a decidir se existe vínculo empregatício entre "motoristas de aplicativo" e empresa criadora e administradora da plataforma digital. A questão está sendo tratada no Recurso Extraordinário (RE) 1.446.336, apresentado ao STF pela plataforma Uber, que narra existirem mais de 10 mil processos sobre tema tramitando nas diversas instâncias da Justiça trabalhista. O STF reconheceu a repercussão geral, nos termos do Tema 1291 a seguir transcrito:

Tema 1291 - Reconhecimento de vínculo empregatício entre motorista de aplicativo de prestação de serviços de transporte e a empresa administradora de plataforma digital.

Recurso extraordinário em que se discute, **à luz dos artigos 1º, IV; 5º, II, XIII; e 170, IV, da Constituição Federal**, a possibilidade do reconhecimento de vínculo de emprego entre motorista de aplicativo de prestação de serviços de transporte e a empresa criadora e administradora da plataforma digital intermediadora.

Portanto, no Brasil, a questão que discute o vínculo da Uber com seus motoristas não está resolvida. Diante de tal problema, uma das possibilidades para buscar uma solução ou um melhor encaminhamento para essa discussão é identificar como outros países estão tratando dessa questão, para, por meio de abordagens metodológicas, verificar em que medida é possível aproveitar no todo ou em parte essas soluções para tratar o caso no Brasil.

2. Soluções adotadas para a questão em debate na Inglaterra, França e EUA

2.1. Como a Inglaterra tratou a questão?

Na Inglaterra, o reconhecimento do vínculo trabalhista dos motoristas da Uber representou um marco importante na discussão sobre direitos trabalhistas na era digital. A solução adotada baseou-se em uma série de julgamentos que culminaram com a decisão da Suprema Corte britânica, que reafirmou o status dos motoristas como "trabalhadores" para fins legais, conferindo-lhes direitos trabalhistas correspondentes.

Em 2016, em Londres, na Inglaterra, a Uber perdeu a ação contra os motoristas do aplicativo da empresa Uber, James Farrar e Yaseen Aslam, que exigiam o reconhecimento da sua condição de "trabalhador". A empresa foi condenada ao pagamento dos direitos devidos, como descanso remunerado e salário-mínimo.²

² UBER loses court appeal against drivers' rights. BBC NEWS, 10 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/business-41940018>. Acesso em: 10 abr. 2024.

Um dos argumentos utilizados na matéria, de forma favorável aos motoristas, foi que “isso nada mais é do que uma manobra cínica para atrasar mudanças inevitáveis em seu modelo de negócios, enquanto ela persegue um recorde de US\$ 120 bilhões de flutuação no mercado de ações”. A empresa recorreu com o intuito de reverter a decisão, de forma que não fosse reconhecido o vínculo de trabalho. Em 2018, a Uber perdeu o recurso interposto e apelou para a Suprema Corte.³

A decisão crucial veio após uma série de apelações, com a Suprema Corte britânica finalmente decidindo, em 19 de fevereiro de 2021, em favor dos motoristas, reconhecendo-os como “trabalhadores” sob a legislação trabalhista do Reino Unido. Este status é distinto tanto de “empregados” quanto de “autônomos” e oferece uma categoria intermediária de proteção.⁴

A partir do julgamento pela Suprema Corte Britânica os motoristas passaram a ter direito a uma série de proteções trabalhistas, incluindo pagamento de salário-mínimo, férias pagas e proteção contra demissão injusta. A decisão marcou, no Reino Unido, uma mudança significativa nas práticas de contratação e no tratamento de trabalhadores em plataformas digitais.⁵

A Suprema Corte inglesa baseou sua decisão em vários fatores, incluindo a estrutura de controle exercida pela Uber sobre como os motoristas prestam seus serviços, a fixação de tarifas pela empresa, a imposição de termos de contrato e a restrição na liberdade dos motoristas de estabelecer relações diretas com os passageiros. A Corte destacou a dependência econômica dos motoristas em relação à plataforma, que se assemelha mais a uma relação de emprego do que a uma parceria comercial entre autônomos.⁶

A decisão teve um impacto significativo não apenas na Uber, mas em toda a economia *gig* no Reino Unido, sinalizando para empresas similares que utilizam modelos de negócios baseados em plataformas digitais a necessidade de reavaliar suas práticas de contratação e o tratamento de seus trabalhadores.

³ UBER loses latest legal bid over driver rights. BBC NEWS, 19 dezembro 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/business-46617584>. Acesso em: 10 abr. 2024.

⁴ UBER drivers are workers not self-employed, Supreme Court rules. BBC NEWS, 10 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/business-56123668>. Acesso em: 14 abr. 2024.

⁵ Reino Unido. Supreme Court. Uber BV e outros (Apelantes) v. Aslam e outros (Respondentes). Decisão de 19 de fevereiro de 2021. Número do processo: UKSC 2019/0029. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0029.html>. Acesso em: 14 abr. 2024.

⁶ Reino Unido. Supreme Court. Uber BV e outros (Apelantes) v. Aslam e outros (Respondentes). Decisão de 19 de fevereiro de 2021. Número do processo: UKSC 2019/0029. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0029.html>. Acesso em: 14 abr. 2024.

Esta solução reflete uma abordagem mais protetiva aos direitos dos trabalhadores em plataformas digitais na Inglaterra, contrastando com outras jurisdições que podem ter uma interpretação diferente da relação entre plataformas e seus usuários. Essa decisão pode ser vista como um precedente importante, potencialmente influenciando discussões semelhantes em outros países.

3.2. Como a França tratou a questão?

Na França, a abordagem para o reconhecimento do vínculo trabalhista dos motoristas da Uber também reflete um importante debate sobre os direitos dos trabalhadores na economia digital. Semelhante à Inglaterra, a França tomou medidas legais significativas para abordar as questões levantadas pelos motoristas de aplicativos de transporte.

Nesse contexto, vale mencionar que a *Cour de Cassation*⁷ respondeu afirmativamente, na linha de sua jurisprudência, no sentido de que está caracterizada a subordinação em razão *l'intégration à un service organisé*, que se assemelha ao que, no Brasil, se chama de subordinação estrutural⁸. Para a *Cour de Cassation*, a subordinação revela-se, principalmente, em razão do serviço de intermediação da plataforma Uber ser essencial ao labor realizado pelo trabalhador. Isso porque a Uber cria e regula uma oferta pré-existente de demanda por transporte urbano e controla, ao mesmo tempo em que oferece, a sua organização e o acesso por parte daqueles que pretendem utilizar esta oferta.⁹

A controvérsia da questão na França pode ser resumida da seguinte forma:

a) reconhecimento de vínculo de trabalho: A *Cour de Cassation* francesa tem reconhecido, em várias decisões, os motoristas da Uber como subordinados e não como trabalhadores autônomos. Essas decisões se alinham à jurisprudência uniforme da

⁷ A *Cour de Cassation* na França é o mais alto tribunal do sistema judiciário francês para casos civis e criminais, equivalente ao Supremo Tribunal Federal no Brasil, mas com um escopo de atuação diferente. A principal função da *Cour de Cassation* não é reexaminar os fatos de um caso, mas sim assegurar que a lei foi aplicada corretamente nas decisões judiciais das cortes inferiores. Ela tem a autoridade para anular ou cassar decisões judiciais de tribunais inferiores se constatar que houve erro na aplicação da lei. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/>

⁸ A subordinação estrutural é um conceito jurídico que expande a tradicional noção de subordinação jurídica para além da relação direta de comando, focando na inserção do trabalhador na organização e dinâmica empresarial, considerando-o subordinado não necessariamente por estar diretamente sob ordens específicas do empregador, mas por estar inserido e ser essencial à estrutura, ao funcionamento e aos objetivos da empresa.

⁹ França. *Cour de Cassation*. Uber France e outro v. M. F. Decisão nº 374 de 4 de março de 2020. Processo nº 19-13.316. Disponível em: <<https://www.courdecassation.fr/decision/5fca56cd0a790c1ec36ddc07>>. Acesso em: 14 abr. 2024.

corte, que se fundamenta na noção de "integração a um serviço organizado" (*l'intégration à un service organisé*).

b) razões do entendimento: A corte francesa identifica a subordinação principalmente na maneira como a Uber cria, regula, e controla a oferta de demanda por transporte urbano, além de organizar e facilitar o acesso de motoristas e clientes a essa oferta. O fato de a Uber determinar unilateralmente as condições de trabalho, incluindo itinerários e tarifas, tem sido crucial para estabelecer a existência de uma relação de subordinação. A Corte Francesa entende que o modelo de negócios da Uber envolve uma dependência econômica dos motoristas em relação à plataforma, caracterizando assim uma relação de emprego e não de parceria comercial entre autônomos.

c) consequências do entendimento: O reconhecimento do vínculo empregatício implica que os motoristas da Uber na França passaram a ter direito a benefícios trabalhistas, como descanso remunerado, proteção contra demissão injusta, e salário-mínimo, cobertura de segurança social, horas de trabalho regulamentadas, proteção contra desligamento automático do sistema e compensação por término de contrato. O entendimento da corte francesa reflete uma preocupação maior com a proteção dos trabalhadores frente às novas formas de trabalho digitalizadas.

A abordagem da França ao desafio representado pela economia *gig*, especificamente no caso dos motoristas da Uber, destaca a disposição do país em adaptar sua legislação trabalhista às realidades do trabalho na era digital. Priorizando a proteção dos trabalhadores, a decisão da *Cour de cassation* também estabeleceu um precedente importante na regulamentação das relações de trabalho em plataformas digitais na França, marcando uma clara distinção nas soluções jurídicas adotadas quando comparadas a outras jurisdições.

3.3. Como os EUA tratou a questão?

Nos Estados Unidos, a questão do reconhecimento do vínculo trabalhista dos motoristas da Uber tem sido marcada por um cenário diversificado de decisões judiciais e legislativas, refletindo as particularidades do sistema legal americano, que varia significativamente entre os estados. No presente ensaio, será abordado apenas um caso, considerado emblemático nesse debate, que ocorreu na Califórnia, onde a legislação específica teve um papel central na discussão. Segundo Messitte (2022), a economia informal está crescendo exponencialmente nos EUA. Estimativas de 2019 mostram que até 57 milhões de americanos (36% da força de trabalho) estão envolvidos de alguma forma na *gig economy*.¹⁰

¹⁰ Messitte, Peter J. "Uberização" nos Estados Unidos. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/uberizacao-nos-estados-unidos/>. Acesso em: 14 Abr. 2024.

Vale lembrar que os EUA adotam um sistema jurídico fundamentado na *common law*, derivada do direito inglês, sendo tal estrutura organizacional bastante distinta da brasileira. Neste sistema, predominam as decisões judiciais e os costumes. Além disso, os estados americanos dispõem de significativa autonomia para legislar, o que resulta em uma legislação trabalhista que pode variar significativamente entre os estados. Contudo, existe uma legislação federal, a *Fair Labor Standards Act* (FLSA) de 1938, que define padrões mínimos que devem ser adotados em todo o território nacional, estipulando um salário-mínimo de \$7,25 por hora e não estabelecendo um limite para horas extras. Vale mencionar que nos EUA, não existe a previsão de 13º salário, férias remuneradas obrigatórias ou a necessidade de aviso prévio em casos de demissão sem justa causa, refletindo um sistema que geralmente proporciona menos proteções ao trabalhador e mais flexibilidade para negociação dos termos de contratação.¹¹

Em 2019, a Califórnia aprovou a Assembly Bill 5 (AB5), uma legislação significativa destinada a regular as relações de trabalho na economia *gig*, implementando o "teste ABC" para determinar se os trabalhadores devem ser classificados como empregados ou contratados independentes. Para ser classificado como independente, o trabalhador deve: (A) ser livre da direção e controle da contratante na execução do trabalho, (B) realizar um trabalho que não faça parte das operações usuais do negócio da empresa, e (C) estar engajado em uma atividade comercial estabelecida que seja do mesmo tipo que o trabalho realizado. A lei tinha como objetivo fornecer direitos trabalhistas básicos, como salário-mínimo, benefícios de saúde e segurança no trabalho, a mais trabalhadores, incluindo motoristas de aplicativos como Uber e Lyft.¹²

A aprovação da AB5 desencadeou intensos debates e foi percebida como um teste significativo para os modelos de negócios baseados na economia *gig*. Empresas como Uber e Lyft buscaram negociar exceções que permitiriam manter seus trabalhadores como contratados independentes. Contudo, as propostas das empresas foram rejeitadas pelo legislativo. A lei foi celebrada como um avanço para os direitos dos trabalhadores, apesar de ter sido criticada por setores que argumentam que ela poderia restringir a flexibilidade dos trabalhadores independentes.¹³

Em resposta à implementação da Assembly Bill 5 (AB5), que buscou classificar os motoristas de aplicativos como empregados garantindo-lhes direitos trabalhistas com-

¹¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12.

¹² Mesriani Law Group. What Impact Will the AB5 Law in California Have on Gig Work. 2023. Disponível em: <https://www.mesrianilaw.com/blog/assembly-bill-5-californias-new-gig-economy-law/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

¹³ Ibidem.

pletos, empresas como Uber e Lyft organizaram uma campanha significativa culminando na Proposição 22. Aprovada em novembro de 2020 por 58% dos eleitores californianos, a Proposição 22 passou a permitir que essas empresas continuem classificando seus motoristas como contratados independentes. A referida medida proporciona algumas concessões, como um piso salarial e o pagamento de despesas de saúde para motoristas que trabalham mais de 15 horas por semana, mas não inclui todos os benefícios típicos de um emprego formal, como pagamento de horas extras e licença médica.¹⁴

A batalha legal e legislativa na Califórnia sobre o status dos motoristas de aplicativos ilustra a complexidade de regular as relações de trabalho na economia digital. A AB5 e a Proposta 22 representam abordagens distintas para equilibrar a flexibilidade desejada por muitos trabalhadores da economia *gig* com a necessidade de proteções trabalhistas. Enquanto a AB5 buscava expandir os direitos trabalhistas para incluir esses trabalhadores, a Proposta 22 criou uma categoria específica para eles, com direitos limitados.

Esta solução reflete o dinamismo e as disputas contínuas sobre a regulação da economia *gig* nos EUA, indicando um caminho de compromissos e ajustes contínuos para lidar com novas formas de trabalho.

4. Análise de soluções para o caso Brasileiro sob a ótica do direito comparado: o emprego do método funcionalista

4.1. Breve descrição do método funcionalista

O método funcionalista, que tem como sua principal referência o trabalho desenvolvido por Zweigert e Kötz¹⁵, foca na função desempenhada pelas leis no contexto de diferentes sociedades, buscando entender como problemas semelhantes são resolvidos através de soluções jurídicas em diferentes sistemas legais. O método parte do pressuposto de que existem algumas questões relacionadas às instituições políticas que são comuns em qualquer sistema de governo; entendendo que a lei objeto da comparação é constituída em razão de alguns problemas sociais que, se presume, sejam similares no mundo, ainda que situadas em jurisdições diferentes. Portanto, o sistema legal de qualquer sociedade teria, para os funcionalistas, os mesmos problemas que poderiam ser resolvidos da mesma forma (Zweigert e Kotz, 1998, p. 34).

¹⁴ Berkeley Law. Uber, Lyft Win on Prop 22: The Most Expensive Ballot Measure in California's History. Disponível em: <https://sites.law.berkeley.edu/thenetwork/2020/11/16/uber-lyft-win-on-prop-22-the-most-expensive-ballot-measure-in-californias-history/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

¹⁵ ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. An introduction to comparative law. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Segundo Tushnet (2006), o funcionalismo pode ser explicado a partir do seguinte exemplo: toda nação democrática desenvolve um procedimento específico para o caso de se precisar declarar guerra, ou, para lidar com emergências domésticas que tenham a possibilidade de colocar em risco a existência da nação. Diante disto, de acordo com o método funcionalista, ao examinar as diferentes formas que uma nação democrata se organiza para declarar guerra ou estados de emergência - por exemplo - é possível identificar qual seria o melhor modelo e qual seria o pior, dentro de um universo de possibilidades.

Resumidamente, o método funcional proposto por Zweigert e Kötz pode ser subdividido em cinco etapas.

- (i) O problema: como um determinado problema é solucionado?
- (ii) A escolha dos ordenamentos jurídicos sobre as respectivas soluções para o problema pesquisado.
- (iii) O processo comparativo em si: em que medida se assemelham as soluções? Em que pontos elas coincidem; através de quais características elas diferem entre si?
- (iv) Construção de uma sistemática para análise das soluções, esclarecimento de semelhanças e diferenças.
- (v) Valoração crítica dos resultados, o que eventualmente poderá conduzir à avaliação (discricionária) da melhor solução.

4.2. Aplicação do método funcionalista ao problema de pesquisa do ensaio

Aplicando o método funcionalista ao caso em estudo, buscou-se em um primeiro momento, identificar nas soluções dadas por Inglaterra, França e EUA, em que medida tais soluções se aproximam e por meio de quais características elas diferem entre si. A tabela a seguir resume a referida comparação:

Problema: autonomia ou subordinação: Qual é o vínculo laboral dos motoristas da Uber com a empresa?

INGLATERRA	FRANÇA	EUA
A Suprema Corte britânica reafirmou o status dos motoristas como "trabalhadores" para fins legais, conferindo-lhes direitos trabalhistas correspondentes.	A Cour de Cassation entendeu que está caracterizada a subordinação em razão l'intégration à un service organisé, reconhecendo os motoristas como subordinados e não como trabalhadores autônomos.	A AB5 e a Proposta 22 apresentam abordagens distintas para equilibrar a flexibilidade desejada por muitos trabalhadores da economia <i>gig</i> com a necessidade de proteções trabalhistas. Enquanto a AB5 buscava expandir os direitos trabalhistas para incluir esses trabalhadores, a Proposta 22 criou uma categoria específica para eles, com direitos limitados.
Observações: Para a legislação trabalhista do Reino Unido o status de "trabalhador" é distinto tanto de "empregado" quanto de "autônomo" oferecendo uma categoria intermediária de proteção.	Observações: O reconhecimento do vínculo empregatício implica que os motoristas da Uber na França passaram a ter direito a benefícios trabalhistas, que na França são mais amplos que na Inglaterra.	Observação: Nos EUA, em geral, há menos proteções ao trabalhador e mais liberdade para que as partes negociem os termos da contratação. Ordinariamente não existe, no referido país, 13º salário, férias remuneradas obrigatórias e não há necessidade de aviso prévio para a demissão sem justa causa.
Direitos conferidos: salário- mínimo, férias pagas e proteção contra demissão injusta (ou discriminação).	Direitos conferidos: salário- mínimo, descanso remunerado, férias pagas, proteção contra demissão injusta, entre outros.	Direitos conferidos: algumas concessões em termos de compensação e benefícios, mas sem o pleno reconhecimento dos direitos trabalhistas tradicionais, que naquele país já são limitados, quando comparados aos que existem na França e Inglaterra.

4.2.1. Análise das soluções e aplicação ao caso brasileiro a luz da teoria funcionalista.

Considerando os três países escolhidos para a comparação, verifica-se como semelhança, que, em alguma medida, os motoristas da Uber ganharam alguns direitos que eles não tinham antes da discussão se desenrolar em seus países. Nas comparações realizadas, a França foi o país em que os motoristas ganharam mais direitos e os EUA o país onde os trabalhadores tiveram pouco avanço.

No Reino Unido há uma categoria intermediária entre o empregado e o autônomo e nessa categoria os motoristas de Uber foram enquadrados. Na França, contudo, ao reconhecer o vínculo laboral da empresa com seu motorista, foram conferidos direitos trabalhistas amplos a esses trabalhadores. Por fim, nos EUA, país no qual a proteção ao trabalhador convencional não é tão ampla, considerando o caso da Califórnia, os motoristas da Uber conseguiram alguns poucos direitos após a aprovação da Proposta 22, que criou uma categoria especial para eles.

Com isso, por meio do método funcionalista, uma dessas soluções deve ser escolhida “a melhor” e, como tal, permitir indicar uma solução para o caso brasileiro. Ocorre que, para uma questão complexa como a do vínculo da Uber com seus motoristas, entende-se não ser possível, sem que haja um viés, escolher um dos três modelos apresentados como sendo a melhor solução para o caso Brasileiro. Assim, no limite, a escolha seria feita considerando o modelo trabalhista mais parecido com o Brasileiro, que seria o Francês. Entretanto, sem analisar outros elementos, não haveria como afirmar, com segurança, que a solução francesa seria, de fato, a melhor para resolver a questão no Brasil.

4.2.2. Conclusões a partir da aplicação do método funcionalista

De um modo geral, para o problema de pesquisa objeto desse ensaio, o método funcionalista não permitiu a formulação de uma conclusão razoável. Ou seja, utilizando como modelos de comparação, as soluções adotadas por Inglaterra, França e EUA para o problema de pesquisa, não é possível vislumbrar uma solução para o caso Brasileiro uma vez que, cada um dos países mencionados, adota solução distinta para a questão, sendo impossível, sem analisar outros elementos, indicar qual seria a melhor delas para, então, guiar uma eventual solução para o caso no Brasil.

Em termos mais concretos, uma função que em determinado ordenamento jurídico é desempenhada por uma lei ou mesmo na constituição pode estar presente em outro sob a forma de costume, de elaboração teórica dos juristas ou de construção jurisprudencial. É o que ocorreu na comparação levada a efeito no presente estudo, já que a França adota o *civil law* e tem sua proteção trabalhista fundamentada na Constituição e no *Code du Travail*, enquanto na Inglaterra e nos EUA, países que adotam o *common law*, as proteções trabalhistas estão mais concentradas em leis e acordos coletivos.

E identificar a função exata de uma lei pode ser complicado e subjetivo. Pessoas diferentes podem interpretar a função de uma lei de maneiras distintas, dependendo de suas próprias perspectivas teóricas ou ideológicas. Isso pode levar a conclusões diversas e potencialmente contraditórias sobre o que constitui uma solução funcionalmente equivalente.

Além disso, as leis de um determinado país estão intimamente ligadas a inúmeros aspectos daquela sociedade, que podem ser políticos, históricos, intelectuais e institucional sendo que, a aplicação do método funcionalista, não deve levar em conta estas variáveis, que inevitavelmente afetam a lei (Tushnet, 2008, p. 1265).

Por conta da simplicidade e da superficialidade de seus exames, o método funcionalista não é suficientemente apto para promover uma abordagem crítica acerca das regras legais e instituições analisadas no caso do problema em estudo. O que se percebeu no presente ensaio é que o método funcionalista se mostra pouco útil quando se deseja traçar comparações entre ordens jurídicas que apresentam diferenças acentuadas do ponto de vista da cultura, como no caso dos países utilizados no presente ensaio, quando confrontados entre si e com o Brasil.

5. Análise de soluções para o caso Brasileiro sob a ótica do direito comparado: o emprego do método contextualista

5.1. Breve descrição do método contextualista

Tushnet (2006) argumenta que o Direito Constitucional é profundamente influenciado pelo contexto institucional, doutrinário, social e cultural específico de cada país. Ele sustenta que ignorar esses aspectos em estudos comparativos pode levar a interpretações que não refletem a realidade autêntica. Segundo ele, o contextualismo visa examinar detalhadamente os aspectos institucionais e doutrinários de cada sistema jurídico, enfatizando a importância de entender o ambiente institucional para determinar a viabilidade de integrar conceitos jurídicos estrangeiros baseados nas constituições existentes. Da mesma forma, é crucial entender o contexto doutrinário para avaliar se já existe alguma base constitucional que aborde o tema em questão dentro do país (Tushnet, 2006, p. 78).

Tushnet (2008) também observa que as constituições são reflexos da história e identidade de uma nação, moldadas pelo caráter de seu povo. Os defensores do contextualismo acreditam que não se pode considerar a adoção de conceitos jurídicos de outras nações sem primeiro compreender as especificidades locais. Eles argumentam que, dependendo da situação, pode ser impraticável conferir o mesmo nível de proteção constitucional a direitos que têm diferentes graus de relevância em contextos distintos.

Legrand (2003) define contexto como o conjunto de condições socio-históricas, conhecimentos, ideias, valores e comportamentos que formam o ambiente do direito. Segundo ele, na abordagem hermenêutica, os textos legais são vistos como elementos cheios de significado, que precisam ser interpretados dentro de seu contexto histórico e realidade específica. O autor defende uma abordagem comparativa do direi-

to que prioriza a identificação de diferenças entre sistemas jurídicos, ao invés de simplesmente presumir ou criar semelhanças entre eles.

5.2. Aplicação do método contextualista ao problema de pesquisa do ensaio

Aplicando o método contextualista ao caso em estudo, agregou-se à tabela anterior, ainda que de forma simples em razão do exíguo tempo de pesquisa, a análise dos contextos referentes às legislações dos países comparados bem como à proteção social e a tradição de direitos trabalhistas em cada um deles. A tabela a seguir resume a referida comparação:

Problema: autonomia ou subordinação: Qual é o vínculo laboral dos motoristas da Uber com a empresa?

INGLATERRA	FRANÇA	EUA
A Suprema Corte britânica reafirmou o status dos motoristas como "trabalhadores" para fins legais, conferindo-lhes direitos trabalhistas correspondentes.	A Cour de Cassation entendeu que está caracterizada a subordinação em razão l'intégration à un service organisé, reconhecendo os motoristas como subordinados e não como trabalhadores autônomos.	A AB5 e a Proposta 22 representam abordagens distintas para equilibrar a flexibilidade desejada por muitos trabalhadores da economia <i>gig</i> com a necessidade de proteções trabalhistas. Enquanto a AB5 buscava expandir os direitos trabalhistas para incluir esses trabalhadores, a Proposta 22 criou uma categoria específica para eles, com direitos limitados.
Observações: Para a legislação trabalhista do Reino Unido o status de "trabalhador" é distinto tanto de "empregado" quanto de "autônomo" oferecendo uma categoria intermediária de proteção.	Observações: O reconhecimento do vínculo empregatício implica que os motoristas da Uber na França passaram a ter direito a benefícios trabalhistas, que na França são mais amplos que na Inglaterra.	Observação: Nos EUA, em geral, há menos proteções ao trabalhador e mais liberdade para que as partes negociem os termos da contratação. Ordinariamente não existe, no referido país, 13º salário, férias remuneradas obrigatórias e não há necessidade de aviso prévio para a demissão sem justa causa.
Direitos conferidos: salário- mínimo, férias pagas e proteção contra demissão injusta (ou discriminação).	Direitos conferidos: salário- mínimo, descanso remunerado, férias pagas, proteção contra demissão injusta, entre outros.	Direitos conferidos: algumas concessões em termos de compensação e benefícios, mas sem o pleno reconhecimento dos direitos trabalhistas tradicionais, que naquele país já são limitados, quando comparados aos que existem na França e Inglaterra.

Problema: autonomia ou subordinação: Qual é o vínculo laboral dos motoristas da Uber com a empresa?

INGLATERRA	FRANÇA	EUA
Breve análise de contexto: Os direitos trabalhistas na Inglaterra são definidos por um quadro legal detalhado, influenciado significativamente pela história e práticas culturais. Na Inglaterra não há uma constituição codificada, a legislação trabalhista se adapta através de leis parlamentares e precedentes judiciais, abrangendo leis como o Employment Rights Act de 1996 e o Equality Act de 2010, que estabelecem os fundamentos para contratos de trabalho, segurança no trabalho, e proteções contra discriminação. A flexibilidade do sistema de common law permite que essas leis se ajustem às mudanças nas condições sociais e econômicas, uma necessidade que se originou das demandas da Revolução Industrial e que evoluiu com o fortalecimento dos movimentos sindicais. Culturalmente, a Inglaterra mantém uma forte ênfase na equidade, justiça e dignidade no trabalho, valorizando negociações justas e práticas equitativas entre empregadores e empregados. Os trabalhadores ingleses tendem a resolver disputas através de negociação e arbitragem, refletindo uma cultura de moderação e uma preferência por soluções racionais.	Breve análise de contexto: Os direitos trabalhistas na França são moldados por um contexto constitucional e legal sólido, reforçado por uma tradição histórica de movimentos sociais que têm defendido reformas progressistas em benefício dos trabalhadores. A Constituição e o Código do Trabalho francês detalham amplamente as proteções e direitos, como condições de trabalho justas, saúde e segurança, e o direito de greve. Essas leis são influenciadas por ideais republicanos de igualdade e solidariedade, que permeiam o tecido legal e político do país. Além disso, os valores culturais e comportamentais na França, que favorecem a proteção robusta dos trabalhadores e o bem-estar social, desempenham um papel crucial na implementação e percepção desses direitos. Há, portanto, uma expectativa cultural de que os direitos trabalhistas são essenciais para a coesão social e a identidade nacional, apoiando a ideia de que trabalhadores devem ter garantias substanciais e capacidade para negociar coletivamente.	Breve análise de contexto: Os direitos trabalhistas nos Estados Unidos são definidos por uma combinação de legislação federal e estadual, sem garantias explícitas na Constituição. As leis como a Fair Labor Standards Act (FLSA) e a Occupational Safety and Health Act (OSHA) estabelecem padrões mínimos para salários e condições de trabalho, enquanto outras, como a Family and Medical Leave Act (FMLA), fornecem proteções adicionais. Os direitos variam significativamente entre os estados devido à capacidade de legislar independentemente em nível estadual, criando um sistema diversificado e complexo. Culturalmente, os EUA valorizam a autonomia individual e o empreendedorismo, o que se reflete nas relações de trabalho tratadas como acordos contratuais individuais e na prevalência do emprego "at-will", onde as relações de trabalho podem ser terminadas por qualquer motivo não proibido por lei. Esta abordagem favorece a flexibilidade e a mobilidade no mercado de trabalho.

5.2.1. Análise das soluções e aplicação ao caso brasileiro a luz da teoria contextualista.

Ao examinar as soluções adotadas por França, Inglaterra e EUA no tratamento do vínculo trabalhista de motoristas de plataformas como a Uber, observa-se uma variedade de abordagens. Na França, os motoristas são considerados empregados, desfrutando de uma gama completa de direitos trabalhistas, incluindo proteção contra demissão injusta, salário-mínimo garantido e benefícios sociais. Esta classificação decorre de uma visão de que a Uber controla significativamente as condições de trabalho, configurando uma relação de subordinação.

Na Inglaterra, após decisões judiciais, os motoristas foram classificados como "trabalhadores", uma categoria que lhes confere direitos como salário-mínimo e férias pagas, mas não todos os benefícios de um empregado pleno. Esta solução reflete um equilíbrio entre flexibilidade e proteção trabalhista, reconhecendo alguma autonomia dos motoristas, mas ainda assim oferecendo proteções essenciais.

Nos EUA, especialmente na Califórnia com a Proposição 22, os motoristas continuam sendo classificados como contratantes independentes, com algumas concessões como garantia de renda mínima e subsídios para seguros de saúde, se atenderem a certos critérios de horas trabalhadas. Esta abordagem enfatiza a flexibilidade e a autonomia do trabalhador, alinhada ao modelo de negócios de *gig economy* predominante no país.

A valoração crítica das soluções adotadas pela França, Inglaterra e EUA indica que o modelo francês é o mais alinhado ao contexto brasileiro, devido à sua abordagem robusta em proteções trabalhistas. No Brasil, a legislação trabalhista tradicionalmente oferece amplos direitos aos empregados, incluindo proteção contra demissão sem justa causa, férias remuneradas, 13º salário, e outros benefícios sociais, semelhantes aos garantidos na França. A solução francesa de tratar os motoristas de plataformas como empregados plenos, concedendo-lhes direitos trabalhistas completos, ressoa com o sistema brasileiro que tende a favorecer a proteção do trabalhador. Com isso, a análise contextualista sugere adotar uma abordagem semelhante a francesa, que poderia fortalecer a segurança dos trabalhadores da economia *gig* no Brasil, garantindo que recebam benefícios e proteções equivalentes aos de outros trabalhadores formais.

5.2.2. Conclusões a partir da aplicação do método contextualista

A análise contextualista destaca como as decisões legais são profundamente influenciadas pelo contexto socioeconômico e cultural de cada país. A disposição para reconhecer ou negar o vínculo empregatício entre motoristas e plataformas de aplicativos refle-

te não apenas concepções jurídicas distintas, mas também diferentes prioridades políticas e econômicas. Assim, enquanto alguns países privilegiam a proteção dos trabalhadores e a adaptação da legislação trabalhista às novas realidades do trabalho, outros focam na promoção da flexibilidade econômica e na inovação tecnológica.

Considerando as práticas de proteção trabalhista no Brasil, a análise contextualista sugere que a adoção de um modelo semelhante ao francês seria a mais adequada. É que o modelo francês não apenas alinha-se com a tradição brasileira de proteger os direitos dos trabalhadores, mas também poderia estabelecer um precedente para a inclusão de trabalhadores da economia *gig* sob a proteção da legislação trabalhista formal. Implementar uma legislação que reconheça os motoristas de aplicativos como empregados poderia trazer clareza jurídica e estabilidade para um setor marcado por incertezas e disputas trabalhistas.

Além disso, essa abordagem poderia incentivar a formalização de relações trabalhistas em outras áreas da economia *gig*, promovendo um ambiente de trabalho mais justo e regulamentado que esteja em harmonia com os valores sociais e econômicos do Brasil. Por óbvio, a adaptação desse modelo deverá considerar as especificidades do mercado de trabalho brasileiro, garantindo que a proteção ao trabalhador não comprometa a competitividade e inovação necessárias no setor de tecnologia.

6. Reflexões conclusivas

A análise comparativa das abordagens de França, Inglaterra e EUA sobre o vínculo trabalhista de motoristas com plataformas como a Uber oferece informações valiosas sobre como diferentes sistemas jurídicos e econômicos respondem a desafios similares. Cada país implementa soluções que refletem suas próprias condições socioeconômicas, culturais e legais, moldando as relações de trabalho dentro do contexto da economia *gig*.

A decisão sobre qual modelo seguir deve ser baseada em uma compreensão aprofundada de que as leis não operam no vácuo, mas são influenciadas por uma variedade de fatores que vão desde tradições legais e políticas até expectativas sociais e condições econômicas. Assim, enquanto modelos mais rígidos de proteção trabalhista podem ser apropriados para algumas sociedades, outros podem beneficiar-se de uma abordagem que promova a inovação e a adaptabilidade.

Ao abordar o problema de pesquisa deste ensaio por meio do método funcionalista não foi possível chegar a uma conclusão substancial. Utilizando as soluções adotadas por Inglaterra, França e EUA como modelos comparativos, não foi possível identificar uma solução aplicável ao contexto brasileiro, dado que cada um destes países apre-

senta uma abordagem distinta para o mesmo problema que é de natureza complexa. Com isso e sem a análise de outros fatores, é impossível determinar qual dessas soluções seria a mais adequada para orientar uma resposta ao caso brasileiro.

Outra dificuldade encontrada ao utilizar o método funcionalista foi identificar, para a questão problema analisada, as funções preconizadas pelo método. De forma mais específica, funções que são atribuídas a leis ou constituições em um sistema legal podem ser manifestadas por costumes, teorias jurídicas ou construções jurisprudenciais em outros. A identificação da função precisa de uma lei pode ser complexa e subjetiva, levando a interpretações variadas que podem resultar em conclusões divergentes sobre o que constitui uma solução funcionalmente equivalente. Além disso, as leis em um país estão intrinsecamente ligadas a vários aspectos de sua sociedade, incluindo políticos, históricos, intelectuais e institucionais, elementos que o método funcionalista frequentemente não considera, o que inevitavelmente impacta sua aplicabilidade.

Dentro deste contexto, infere-se das análises levadas a efeito no presente ensaio que o método funcionalista é limitado, especialmente ao tentar comparar sistemas jurídicos que exibem diferenças culturais marcantes, como é o caso dos países analisados em relação ao Brasil.

Já a análise contextualista revela que as decisões legais são fortemente moldadas pelo contexto socioeconômico e cultural de cada nação. A decisão de reconhecer ou negar vínculo empregatício entre motoristas de plataformas digitais e as próprias plataformas não é apenas uma questão de interpretação legal divergente, mas reflete também as diferentes prioridades políticas e econômicas de cada país. Enquanto alguns países a exemplo da Inglaterra e França, priorizam a proteção dos trabalhadores e ajustam suas leis trabalhistas para se adaptarem às novas formas de trabalho, outros como os EUA, enfatizam flexibilidade econômica e a inovação tecnológica.

No contexto brasileiro, onde há uma tradição de proteção robusta aos direitos dos trabalhadores, a análise contextualista indica que a adoção de um modelo de legislação trabalhista semelhante ao francês seria apropriada. Este modelo não só está alinhado com a tradição de proteção trabalhista do Brasil, mas também poderia servir como precedente para integrar os trabalhadores da economia *gig* à legislação trabalhista formal. A implementação de leis que classifiquem os motoristas de aplicativos como empregados traria maior clareza jurídica e estabilidade para um setor repleto de incertezas e controvérsias.

Além disso, tal abordagem fomentaria a formalização das relações trabalhistas em outras áreas da economia *gig*, contribuindo para um ambiente de trabalho mais justo e regulado, em consonância com os valores socioeconômicos do Brasil.

Naturalmente, qualquer adaptação deste modelo deverá levar em consideração as peculiaridades do mercado de trabalho brasileiro, assegurando que a proteção dos trabalhadores não restrinja a competitividade e inovação essenciais no setor tecnológico. Nesse caso, uma solução definitiva caberá ao Poder Legislativo brasileiro, que deverá avaliar, de um lado, as proteções sociais mínimas a serem conferidas para esses trabalhadores e, de outro, um modelo de proteção social que permita que esses novos modelos de trabalho se mantenham competitivos e aptos a servirem de alternativa para trabalhadores e usuários.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. Há vínculo entre Uber e motorista, decide corte francesa. Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-05/corte-francesacon-firma-vinculo-entre-ubermotorista>. Acesso em: 28 abr. 2021.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 10555-54.2019.5.03.0179. 4ª Turma. Relator: Min. Ives Gandra Martins Filho. Julgado em 2 de março de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038. 5ª Turma. Relator: Min. Breno Medeiros. Julgado em 5 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 100353-02.2017.5.01.0066. 3ª Turma. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. Julgado em 6 de abril de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista em Agravo nº 100853-94.2019.5.01.0067. 8ª Turma. Relator: Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. Julgado em 19 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

França. Cour de Cassation. Uber France e outro v. M. F. Decisão nº 374 de 4 de março de 2020. Processo nº 19-13.316. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/decision/5fca56cd0a790c1ec36dddc07>. Acesso em: 14 abr. 2024.

LEGRAND, P. 2003. The Same and the Different. In: P. LEGRAND; M. RODERICK (orgs.), Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions. Cambridge, Cambridge University Press, p. 240-311.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Reino Unido. Supreme Court. Uber BV e outros (Apelantes) v. Aslam e outros (Respondentes). Decisão de 19 de fevereiro de 2021. Número do processo: UKSC 2019/0029. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0029.html>. Acesso em: 14 abr. 2024.

TUSHNET, Mark. 2006. Some reflections on method in comparative constitutional law. In: S. CHOUDHRY (ed.). The migration of constitutional ideas. Cambridge, Cambridge University Press, p. 67-83.

_____. 2008. The possibilities of Comparative Constitutional Law. The Yale Law Journal, 108(1225):1225-1309.

ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. An introduction to comparative law. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ESG E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS ECOLÓGICAS NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL: AVANÇOS E DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DE CRITÉRIOS AMBIENTAIS NAS AQUISIÇÕES GOVERNAMENTAIS

ESG AND GREEN PUBLIC PROCUREMENT IN THE EUROPEAN UNION AND BRAZIL: ADVANCES AND CHALLENGES IN THE IMPLEMENTATION OF ENVIRONMENTAL CRITERIA IN GOVERNMENT PROCUREMENT

AUTORES

Bertoldo Klinger Barros Rêgo Neto
Rita de Cássia Pinho de Carvalho

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a integração da sustentabilidade e responsabilidade nas políticas de compras governamentais da União Europeia e do Brasil, focando nas diretivas da UE e na legislação brasileira sobre contratações sustentáveis. A implementação de critérios ambientais nas contratações públicas é uma medida fundamental tanto

na União Europeia quanto no Brasil, destacando-se como uma iniciativa crucial para a incorporação de práticas sustentáveis nas políticas de aquisições governamentais. Este movimento é vital para fomentar a responsabilidade ambiental e social, alinhando-se aos crescentes padrões de sustentabilidade e governança globalmente reconhecidos (ESG). Na União Europeia, as Diretrizes de Contratações Públicas Ecológicas (Green Public Procurement - GPP) são uma parte essencial da política ambiental, promovendo a criação de um mercado para produtos e serviços ecológicos. Por outro lado, o Brasil tem avançado significativamente com a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), que enfatiza as contratações públicas sustentáveis. A metodologia deste estudo baseia-se na coleta de dados qualitativos através de pesquisa bibliográfica e análise de documentos, incluindo pesquisas científicas e relatórios técnicos. Conclui-se que, apesar dos esforços em ambas as regiões, a União Europeia está mais avançada na implementação de critérios ambientais em suas contratações, mostrando uma integração mais profunda dessas práticas em seu arcabouço legislativo e operacional. Contudo, o maior desafio a ser enfrentado pelo Brasil é estabelecer requisitos ambientais nas suas contratações, de forma a constituir efetivamente os padrões ambientais a serem aplicados pela Administração Pública.

Palavras-chave: ESG. Contratações Públicas Ecológicas (CPE). Critérios Ambientais.

ABSTRACT

This article aims to analyze the integration of sustainability and responsibility in government procurement policies in the European Union and Brazil, focusing on EU directives and Brazilian legislation on sustainable procurement. The implementation of environmental criteria in public procurement is a fundamental measure in both the European Union and Brazil, standing out as a crucial initiative for the incorporation of sustainable practices in government procurement policies. This movement is vital to fostering environmental and social responsibility, aligning with growing globally recognized sustainability and governance (ESG) standards. In the European Union, the Green Public Procurement Guidelines (GPP) are an essential part of environmental policy, promoting the creation of a market for ecological products and services. On the other hand, Brazil has made significant progress with the new Bidding Law (Law No. 14,133/2021), which emphasizes sustainable public procurement. The methodology of this study is based on the collection of qualitative data through bibliographic research and document analysis, including scientific research and technical reports. It is concluded that, despite efforts in both regions, the European Union is more advanced in implementing environmental criteria in its contracts, showing a deeper integration of these practices into its legislative and operational framework. However, the biggest challenge to be faced by Brazil is to establish environmental requirements in its contracts, in order to clearly establish the environmental standards to be applied.

Keywords: ESG. Ecological Public Procurement (CPE). Environmental Criteria.

INTRODUÇÃO

As Contratações Públicas Ecológicas (CPE), também conhecidas como Contratações Públicas Sustentáveis, ou *Green Public Procurement* (GPP), é um importante programa para diminuir o impacto ambiental negativo das aquisições governamentais, ainda mais considerando que os contratos públicos celebrados, tanto na UE quanto no Brasil, representam um grande volume de negócios e aplicação de recursos financeiros.

Para se ter uma ideia, em estimativas anteriores feitas pela Comissão Europeia (2015) apontam que as despesas públicas em obras, bens e serviços já representaram cerca de 14% do PIB da UE, importando cerca de 1,8 bilhões de euros anualmente¹. No Brasil, em 2021, as contratações públicas já corresponderam a aproximadamente 12% do PIB Nacional (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA).

Segundo Blažo, Kováčiková e Mokrá (2019), a implementação de contratos públicos ecológicos é um mecanismo vital para a eficácia da política ambiental, com potencial para mitigar significativamente os impactos negativos das políticas públicas. Eles apontam que o *Green Public Procurement* (GPP) incentiva as autoridades públicas a adquirir bens e serviços com impacto ambiental reduzido ao longo de seu ciclo de vida, em comparação com bens e serviços similares. Assim, o GPP pode diminuir substancialmente o impacto ambiental dos gastos públicos e apoiar negócios sustentáveis e inovadores:

As stated above Green Public Procurement (GPP) is beside Green taxation and Environmental Funding considered to be one of the most effective implementation tools for EEP. "Green public procurement encourages public authorities to procure goods and services that have a reduced environmental impact throughout their life cycle when compared to comparable goods and services that would otherwise be procured. The purchasing power of public procurement amounts to approximately 14 % of GDP. A substantial proportion of this Money goes to sectors with a high environmental impact such as construction or transport. Therefore, GPP can help to significantly lower the negative impact of public spending on the environment and can help support sustainable innovative businesses. (BLAŽO; KOVÁČIKOVÁ; MOKRÁ, 2019, p. 255)

Dessa forma, os órgãos governamentais podem adotar diversos critérios e considerações ambientais nos processos de contratações públicas, visando incentivar o consumo e a produção sustentável, aumentando os benefícios sociais, assim como estimulando à inovação ecológica, a melhoria da eficiência dos recursos e a promoção de mercados para produtos e serviços verdes.

¹ Comissão Europeia (2015) Indicadores de Contratos Públicos 2013. Estes números excluem despesas de empresas de serviços públicos;

Neste Contexto, o presente artigo discute a importância de integrar a sustentabilidade e a responsabilidade nas políticas de compras governamentais da UE e do Brasil, através do uso dos princípios de ESG (*Environmental, Social, and Governance*). A análise se concentra nos aspectos ambientais das contratações públicas, que estão se tornando cada vez mais fundamentais na prática do direito público contemporâneo.

Para isso, foi analisado se a legislação da UE e do Brasil permite a implementação efetiva de critérios de Contratação Pública Ecológica (CPE), incluindo considerações sobre eficiência energética, redução de emissões de carbono e uso de materiais sustentáveis.

Também se constatou que a implementação de critérios ambientais claros nas contratações públicas é essencial para que as práticas governamentais estejam em conformidade com os objetivos de sustentabilidade. À medida que as preocupações com as mudanças climáticas, a degradação ambiental e a sustentabilidade se intensificam, governos ao redor do mundo estão cada vez mais sob pressão para garantir que suas práticas de compras e contratações reflitam esses valores.

A definição clara de critérios ambientais nas licitações públicas não só ajuda a mitigar os impactos negativos das atividades humanas no meio ambiente, mas também serve como um catalisador para uma mudança mais ampla nas práticas de mercado, incentivando fornecedores e empresas a adotar práticas mais verdes.

Por fim, esta investigação destacou para que os resultados desejados sejam obtidos, é imprescindível que os órgãos governamentais implementem estratégias de planejamento sólidas e invistam na capacitação de seus gestores e colaboradores que trabalhem diretamente com compras públicas. O foco deve estar em formar uma identidade organizacional que valorize a sustentabilidade, transcendendo a prática de apenas buscar os menores preços em produtos e serviços. A incorporação de uma cultura de sustentabilidade deve se tornar um pilar central na gestão pública em todo o mundo.

1. O CONCEITO DE ESG E A SUA RELEVÂNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O conceito de ESG (*Environmental, Social, and Governance*) evoluiu ao longo do tempo, refletindo uma crescente consciência da importância da sustentabilidade e da responsabilidade corporativa. Portanto, trata-se de um conjunto de critérios usados para avaliar o impacto e a sustentabilidade das práticas de uma empresa ou organização em três áreas principais: ambiental, social e governança.

A ideia ESG iniciou nos anos 1960-1970 com o surgimento do ativismo social e ambiental, passando pelos anos 1980-1990 com o desenvolvimento da Responsabilidade Social Corporativa (RSC) e, finalmente, assumindo o termo ESG após a Organização

das Nações Unidas defender em seus relatórios a integração das questões ambientais, sociais e de governança nas decisões de investimento.

A consolidação e expansão do ESG foi feita a partir de iniciativas globais, nas quais governos e organismos reguladores ao redor do mundo começaram a introduzir regulamentações que exigem maior transparência nas práticas ESG das empresas, assim como a crescente preocupação com as mudanças climáticas impulsionou a agenda ESG, com um foco particular em estratégias de mitigação e adaptação ao clima.

Como é perceptível, os princípios ESG representam uma mudança na mentalidade empresarial e de investimento, enfatizando a relevância de agir de forma ética e sustentável, não somente para o benefício da empresa, mas também para a sociedade e o meio ambiente como um todo.

De acordo com Agostini Saavedra (2021), os princípios de ESG buscam justamente afastar essa ideia de que o retorno ao acionista (lucro) é o objetivo principal das organizações empresariais:

(...) pavimenta o caminho para a difusão do ESG, porque estabelece que as decisões e a estratégia empresariais devem levar em conta não apenas os interesses dos sócios atuais e futuros, mas também todos os interesses dos atingidos e de todas as pessoas grupos ou instituições com interesses legítimos em jogo nas empresas e que afetam ou são afetados pelas diretrizes definidas, ações praticadas e resultados alcançados. Portanto, os interesses dos stakeholders passam a ser vistos como complementares aos dos shareholders e a estratégia da empresa passa a focar em sustentabilidade a longo prazo e não no retorno e lucro a curto prazo. Essas mudanças foram um passo importante para o surgimento do ESG. (SAAVEDRA, 2021, p. 188/189).

Agostini Saavedra (2021) ressalta uma mudança paradigmática nas práticas corporativas, onde os princípios de ESG (*Environmental, Social, and Governance*) reformulam o objetivo principal das organizações empresariais. Tradicionalmente focadas no lucro e no retorno imediato aos acionistas, as empresas começam a adotar uma visão mais holística e sustentável de negócios.

Essa transformação nas práticas de gestão e responsabilidade também refletiu no setor público, a partir da adoção de princípios ESG que tem redefinido a forma como as instituições governamentais operam e interagem com a sociedade. O reconhecimento de que as decisões governamentais devem levar em conta não apenas os interesses imediatos de eficiência e desempenho, mas também o impacto ambiental, social e de governança a longo prazo, está impulsionando uma mudança significativa na governança pública.

Essa abordagem, que enfatiza a transparência, a inclusão e a sustentabilidade, visa não só atender às necessidades atuais, mas também as futuras gerações, assegurando que as políticas públicas sejam desenvolvidas e implementadas de maneira responsável e sustentável. Portanto, assim como no setor privado, o setor público está cada vez mais comprometido com estratégias que valorizam a ética, a responsabilidade social e a gestão ambiental, fortalecendo assim sua legitimidade e eficácia a longo prazo.

A transição para práticas de ESG no setor público, especialmente em contratações públicas, é um passo importante para garantir que as atividades governamentais contribuam positivamente para o desenvolvimento sustentável e para a sociedade como um todo. Isso demonstra uma mudança de foco, onde, além do custo e qualidade, critérios como a sustentabilidade e a responsabilidade social também são considerados como prioridades pelos entes governamentais.

O ESG (*Environmental, Social, and Governance*) nas contratações públicas na Europa representa um movimento crescente e relevante para integrar considerações ambientais, sociais e de governança nos processos de aquisição governamental. Isso está alinhado com os objetivos mais amplos da União Europeia de promover a sustentabilidade e a responsabilidade social em todas as esferas da economia².

No Brasil, as práticas ESG na gestão pública estão cada vez mais se desenvolvendo em diversas áreas da atuação estatal. Nardone (2021) sustenta que existem várias iniciativas em andamento no âmbito nacional, que abrangem desde procedimentos regulamentares até ações de execução direta pelo Poder Público:

Medidas relacionadas aos critérios ESG na seara pública são ações reguladoras e também executoras, voltadas à redução do desmatamento e restauração ecológica; licitações de concessões de rodovias sob condições de redução de emissão de carbono; eliminação de processos físicos com utilização de papel; licitações para compras de suprimentos a partir da qualificação/certificação de fornecedores conforme parâmetros sustentáveis; investimento em energias renováveis e maior transparência de atos de gestão, demonstram que se a jornada ESG é uma ação coletiva, os governos não podem deixar de participar ativamente. (NARDONE, 2021, p.1)

A transferência de valores do conceito de ESG para o setor público e sua aplicação em contratos públicos representam uma grande mudança na forma como as organizações governamentais tratam a aquisição de bens e serviços. Por muitos anos, o foco nas contratações públicas foi direcionado pela priorização do custo e dos valores dos produtos. Essa mudança não apenas redefine os critérios de avaliação nas licitações,

² <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/34/contratos-publicos>

mas também promove uma gestão mais responsável e alinhada com as demandas contemporâneas por sustentabilidade e ecoeficiência³.

A integração de práticas ecoeficientes em políticas de compras públicas reflete uma abordagem estratégica que alinha considerações ambientais e econômicas, visando um modelo de desenvolvimento sustentável. Essa abordagem pragmática, ao considerar a ecoeficiência, não somente favorece a preservação ambiental por meio da redução do uso de recursos e da geração de resíduos, mas também potencializa a otimização de custos a longo prazo.

Caroline Franco da Rocha (2013) defende que investimentos iniciais em produtos e serviços sustentáveis se justificam por meio de economias substanciais em custos operacionais futuros, como menor consumo de energia, redução de despesas com gestão de resíduos e gastos com saúde:

Pode ser que no momento da contratação realmente o valor pago por um produto/serviço que contribua à preservação ambiental seja mais caro que uma contratação tradicional. Contudo não se pode olvidar que é o Estado quem arca com as despesas para com a saúde pública, a qual detém reflexos claros deixados pela poluição; com o recolhimento e aumento desenfreado do lixo, arcando com toda a questão de política de resíduos, como criação de aterros, logística de descarte etc.; com a despoluição de rios, lagos. Por conseguinte, se é o Estado que arca com esses inúmeros custos gerados pelos produtos tradicionais, torna-se incoerente não tomar postura para reduzi-los, remodelando seu consumo. O ciclo de vida dos produtos ambientalmente sustentáveis é comprovadamente mais curto que o dos produtos tradicionais. Logo, este pode ser mais barato quando do momento da aquisição, porém gerará custos maiores no futuro.

Portanto, ao mitigar impactos ambientais, políticas públicas que integram critérios de ecoeficiência desempenham um papel crucial na redução de encargos econômicos futuros ligados a desafios ambientais. Estes incluem sanções legais e gastos com medidas de descontaminação, além de custos relacionados à saúde pública. Ao adotar tais políticas, a administração pública não apenas reafirma seu compromisso com a responsabilidade ambiental, mas também promove uma gestão mais eficaz e economicamente viável. Adicionalmente, estabelece um paradigma de consumo responsável que pode servir de referência para o setor privado e a sociedade em geral, fortalecendo a sustentabilidade como um pilar central da governança.

A seguir exploraremos especialmente como as legislações da União Europeia e do Brasil podem favorecer a implementação de compras verdes por órgãos governa-

³ Conceito elaborado pelo World Business Council for Sustainable Development - WBCSD, em 1992.

mentais. Para fundamentar essa discussão, é essencial introduzir o conceito de Contratação Pública Ecológica (CPE).

2. ASPECTOS AMBIENTAIS (ENVIRONMENTAL) E CONTRATAÇÃO PÚBLICA ECOLÓGICA (CPE)

O conceito ESG (*Environmental, Social, and Governance*) apresenta um conjunto de critérios utilizados para avaliar o impacto e a sustentabilidade em três áreas fundamentais: ambiental, social e governança. No entanto, concentraremos o nosso estudo principalmente nas relações entre os aspectos ambientais (Environmental) e sua integração nas aquisições dos entes governamentais, sendo justamente essa interação que resultou na Contratação Pública Ecológica (CPE).

A Contratação Pública Ecológica (CPE) envolve a seleção de produtos, serviços e trabalhos não apenas com base no custo, mas também considerando seu impacto ambiental ao longo do ciclo de vida. Essa abordagem pode incluir a consideração de fatores como a eficiência energética, a redução de emissões de gases de efeito estufa, o uso de materiais recicláveis e a minimização de resíduos.

Czarnecki Jason J. (2019) assinala que a CPE é um conjunto de mecanismos que estimulam a mudança de normas ambientais, permitindo que organizações

públicas criem mercados públicos e privados para produtos mais ecológicos, gerando um modelo para o progresso ambiental que preenche a lacuna entre a legislação ambiental tradicional e a gestão ambiental privada:

GPP then attempts to serve as an effective environmental regulatory tool in a mode of alternative environmental governance allowing public institutions to create both public and private markets for more environmentally friendly goods, creating a model for environmental progress that bridges the gap between traditional environmental law⁷² and private environmental governance. While traditional public environmental law is well known and understood, private environmental governance is “a new model of legal and extralegal influences on the environmentally significant behavior of corporations and households.” Vandenbergh defines private environmental governance as “actions taken by non-governmental entities that are designed to achieve traditionally governmental ends such as managing the exploitation of commonpool resources, increasing the provision of public goods, reducing environmental externalities, or more justly distributing environmental amenities. (CZARNECKI, 2019, p. 33/34).

Para este autor, ao dar prioridade à aquisição de produtos e serviços ecológicos, o governo aumenta a demanda por esses produtos, incentivando os fornecedores e fa-

bricantes a inovarem e investirem em soluções mais sustentáveis. Dessa forma, a adoção de práticas de sustentabilidade por órgãos públicos pode inspirar empresas privadas a seguir o exemplo, resultando em uma ampla adoção de práticas sustentáveis.

Como se observa, os aspectos ambientais (Environmental) na Contratação Pública Ecológica (CPE) desempenham um papel crucial na promoção de práticas sustentáveis no setor público, especialmente quanto: i) a eficiência energética, na aquisição de produtos que consomem menos energia, como equipamentos eletrônicos e eletrodomésticos com classificações de alta eficiência energética; ii) a redução de emissões, com adoção de transporte verde com baixas emissões de carbono, como carros elétricos ou híbridos; iii) redução de carbono, com a escolha de fornecedores e produtos que demonstrem uma menor pegada de carbono em suas operações e cadeia de suprimentos e iv) o uso sustentável de recursos, ao preferir produtos feitos com materiais recicláveis ou biodegradáveis, reduzindo a dependência de recursos não renováveis e implementar sistemas que promovam o uso eficiente da água e o tratamento adequado de águas residuais.

2.1. FUNDAMENTOS LEGAIS DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS NA UNIÃO EUROPEIA

A implementação efetiva de aspectos ambientais (Environmental) na Contratação Pública Ecológica (CPE) requer a criação de um sistema jurídico que defina a responsabilidade de adquirir bens e serviços sustentáveis pelo Poder Público, como foi feito pela UE na edição da nova Diretiva do Setor Público (2014/24/UE)

Dragos e Neamtu (2014) salientam que a nova Diretiva do Setor Público (2014/24/UE) tem em vista explicar como as autoridades governamentais da UE podem contribuir para a proteção do meio ambiente e para a promoção do desenvolvimento sustentável, bem como integrar o conceito de compras sustentáveis às políticas de compras e aplicá-lo consoante o princípio da "melhor relação custo/benefício" e com as obrigações comerciais internacionais.

Czarnezki Jason J. (2019) aponta que o pacote de contratos públicos adotado pelas UE (Diretivas de 2014) apresenta importantes elementos que favorecem os contratos públicos ecológicos, como a obrigação de todas as partes envolvidos em respeitar as regras ambientais, sociais e de trabalho, bem como uma abordagem concentrada no cálculo do custo do ciclo de vida do produto e na possibilidade de aquisição de bens com rótulos específicos ou ecológicos:

The 2014 Public Sector Directive contains at least four major provisions fostering green public procurement. These provisions include: (1) a horizontal clause, under Article 18, requi-

ring that in the performance of public contracts economic operators comply with all environmental, social and labor obligations stemming from EU, international, and national law; (2) under Article 67(3), an expansive view of what is linked to the subject matter of contract in environmental criteria, allowing consideration of all points of the production process; (3) allowing award criteria to refer directly to the inclusion of ecolabels; and (4) the emergence of life-cycle costing as a way to determine the true cost of a tender. Under Article 67(1) addressing contract award criteria, contracting authorities must base the award of public contracts on the most economically advantageous tender, but Article 67(2) permits the use of lifecycle costing as a basis for this approach. In particular, the development of eco-labeling requirements and life-cycle costing methodology may result insignificant innovation, though potentially complex implementation. (CZARNEZKI, 2019, p. 134).

A Diretiva 2014/24/UE da União Europeia expressamente incorpora disposições que promovem a integração de critérios ambientais nas compras públicas. De forma específica, o artigo 74 da Diretiva permite que as especificações técnicas incluam características que minimizem o impacto ambiental durante todo o ciclo de vida do produto:

As especificações técnicas definidas pelos adquirentes públicos devem permitir a abertura dos contratos públicos à concorrência, bem como a consecução dos objetivos de sustentabilidade. Para o efeito, deverão possibilitar-se a apresentação de propostas que reflitam a diversidade das soluções técnicas, das normas e das especificações técnicas existentes no mercado, incluindo as definidas com base em critérios de desempenho ligados ao ciclo de vida e à sustentabilidade do processo de produção das obras, fornecimentos e serviços.

Adicionalmente, o artigo 45 da Diretiva possibilita que os critérios para a adjudicação de contratos considerem não só o preço ou custo, mas também fatores qualitativos, ambientais e sociais:

O procedimento concorrencial com negociação deverá ser acompanhado de salvaguardas adequadas que garantam a observância dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Em especial, as autoridades adjudicantes deverão indicar de antemão os requisitos mínimos que caracterizam a natureza do concurso e que não deverão ser alterados durante as negociações. Os critérios de adjudicação e a respetiva ponderação deverão manter-se estáveis durante todo o procedimento, não devendo ser objeto de negociação, a fim de garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos. As negociações deverão ter por objetivo melhorar as propostas, de modo a que as autoridades adjudicantes possam adquirir obras, fornecimentos e serviços perfeitamente adaptados às suas necessidades específicas. As negociações podem dizer respeito a todas as características das obras, fornecimentos e serviços adquiridos, incluindo, por exemplo, a qualidade, as quantidades, as cláusulas comerciais, bem como aspetos sociais, ambientais e inovadores, na medida em que não constituam requisitos mínimos.

O artigo 96 da Diretiva 24 permite que as entidades contratantes utilizem uma metodologia de custo do ciclo de vida nas suas avaliações, a qual pode incorporar custos ambientais externos:

(...) O conceito de cálculo dos custos do ciclo de vida inclui todos os custos ao longo do ciclo de vida das obras, fornecimentos ou serviços. Tal implica tanto os custos internos, por exemplo os que dizem respeito à investigação a efetuar, ao desenvolvimento, à produção, ao transporte, à utilização, à manutenção e à eliminação no fim de vida, como os custos imputáveis a externalidades ambientais, como a poluição causada pela extração de matérias-primas utilizadas no produto ou causada pelo próprio produto ou pelo seu fabrico, desde que possam ser quantificados monetariamente e controlados. Os métodos que as autoridades adjudicantes utilizam para avaliar os custos imputados a externalidades ambientais deverão ser estabelecidos previamente de forma objetiva e não discriminatória e ficar acessíveis a todas as partes interessadas. Estes métodos poderão ser estabelecidos a nível nacional, regional ou local, mas deverão, a fim de evitar distorções de concorrência devidas a metodologias específicas, conservar um carácter geral no sentido de que não deverão ser especificamente concebidos para um determinado contrato público.

Neste cenário, a nova Diretiva do Setor Público (2014/24/UE) incentiva os entes públicos a implementar políticas ambientais e políticas orientadas para a integração social e inovação. Dessa forma, esse novo quadro jurídico representa um esforço significativo para integrar considerações ecológicas e de sustentabilidade nas contratações públicas, incentivando práticas que não apenas atendam às necessidades econômicas, mas também promovam objetivos ambientais e sociais mais amplos.

Em 2020⁴, a Comissão Europeia lançou um documento estabelecendo critérios para a adjudicação de contratos públicos ecológicos relacionados a centros de dados, salas de servidores e serviços de computação em nuvem. O propósito desse documento é assegurar que a aquisição de equipamentos e serviços seja realizada de maneira ambientalmente responsável, alinhando-se aos objetivos da União Europeia em termos de eficiência energética, combate às mudanças climáticas e gestão sustentável de recursos.

Este documento representa um passo significativo na direção de práticas de contratação mais sustentáveis dentro da UE, refletindo uma crescente conscientização sobre o impacto ambiental das tecnologias de informação e comunicação. Ao focar em critérios de sustentabilidade para centros de dados e serviços em nuvem, a Comissão Europeia não apenas promove uma economia mais verde, mas também incentiva a indústria tecnológica a desenvolver soluções inovadoras que reduzam o consumo de energia e a emissão de gases de efeito estufa. Essa abordagem se alinha com o *Green Deal Euro-*

⁴ https://circabc.europa.eu/ui/group/44278090-3fae-4515-bcc2-44fd57c1d0d1/library/b1af4b10-e76c-4e7c-816a-6d9644a5691b?p=1&n=-1&sort=name_ASC

peu⁵, que visa transformar a UE em uma economia moderna, eficiente e competitiva, liderando globalmente os esforços para alcançar a neutralidade climática até 2050.

A legislação da União Europeia, especialmente a Diretiva 2014/24/UE, demonstra um compromisso com a implementação de contratações ecoeficientes. Ao incorporar explicitamente critérios que priorizam a sustentabilidade ambiental, social e econômica nas práticas de compras públicas, esta legislação não apenas alinha os processos de aquisição com os objetivos mais amplos da UE em termos de eficiência energética e redução de impacto ambiental, mas também estabelece um modelo para outras regiões e entidades que buscam promover práticas de contratação mais responsáveis. Com medidas como a metodologia de custo do ciclo de vida e a integração de considerações sociais e ambientais nos critérios de adjudicação, as Diretivas Europeias configuram um marco legal que é adequado e propício para fomentar uma economia mais verde e inclusiva.

2.2. FUNDAMENTOS LEGAIS DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS NO BRASIL

A Lei 14.133/2021, ou Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, é um marco importante na legislação brasileira, introduzindo uma série de inovações e modificações significativas em relação às normas anteriores, como a Lei 8.666/1993. Dentre essas inovações, destaca-se a inclusão expressa das contratações sustentáveis.

De acordo com essa nova legislação, as contratações sustentáveis são aquelas que respeitam os critérios ambientais, sociais e de desenvolvimento econômico sustentável durante a licitação e a execução dos contratos. Este conceito está alinhado com os princípios da administração pública e os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU.

José Sérgio da Silva Cristóvam (2024) ressalta diversos fatores para o fomento do desenvolvimento sustentável introduzidos pela Lei 14.133/2021, incluindo: a consideração do ciclo de vida do objeto licitado, a relevância da fase preparatória da licitação na aplicação de critérios ambientais, a exigência de ações para mitigação de impactos ambientais, a comprovação da qualidade dos produtos e a definição de uma margem de preferência para aspectos sustentáveis.

O artigo 11, inciso I, da Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) estabelece como um dos objetivos fundamentais do processo licitatório a seleção de propostas que não apenas atendam às necessidades imediatas da Administração Pública, mas que

⁵ https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal/climate-action-and-green-deal_pt

também ofereçam o resultado mais vantajoso ao longo do ciclo de vida do objeto contratado. Segundo Cristóvam (2024), esta disposição sublinha a importância de avaliar as propostas não só por seu custo inicial, mas considerando todos os impactos econômicos, sociais e ambientais que ocorrem durante a vida útil do bem ou serviço.

Na prática, isso significa que os processos de licitação devem ser estruturados de maneira que os critérios de seleção incluam avaliações de custo-benefício que se estendam por todo o período de utilização do bem ou serviço. Isso requer que as entidades governamentais tenham a capacidade de realizar análises complexas que considerem os custos indiretos e os benefícios a longo prazo. Por exemplo, um veículo com maior eficiência de combustível pode ter um preço de compra mais alto, mas os custos operacionais reduzidos ao longo do tempo podem compensar essa diferença inicial.

Cristóvam (2024) destaca ainda que a avaliação do ciclo de vida do objeto também é uma exigência contida no artigo 18 da Nova Lei de Licitações, que trata da fase preparatória das licitações. Este artigo requer que o planejamento dos critérios de licitação assegure a "seleção da proposta que resulte no desfecho mais vantajoso para a Administração Pública, levando em conta o ciclo de vida completo do objeto" (inciso VIII).

Adicionalmente, o termo de referência, documento essencial para a contratação de bens e serviços, incorpora a necessidade de considerar o ciclo de vida do objeto na definição da solução como um todo (inciso XXIII, alínea c, do art. 6º). Esta inclusão garante que todos os aspectos, desde a aquisição até a disposição final do bem ou serviço, sejam considerados para uma tomada de decisão mais estratégica.

Cristóvam (2024) salienta que nos critérios de avaliação das licitações, a Administração Pública pode adotar fatores associados ao ciclo de vida do objeto para determinar o custo mais eficiente. Esses fatores devem ser mensuráveis e o objeto precisa cumprir os padrões de qualidade especificados no instrumento convocatório. Conforme a Lei nº 14.133/2021, os custos indiretos considerados incluem manutenção, uso, substituição, depreciação e impacto ambiental (art. 34, §1º)

Burmann e De Brito (2021) destacam que a nova legislação também ressalta a importância de medidas de mitigação do impacto ambiental em licitações de obras e serviços de engenharia, estipulando que essas medidas sejam estabelecidas durante o processo de licenciamento ambiental:

A licitação obedecerá a uma sequência de fases (artigo 17), sendo iniciada pela fase preparatória, onde ocorrerá o planejamento da licitação. Nesse momento, deverá ser elaborado estudo técnico que descreva a necessidade da contratação, de forma a caracterizar o interesse público e permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contra-

tação. O referido estudo técnico conterá, entre outros elementos importantes, a "descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável" (...) Em outro ponto, a preocupação da nova Lei de Licitações com o meio ambiente é verificada quando o artigo 45 da Lei nº 14.133/2021 expressamente indica que as "obras e serviços de engenharia" deverão respeitar: 1) disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; 2) mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; 3) utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais; 4) avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística; 5) proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas. Um rol de requisitos amplo e completo, consolidando o respeito ao meio ambiente natural, artificial e cultural na contratação das obras e serviços de engenharia. (BURMANN; DE BRITO, 2021)

Cristóvam (2024) assinala que a Lei nº 14.133/2021 estabeleceu uma política de incentivo ao uso de produtos sustentáveis ao introduzir uma margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis. Segundo essa legislação, produtos que se enquadrem nessas categorias podem receber um favorecimento de até 10% sobre o preço de bens e serviços que não possuem essas características ambientalmente amigáveis (art. 26, inciso I, e §1º, inciso II). Esse incentivo reflete um esforço para promover práticas de consumo sustentável dentro das contratações públicas, incentivando fornecedores a adaptarem suas ofertas para atender a esses critérios ambientais.

Além disso, a mesma lei manteve e ajustou as regras de preferência para bens manufaturados e serviços nacionais que resultem de desenvolvimento e inovação tecnológica, uma disposição originalmente prevista pela Lei nº 8.666/1993 e alterada pela Lei 12.349/2010. As margens de preferência para esses itens agora variam entre 10% e 20%, conforme especificado nos §§2º ao 4º do art. 26 da Lei nº 14.133/2021. Esse ajuste nos percentuais visa a fortalecer a indústria nacional e incentivar a inovação tecnológica local, proporcionando uma vantagem competitiva para produtos e serviços que contribuem para o desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

Assim, observa-se que a Lei nº 14.133/2021 permite promoção de práticas sustentáveis no setor público e representam um avanço significativo em relação às legislações anteriores que tratam de licitações e contratos administrativos. Os órgãos públicos são incentivados a levar em consideração não apenas o preço, mas também o impacto ambiental e social de suas contratações, o que promove uma maior responsabilidade socioambiental.

A legislação brasileira reforça o conceito de "desenvolvimento nacional sustentável" e introduz medidas específicas para assegurar que as contratações públicas levem em consideração os impactos ambientais. A introdução do "melhor preço sustentável" em detrimento do "menor preço" é uma inovação que permite considerar custos indiretos, como impactos ambientais, na avaliação de propostas.

Essas mudanças demonstram um esforço legislativo para incorporar critérios ambientais objetivos e robustos nas práticas de contratação pública, fomentando não só a proteção ambiental, mas também a responsabilidade social e econômica no uso dos recursos públicos.

3. DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DA CPE

A Contratação Pública Ecológica (CPE) representa um avanço significativo na integração de práticas sustentáveis no setor público. No entanto, tanto no Brasil quanto na Europa, a implementação da CPE enfrenta desafios únicos, refletindo diferenças culturais, econômicas e legais.

Para uma implementação efetiva da CPE, a Comissão Europeia (2016)⁶ defende que as organizações governamentais devem planejar as suas ações, estabelecer prioridades e metas para as suas atividades, treinar e capacitar os seus funcionários e acompanhar o desempenho das ações. Além disso, devem também ser apoiados pelos procedimentos operacionais e sistemas de contratação eletrônica da organização.

Neste contexto, Jason J. Czarnezki (2019) enfatiza que, para garantir a eficácia dos contratos públicos ecológicos, as novas normativas devem encorajar os órgãos públicos a basear suas decisões no custo do ciclo de vida dos produtos oferecidos e na viabilidade de adquirir bens com certificações específicas ou ecológicas. Em linha com essa perspectiva, observa-se que tanto a legislação brasileira quanto as diretrizes da União Europeia estão avançando para reforçar esses aspectos em seus processos de licitação, promovendo práticas mais sustentáveis que integram considerações ambientais de maneira mais abrangente e sistemática nas contratações públicas.

Para Czarnezki são estas especificações técnicas que permitem considerar a oferta de produtos, serviços e obras com menor impacto ambiental. O autor sugere como modelo a inclusão de requisitos ambientais nos editais de licitação que se relacionem ao consumo (como a poluição emitida por automóveis), à produção (como o uso de eletricidade renovável) ou aos custos associados ao ciclo de vida dos produtos, incluindo aquisição, uso, manutenção e descarte:

⁶ <https://pt.scribd.com/document/519475241/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition>

If green public procurement is to be an effective policy instrument, “the new rules should encourage public purchasers to implement environmental policies, [and t]hus, public authorities will be able to base their decision on the best life cycle cost of the goods offered.”⁶⁴⁶ Green criteria can be included in multiple sections of public tender offers,⁶⁴⁷ though the “most common means of implementing environmental objectives into regulated procurement procedures appears to be via technical specifications.”⁶⁴⁸ It is in these technical specifications that allow for consideration of production processes; for example, that electricity be produced from renewable sources or food produced using organic methods.⁶⁴⁹ Tender award criteria may include “externalities linked to consumption (e.g., bus pollution); externalities linked to production (e.g., renewable electricity); life-cycle costing (acquisition, use, maintenance, and disposal; it can again include externalities).”⁶⁵⁰ Environmental considerations are also allowed via the performance clause in Article 70 of the Public Sector Directive. (CZARNEZKI, 2019, p. 148).

Embora tanto o Brasil quanto a União Europeia possuam legislações favoráveis à implementação de critérios ambientais em contratações públicas, a aplicação efetiva dessas normas ainda enfrenta significativos desafios. Um dos principais obstáculos é o desenvolvimento de especificações técnicas que sejam ao mesmo tempo claras, mensuráveis e práticas. A tarefa de definir critérios ambientais que combinem rigor e praticidade se mostra complexa devido à diversidade técnica e à ampla variedade de produtos e serviços envolvidos. Assim, ajustar as diretrizes para que sejam eficientemente implementadas em contextos tão variados requer um esforço contínuo e detalhado por parte das autoridades responsáveis.

Em uma pesquisa realizada na União Europeia, Dragos e Neamtu (2019) constataram que 66% dos contratos da UE contemplam cláusulas de sustentabilidade nas especificações técnicas, enquanto apenas 45% representam critérios de adjudicação e 29% apresentam condições contratuais. Observa-se assim, que os estados-membros europeus utilizam um elevado uso de critérios ambientais em suas contratações públicas.

Por outro lado, em um estudo recente no Brasil conduzido por Giamberardino, Nagalli, Fernandes e Garcias (2022), uma comparação dos critérios ambientais em editais de licitações com as especificações técnicas utilizadas pela União Europeia revelou que uma proporção significativa dos editais brasileiros conta apenas com critérios genéricos, enquanto uma menor parte efetivamente atende aos critérios ambientais específicos.

O estudo analisou 153 editais de obras rodoviárias emitidos entre 2006 e 2021, comparando-os com critérios de Contratações Públicas Ecológicas (CPE) utilizados na União Europeia. Os resultados indicam que apenas 19% dos editais brasileiros analisados atendiam aos critérios ambientais estabelecidos, um índice consideravelmente baixo quando comparado a estudos similares realizados em países europeus. A pes-

quisa destacou a necessidade de estabelecer parâmetros ambientais claros nos editais de licitação para promover o desenvolvimento sustentável e a melhoria contínua das práticas de construção rodoviária:

Os resultados deste estudo evidenciam o baixo uso de critérios ambientais nas licitações (19%) em comparação com os estudos de países da União Europeia. A maioria desses critérios foi classificada como genéricos (81%), principalmente pela imprecisão e falta de clareza em suas descrições. Essa limitação dos resultados confirma indiretamente os resultados de estudos anteriores, dos quais se deduziu que a falta de conhecimento de como formular critérios ambientais específicos é um importante obstáculo a ser considerado para as contratações sustentáveis. Com base no nível de atendimento aos critérios ambientais dos editais em estudo (19%), em conjunto com a lista de critérios da UE, a proposição do modelo conceitual do presente estudo evidencia a necessidade de se estabelecerem requisitos ambientais nos editais de licitação, de maneira a definir claramente os padrões ambientais a serem aplicados. (GIAMBERARDINO; NAGALLI; FERNANDES e GARCIAS, 2022, p. 11)

A análise comparativa da política de CPE entre o Brasil e a UE, demonstram que o Brasil poderia beneficiar se observasse as políticas da UE quanto a implementação dos critérios ambientais em suas contratações, já que a utilização elevada de critérios genéricos nos editais e licitações torna difícil a verificação das especificações técnicas e impossibilita o monitoramento e a fiscalização das condições ambientais.

Para Fontenelle (2023) a legislação da UE é mais eficaz na promoção de práticas sustentáveis em contratações públicas devido a sua capacidade de balancear preocupações econômicas e sustentáveis através da proposta economicamente mais vantajosa. Em contrapartida, o Brasil ainda enfrenta desafios como a rigidez normativa e a falta de regulamentação específica que impedem a plena realização de licitações sustentáveis, apesar de avanços significativos na nova lei de licitações:

Após a análise das legislações do Brasil e da União Europeia acerca das licitações sustentáveis, observa-se que ambas contribuíram de certa maneira para a concretização do objetivo 12 da Carta 2030, qual seja assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis. Ocorre que, em decorrência da rigidez normativa e da falta de regulamentação do artigo 34, §1º, da Lei nº 14.133/2021, a proposta do melhor preço sustentável encontrado na legislação brasileira ainda não pode ser efetivada, o que inviabiliza o real cumprimento do objetivo do desenvolvimento nacional sustentável, no âmbito das licitações brasileiras. A legislação da União Europeia, por outro lado, é muito mais consistente para a promoção da sustentabilidade nos contratos públicos, uma vez que consegue conciliar a preocupação com as contas públicas e com o desenvolvimento sustentável, a partir do critério da proposta economicamente mais vantajosa (artigo 67 da Diretiva 2014/24).

Apesar desses avanços legislativos e regulatórios, o Brasil enfrenta um desafio duplo: aumentar a conscientização sobre a importância dos critérios ambientais e construir capacidade administrativa para implementar essas práticas de forma efetiva. Isso envolve treinamento adequado para funcionários públicos, criação de sistemas e processos que facilitem a integração desses critérios, e a construção de uma infraestrutura que suporte avaliações e auditorias ambientais consistentes.

Nesse cenário, o Brasil pode se inspirar no modelo da União Europeia, que tem avançado consideravelmente na implementação de práticas de contratação pública ecológica. A experiência europeia mostra como políticas bem estruturadas e o comprometimento institucional com a sustentabilidade podem resultar em uma implementação mais efetiva dos critérios ambientais nas rotinas de contratação pública.

Adotar melhores práticas europeias, adaptando-as ao contexto brasileiro, poderia acelerar o progresso em direção a uma administração pública mais verde e responsável no Brasil. Compartilhar conhecimento, tecnologias e estratégias entre as nações pode ser uma maneira valiosa de reforçar a capacidade administrativa brasileira para lidar com os desafios ambientais através de contratações públicas mais sustentáveis.

4. CONCLUSÃO

A Contratação Pública Ecológica representa uma abordagem inovadora e eficaz para promover a sustentabilidade ambiental. Ao utilizar seu significativo poder de compra, o setor público pode impulsionar mudanças significativas nas práticas de mercado, estabelecendo novos padrões de sustentabilidade e incentivando a inovação ecológica tanto no setor público quanto no privado.

A integração bem-sucedida da sustentabilidade e da responsabilização nos contratos públicos é essencial para promover uma sociedade mais equitativa e um ambiente global mais sustentável. O Brasil e a UE têm papéis fundamentais a desempenhar neste processo. Embora o Brasil e a União Europeia procurem integrar o ESG nas compras públicas, permanecem diferenças nas suas abordagens.

Enquanto a UE já possui um sistema mais estabelecido e integrado de critérios ambientais em contratações públicas, que impactam significativamente as práticas de mercado e a sustentabilidade ambiental, o Brasil está em uma fase de fortalecimento e consolidação dessas práticas.

A adoção de critérios ambientais objetivos em contratações públicas é crucial para promover o desenvolvimento sustentável, garantindo que as atividades econômicas atuais não comprometam a capacidade das gerações futuras de atender suas pró-

prias necessidades. Em ambos os contextos, esses critérios servem como um mecanismo essencial para reduzir os impactos negativos sobre o meio ambiente, maximizando os benefícios econômicos e sociais, e para fomentar a inovação e a competitividade na indústria local e global.

Embora o Brasil tenha feito progressos significativos em termos de legislação e regulamentação para integrar critérios ambientais em suas práticas de contratação pública, o país ainda enfrenta desafios significativos para a implementação eficaz dessas medidas.

O Brasil poderia beneficiar se observasse políticas da UE quanto a implementação dos critérios ambientais em suas contratações, já que a utilização elevada de critério genéricos nos editais e licitações torna difícil a verificação das especificações técnicas e impossibilita o monitoramento e a fiscalização das condições ambientais.

A implementação eficaz da CPE no Brasil requer uma abordagem que inclui investimento em capacitação, desenvolvimento de infraestrutura sustentável e promoção de uma mudança cultural em direção à sustentabilidade. Superar esses desafios não apenas facilitará a adoção da CPE, mas também ajudará a alcançar objetivos ambientais mais amplos e a promover um desenvolvimento nacional sustentável.

REFERÊNCIAS

BLAŽO, Ondrej and KOVÁČIKOVÁ, Hana and Mokrý, Lucia, **European Environmental Policy and Public Procurement - Connected or Disconnected?** (2019). International and Comparative Law Review, 2019, vol. 19, no. 2, pp. 239-265. DOI: 10.2478/iclr-2019-0023, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3530107>.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 9 dez. 2023.

BURMANN, Alexandre e DE BRITO, Felipe Pires M. **Aspectos ambientais na Nova Lei de Licitações**. Brasília-DF. 2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-abr-15/burmann-brito-aspectos-ambientais-lei-licitacoes/> Alexandre Burmann. Acesso em 05 jan 2024.

CRISTÓVAM. José Sérgio da Silva. **A contratação sustentável na Lei nº 14.133/2021: aspectos destacados**. Brasília-DF. 2024. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/99612/a-contratacao-sustentavel-na-lei-n-14-133-2021-aspectos-destacados>. Acesso em 23 mai 2024.

CZARNEZKI, Jason J., **Green Public Procurement: Legal Instruments for Promoting**

Environmental Interests in the United States and European Union (December 13, 2019). Available SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3504676> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3504676>.

DA ROCHA, Franco Caroline. **Licitações ecoeficientes e as políticas públicas ambientais**. Revista De Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte. 2013. Disponível em: file:///C:/Users/gustt/Downloads/admin,+12.+Caroline+Franco+da+Rocha.+Licita%C3%A7%C3%B5es+ecoeficientes+e+as+pol%C3%ADticas+p%C3%BAblicas+ambientais.pdf Acesso em 01 de maio de 2024.

DRAGOS, Dacian C. and NEAMTU, Bogdana, Sustainable Public Procurement in the EU: Experiences and Prospects (April 27, 2014). Francois Lichere, Roberto Caranta, Steen Treumer (eds), Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement, DJOF Publishing, December 2014 Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2488047>

EC, European Commission. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Publicação no Jornal Oficial de 28.3.2014, L 94, p. 65-242. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20180101&from=EN>. Acesso em: 01 de mai de 2024

FONTENELLE, Bruno. **O Desenvolvimento Sustentável nas Licitações do Brasil e Da União Europeia**. Belo Horizonte/MG. 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e46873/e46873>. Acesso em 10 abr 2024.

GIAMBERARDINO, Guilherme Gonçalves; NAGALLI, André; Fernandes, Valdir e GARCÍAS, Carlos Mello. **Modelo conceitual de critérios ambientais para contratação pública de obras rodoviárias federais**. Rio de Janeiro-RJ. 2022. Disponível em <https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/88555>. Acesso em 04 jan 2024.

NARDEONE, José Paulo. **As práticas ESG e a Gestão Pública**. São Paulo. 2021. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/praticas-esg-e-gestao-publica>. Acesso em 05 jan 2024.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **A ética de mercado: ESG como forma de concretização dos direitos fundamentais**. In: NASCIMENTO, Juliana Oliveira (Org.). ESG: o Círculo verde e o capitalismo de stakeholders - a tríade regenerativa do futuro global. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 184-193.

FERRAMENTAS *DEEPPFAKE* DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: ANÁLISE SOBRE A GLOBALIZAÇÃO DESSA TECNOLOGIA E OS IMPACTOS PARA A DEMOCRACIA NA UTILIZAÇÃO DURANTE O PROCESSO ELEITORAL.

DEEPPFAKE ARTIFICIAL INTELLIGENCE TOOLS: ANALYSIS OF THE GLOBALIZATION OF THIS TECHNOLOGY AND THE IMPACTS FOR DEMOCRACY IF USED DURING THE ELECTORAL PROCESS.

AUTOR

Andrei Barbosa de Aguiar

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o impacto trazido pela evolução global na utilização da inteligência artificial no processo eleitoral, por meio da técnica conhecida como *deepfake*, abordando quais os seus reflexos deletérios na democracia, diante dos valores primordiais presentes no nosso sistema. O texto avalia, ainda, se o ordenamento jurídico pátrio dispõe de ferramentas que propiciem a redução dos eventu-

ais danos que possam ser causados pela utilização dos clonadores de voz, imagem e vídeo de forma inadequada, com o intuito de manipular a opinião dos eleitores durante as campanhas, demonstrando a importância da popularização dos detectores de *deepfake*, além da realização de debates e utilização de meios de comunicação, de modo a alertar a população para esse novo fenômeno tecnológico.

Palavras-chave: Deepfake. Tecnologia. Inteligência artificial. Processo eleitoral. Efeitos deletérios na democracia.

ABSTRACT

This work seeks to analyze the impact brought by the global evolution in the use of artificial intelligence, through the technique known as deepfake, in the electoral process, addressing its harmful effects on democracy, given the primordial values present in our system. The text also assesses whether the national legal system has tools that enable the reduction of possible damages that may be caused by the use of voice, image and video cloners in an inappropriate manner, with the aim of manipulating voters' opinions during elections. campaigns, demonstrating the importance of popularizing deepfake detectors, in addition to holding debates and using the media, in order to alert the population to this new technological phenomenon.

Keywords: Deepfake. Technology. Artificial intelligence. Electoral process. Deleterious effects on democracy.

INTRODUÇÃO

A democracia tem como pilar a defesa de certos valores, tais como a soberania popular, definidos pelos representantes do povo, considerando o sistema de representação indireta, como imprescindíveis para o regular funcionamento do Estado.

No entanto, para que o sistema se sustente, o ordenamento jurídico deve dispor de ferramentas, como as eleições livres, por exemplo, que possam ser usadas para defender os valores eleitos como fundamentais para a sobrevivência da democracia.

Neste contexto, observa-se que o indiscutível desenvolvimento tecnológico proporcionou fatores positivos e negativos no âmbito do processo eleitoral. No primeiro momento, o maior acesso a informações representou uma nítida contribuição para a realização de eleições livres, propiciando uma falsa impressão de que as escolhas seriam pautadas em decisões mais amadurecidas.

Contudo, em uma análise mais detalhada, percebeu-se que o excesso de informações trazido gerou quase que uma obrigação de filtragem de conteúdos, desencadeando fenômenos globais, como a polarização, tornando o ambiente propício para o uso de mecanismos e estratégias para produção e disseminação de conteúdos falsos, que terminam por manipular, em algumas circunstâncias, a opinião popular, causando riscos ao processo livre de escolha dos representantes.

O avanço nas técnicas de utilização da inteligência artificial acabou por produzir as ferramentas chamadas de *deepfakes*, que, em linhas gerais, trata-se de instrumentos utilizados para produção de vídeos e vozes, através do *machine learning*, que, embora se aproximem da realidade, são falsos.

A disseminação em massa de vídeos ou áudios falsos de candidatos, mas com extrema similitude com a realidade, contendo posicionamentos ou atos impopulares, tem um grande potencial de gerar um grave desvirtuamento da vontade do eleitor, como demonstrado nas últimas eleições presidenciais na Argentina, tornando bastante frágeis algumas das ferramentas introduzidas no nosso arcabouço legislativo para proteção da democracia.

A questão que se busca identificar, no presente trabalho, é quais os instrumentos que a legislação brasileira apresenta para conter ou minorar os danos advindos da utilização desmedida dos *deepfakes* no processo eleitoral.

Diante disso, a pergunta que se faz é: o que são os *deepfakes*? Essas novas ferramentas tecnológicas conhecidas como *deepfakes* são capazes de manipular a opinião pública, a ponto de gerar ainda mais distorções para democracia? Quais os mecanismos a serem utilizados para conter esses eventuais danos causados?

A pesquisa realizada terá natureza qualitativa e exploratória, tomando por base a legislação, tanto constitucional quanto infraconstitucional, além da doutrina brasileira, de modo a clarear o objeto estudado.

1. REGIME DEMOCRÁTICO: CONCEITO, VALORES PROTEGIDOS E FERRAMENTAS DISPONÍVEIS PARA DEFESA DO SISTEMA

A democracia, desde a Grécia antiga (século 5 a.C.), cuja nomenclatura adveio da junção dos termos *dêmos* (povo) e *kratía* (poder), esteve sempre ligada à escolha de representantes para gestão do Estado. Embora nesse período não se tratasse exatamente da vontade da maioria, mas sim de uma opção realizada por um pequeno grupo de pessoas que detinha direitos políticos, a ideia da criação do regime buscava uma contraposição ao autoritarismo e às leis opressoras, tendo ganhado força e se

consolidado no século 18 (Capez, 2021).

Note-se, desta forma, que o regime democrático traz, como regra geral, o respeito à vontade popular, porém representada de forma indireta, por meio daqueles eleitos para o exercício das funções de direção do Estado.

Constata-se, no período pós-guerras mundiais, o maior crescimento da democracia como regime de governo, passando, segundo Fukuyama (2015, p. 47), de 35 países, em 1970, para 110, em 2014.

A Constituição Federal brasileira inaugura seus preceitos, definindo o regime democrático como sendo o adotado pelo nosso país, trazendo como característica primordial o exercício do poder pelo povo, por meio da representação indireta e, em alguns casos, de forma direta (art. 1º, parágrafo único).

Entretanto, esse regime impõe a interferência de outros fatores, tratando-se, também, de um processo histórico e cultural, motivo pelo qual não há um modelo único, idêntico e adequado a todos os países, surgindo, em razão disso, a necessidade de utilização de métodos para análise dos níveis de democracias (Corte; Corte, 2018).

Trata-se de uma forma de alertar as democracias sobre os riscos que o sistema corre em cada país, especialmente diante de problemas contemporâneos, como a globalização, as diferenças sociais agudas, a crise dos partidos políticos, dentre outros; que possibilitam o crescimento dos discursos populistas autoritários.

Todavia, por se tratar de um conceito aberto, há uma grande dificuldade na aferição dos níveis democráticos de cada nação, variando as análises, de acordo com o organismo pesquisador.

Leonardo Morlino (2015, p. 179) defende que uma boa democracia tem como pressuposto a existência de uma estrutura institucional estável, capaz de proporcionar liberdade e igualdade entre os cidadãos, utilizando-se de meios legítimos.

Em razão de ter uma conceituação fluida ou incompleta, sempre atrelada aos valores constitucionais de cada país, a democracia enfrenta ao redor do mundo o risco da manipulação da sua utilização, como forma de mascarar intenções hegemônicas travestidas de interesses populares (Corte; Corte, 2018).

Robert Dahl (2001, p. 49), ao analisar o tema, elenca critérios para aferição da existência de uma democracia, quais sejam: participação efetiva com oportunidades iguais para que se conheçam os seus posicionamentos políticos, igualdade do voto, entendimento

esclarecido decorrente da geração de oportunidades iguais para o conhecimento sobre os temas políticos, controle do programa de planejamento e inclusão de adultos.

No caso brasileiro, alguns valores foram elevados pelos legisladores como imprescindíveis para a existência do regime, dentre os quais podem-se elencar: a soberania popular, a igualdade de valor do voto, o acesso a diversas fontes de informação, a cidadania, a existência de uma burocracia mínima capaz de efetivar a separação dos poderes, a alternância de poder, a participação das minorias nos espaços decisórios e os direitos humanos.

Esses valores representam, portanto, o que a sociedade brasileira entende como núcleo necessário para que haja uma democracia plena. No entanto, não basta apenas elencar os valores primordiais para o regime. Há que se delinear como efetivar a proteção para que se consiga mantê-los, mesmo com todas as intempéries advindas do próprio sistema.

Neste contexto é que se apresentam como fundamentais as ferramentas, como a existência de eleições livres e periódicas, o voto secreto, o sufrágio universal, a transparência, a existência de tributos, o aprimoramento da educação e a própria difusão e evolução do constitucionalismo, no sentido de fortalecer e evitar a burla ou a violação a todos esses valores protegidos e inerentes ao regular funcionamento do regime democrático.

No entanto, muito embora tenham sido criadas tais ferramentas, Oscar Vilhena Vieira (2007, p. 207) alerta para os riscos democráticos existentes na extrema desigualdade social, considerando os fenômenos que ele define como invisibilidade, demonização e imunidade.

Como invisibilidade, o autor explica ser a indiferença dos setores mais privilegiados da sociedade, em face do sofrimento humano das classes menos favorecidas. A situação de exclusão acaba por gerar a ausência de crença na necessidade de cumprimento das disposições normativas impostas pelo regime de direito, sendo, em contrapartida, combatidas a todo custo pelas classes mais favorecidas, dando origem ao fenômeno da demonização daqueles que se contrapõem ao sistema. Por outro lado, nestas sociedades extremamente desiguais, as classes mais ricas têm maiores condições de ter um convívio social com os seus julgadores, bem como de contratar bons advogados, por exemplo, para lidar melhor com o sistema, findando por abrandar, ou até mesmo afastar, suas punições, criando a ideia de imunidade diante do regime.

Tais fatores descredibilizam a democracia, tornando a sociedade mais vulnerável e suscetível a discursos radicais que buscam a polarização, abrindo espaço para a utilização de ferramentas tecnológicas capazes de ludibriar a vontade popular, como o *deepfake*.

2. A POLARIZAÇÃO COMO FENÔMENO SOCIAL E A UTILIZAÇÃO DA DESINFORMAÇÃO PARA FINS ELEITORAIS.

Embora a democracia seja o sistema mais adequado para assegurar uma coexistência pacífica em sociedade, com mecanismos para aceitação da pluralidade de pontos de vista e para resolução de conflitos, buscando-se uma interação harmoniosa entre os poderes da República, alguns fenômenos sociais contemporâneos têm causado fortes desgastes.

Dentre os benefícios que tornam a democracia mais desejável, elencam-se:

i) a garantia aos cidadãos de uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não proporcionam e não podem proporcionar; ii) a ajuda à proteção dos interesses fundamentais das pessoas; iii) a possibilidade de assegurar aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla; iv) a ajuda ao impedimento de governos de autocratas cruéis e perversos; v) a promoção do desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável; vi) a chance de proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral; vii) a possibilidade de proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação e viii) a promoção de um grau relativamente alto de igualdade política (Dahl, 2001).

Por outro lado, apesar de a divisão da população em grupos de pessoas com ideais semelhantes não se tratar de algo exclusivo dos dias atuais, a utilização de meios digitais para o fortalecimento de grupos tem sido cada vez mais percebida atualmente, dada a sua efetividade na consecução do objetivo final.

A internet trouxe consigo a natural possibilidade do acesso a uma diversidade considerável de informações, o que, à primeira vista, trata-se de um ponto extremamente positivo, como demonstrado acima, a partir da premissa de que quanto mais conhecimento, melhor a tomada de decisão.

A variedade de informações proporciona, inclusive, a diversificação de grupos, sob o prisma de que o acesso a informações restritas faz com que pessoas se unam às poucas opções existentes, gerando, como consequência, poucos agrupamentos de semelhantes.

A existência de uma proliferação de grupos, com características e pensamentos muito distintos, sob os vários aspectos, como comercial ou eleitoral, por exemplo, representa uma maior dificuldade de alcance do convencimento.

Na ótica comercial, quanto maior a heterogeneidade do público, mais variáveis devem ser contempladas nas estratégias de marketing, dificultando o trabalho. Raciocínio não é diferente, quando se pensa no espectro eleitoral, de modo que a busca por votos faz com que, em uma ampla variedade de grupos, seja obrigatório o desenvolvimento de métodos de comunicação que possam atingir o máximo de pessoas possível, considerando as peculiaridades de cada agrupamento destas.

Além disso, a farta oferta de informações, opiniões e pontos de vista pode chegar a tal ponto, que a população acabe sendo soterrada por uma sobrecarga de dados, desenvolvendo um interesse e quase que uma necessidade de encontrar meios de se desfazer de assuntos que não sejam do seu agrado.

Como contraponto para a superação de tais dificuldades, as redes sociais proporcionaram a filtragem e a criação de fluxos de informação, ocasionando a aglutinação das pessoas em uma menor quantidade de grupos.

Isso porque, em linhas gerais, o modelo de negócio das plataformas de conteúdo pressupõe a obtenção da atenção e do comportamento dos seus usuários, para ofertar de forma bastante dirigida as publicidades dos seus patrocinadores.

Para captar essa atenção dos usuários, as redes sociais desenvolveram formas de filtragem do conteúdo mais visíveis, como a utilização de *hashtags*, por exemplo; assim como mecanismos pouco perceptíveis para o grande espectro da população, o que ocorre na manipulação dos algoritmos.

O provável motivo para as pessoas aderirem a essa filtragem de conteúdo é o sentimento natural do ser humano de se afeiçoar a conteúdos que fornecem entendimentos que reforçam as suas crenças e perspectivas (Sunstein, 2017).

Portanto, a percepção desse fenômeno social aliada à compreensão sobre o funcionamento das redes sociais, terminou por desenvolver uma estratégia, no campo político e eleitoral, de utilização de conteúdos extremistas, como uma forma de gerar uma menor diversidade de grupos e uma consequente polarização.

Estudos realizados no Colorado, nos Estados Unidos, demonstram que a tendência humana, quando se misturam em um grupo pessoas menos extremistas e outras mais extremistas, é de tornar mais radicais aquelas mais ponderadas (Sunstein, 2017).

O autor explica como motivos para o comportamento humano acima descrito: i) o reforço de argumentos persuasivos, considerando que quando se está tendente a corroborar um entendimento, a oferta de diversos argumentos que o levem a reforçar

a sua argumentação o encaminham para o posicionamento mais radical na mesma direção; ii) a preocupação com a reputação própria, na medida em que as pessoas tendem a seguir o posicionamento do grupo para não serem rejeitadas ou excluídas; e iii) o reforço que a confiança e a corroboração dos outros traz para que as pessoas avancem nos seus entendimentos mais radicais (Sunstein, 2017).

Diante de tais constatações, os estrategistas perceberam que a radicalização dos discursos políticos nas redes sociais, com utilização de elementos de filtragem, termina por reforçar nos algoritmos a distribuição daquele conteúdo para as pessoas que, em alguma medida, pensam da mesma forma, tornando-as mais extremistas.

Como consequência, os mais ponderados, ao receberem massivamente os conteúdos, acabam se tornando mais radicais, criando a polarização de grupos identitários, com um natural espírito de solidariedade na defesa dos semelhantes.

O contexto de extremismo político trouxe impactos sobre os processos democráticos de formação da vontade política coletiva mediante a manipulação da informação na esfera pública com a utilização de novas tecnologias. Foi o que ocorreu tanto no Brasil, especialmente a partir das eleições de 2018 e durante o governo Bolsonaro, como também, em âmbito internacional, por exemplo, no Brexit e na eleição de Donald Trump.

Todos esses casos foram caracterizados pela divulgação indiscriminada de *fake news*, que podem ser descritas sinteticamente como “informações propositalmente manipuladas e distorcidas, que circulam nas redes sociais de forma agressiva por força do recurso a tecnologias que automatizam a produção e reprodução de conteúdo” (Mendes; Doneda; Bachur, 2018).

Na medida em que a polarização é usada através da análise do comportamento social, portanto, utilizando todos os mecanismos para obtenção de defesa mútua e solidária dos integrantes de um determinado grupo, abre-se o caminho para a disseminação em massa de notícias falsas, como demonstrado, e a utilização de *deepfakes*, como estratégia eleitoral para desvalorizar o adversário e consolidar o poder, obtendo alto grau de penetração.

3. FERRAMENTAS DEEPFAKE: UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA CLONAGEM DE VOZ, IMAGEM E VÍDEO

A inteligência artificial tem transformado a vida social global, em diversos aspectos, ora proporcionando respostas rápidas e precisas sobre os mais diversos temas, como podemos perceber no aplicativo *ChatGPT*; ora desenvolvendo *softwares* extremamente precisos para análise e depuração de dados complexos, aprimoramento no

atendimento a consumidores, dentre outras várias funcionalidades.

Trata-se de um ramo da ciência da computação focado no desenvolvimento de atividades extremamente complexas, utilizando-se de algoritmos para realização de previsão ou classificação de dados.

Dentro dessa perspectiva, foram desenvolvidas técnicas, por meio da inteligência artificial, que proporcionassem a otimização de tempo e a qualidade dos produtos sonoros e visuais, mediante a adaptação e melhoria de fotos, vídeos e áudios, evolução extremamente útil para a indústria cinematográfica, publicitária e televisiva, por exemplo.

A evolução global das ferramentas propiciou o desenvolvimento de técnicas para produção de áudios e vídeos extremamente semelhantes à realidade, mas criados sem a necessidade de participação do titular, o que ficou conhecido popularmente como *deepfake*.

O termo advém da união das palavras *deep* (profundo) e *fake* (falso), para se referir à qualidade e precisão aprofundada com que a técnica consegue produzir conteúdo falso, dando a nítida impressão de veracidade.

A técnica se desenvolve, basicamente, por meio da utilização e do processamento de arquivos reais de determinada pessoa, de modo que o algoritmo de aprendizado da máquina, conhecido como *machine learning*, consiga gerar mídias artificiais, seja por meio da criação, sobreposição ou substituição de áudios, imagens e vídeos; com qualidades tão próximas da realidade, que tornem as diferenças praticamente imperceptíveis.

Há que se estabelecer, ainda, que a ferramenta se difere das edições computadorizadas normalmente realizadas, na medida em que necessita de um banco de dados com material da pessoa cujo áudio, imagem ou vídeo será produzido; o que propicia, com o aprendizado da máquina, uma produção mais realista.

Portanto, o *deepfake* pode ser usado para colocar uma pessoa em locais nunca frequentados por esta, ou até mesmo criar falas e vídeos com atitudes nunca ditas ou proferidas.

Perceba-se que a ferramenta pode representar um significativo ganho de tempo na produção de jornais, campanhas publicitárias e até mesmo eleitorais, evitando deslocamento e a presença física de pessoas em estúdios ou outros locais para gravação.

4. RISCOS PARA A DEMOCRACIA DIANTE DA UTILIZAÇÃO DAS FERRAMENTAS DEEPFAKE NO PROCESSO ELEITORAL

Embora a ferramenta possa proporcionar indiscutíveis vantagens para o mercado, o *deepfake* certamente é detentor de um grande potencial lesivo em um processo eleitoral, diante da capacidade de manipular a opinião pública, desvirtuando a vontade popular na escolha dos representantes.

O risco se torna ainda maior, quando se revisita a ideia de uma democracia representativa vigente em nosso país, de forma que a participação popular no regime advém primordialmente da possibilidade de optar por quem irá exercer o poder conferido pelos eleitores dentro das instituições políticas.

Em outras palavras, no nosso modelo democrático, o poder popular, em sua esmagadora parcela, não é exercido pela população, mas sim pelos seus representantes, que podem burlar a opinião dos eleitores, através dos clonadores de áudio, vídeo e imagem desenvolvidos por meio de inteligência artificial.

Uma pequena parcela desta experiência – ou talvez uma grande parcela, mas com potencial lesivo menor – foi vivida nas eleições de 2018, quando houve uma disseminação em massa e capilarizada de *fake news*.

Perceba-se que o Tribunal Superior Eleitoral atuou, desde a assinatura de acordo de colaboração com 28 partidos políticos (AVANTE, DC, DEM, MDB, PCB, PCdoB, PMB, PR, PSDB, PDT, PHS, NOVO, PPL, PP, PRB, PROS, PRP, PSC, PSD, PSL, PSOL, PSB, PTB, PV, PATRI, REDE, SD e PMN), com o objetivo de obter a colaboração para manter o ambiente das campanhas longe das notícias falsas (Brasil, 2018a).

O esforço avançou ainda para acordos com entidades representativas do setor de comunicação, além das gigantes Google e Facebook, reforçando o compromisso de parceria no combate às *fake news* (Brasil, 2018a).

À época, ainda foi criada a Portaria TSE nº 949/2017, instituindo o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições, tendo como integrantes representantes da Corte e de diferentes instituições públicas, como o Ministério Público Eleitoral, a Polícia Federal, a Agência Brasileira de Inteligência (Abin), os Ministérios da Defesa, da Justiça, da Ciência e Tecnologia, Inovações e Comunicações (Brasil, 2018a).

O Tribunal Superior Eleitoral buscou, também, preparar-se para uma atuação célere, tendo proferido decisões liminares em um tempo médio de dois dias, ocupando-se numa proporção de 12% (doze por cento) dos casos relacionados à propaganda elei-

toral, com a temática de notícias falsas (Brasil, 2018c).

Entretanto, basta uma análise rápida para se perceber que o esforço não foi suficiente para combater o inimigo que se avizinhava. Primeiro, porque os próprios militantes dos partidos se encarregaram de descumprir o acordo firmado, atacando, inclusive, em algumas circunstâncias, o próprio sistema eleitoral, o que obrigou o Tribunal Superior Eleitoral a emitir notas de esclarecimento, como no caso de uma suposta suspeita de fraude a urnas eletrônicas que teria sido detectada pelas Forças Armadas (Brasil, 2018b). Em segundo lugar, pelo fato de que a devastação causada pelas *fake news* se alastra rapidamente, não sendo o lapso temporal de dois dias o suficiente para evitar a mácula nas reputações e a manipulação da vontade do eleitor.

Acrescente-se a este contexto de difícil solução a evolução tecnológica global, que proporcionou a criação do *deepfake*, uma ferramenta extremamente mais potente e capaz de transformar completamente a opinião das pessoas, por meio da criação de falas ou vídeos nunca feitos por candidatos, contendo posicionamentos ou condutas absolutamente impopulares, com alta proximidade com a realidade.

Como exemplo da utilização deletéria do *deepfake* no mundo, tem-se a grande repercussão gerada nas eleições ocorridas na Argentina em 2023, quando grupos de direita ligados ao partido do então candidato e atual presidente, Javier Milei, compartilharam nas redes sociais um vídeo em que seu concorrente, Sérgio Massa, aparecia fazendo o uso de cocaína.

O impacto foi tão significativo, que a candidatura de Sergio Massa teve que se pronunciar, demonstrando que a mídia se tratava de uma manipulação de um vídeo criado em 2016, em que foi realizada a sobreposição do rosto do candidato, com o uso da inteligência artificial (Durães, 2018).

Condutas como a citada não estão imunes ao processo eleitoral brasileiro que se aproxima. Muito pelo contrário. A saber pelas últimas eleições ocorridas, com massiva utilização de notícias falsas, torna-se provável a utilização de clonadores de voz, vídeo e imagens com o uso de inteligência artificial no próximo pleito. A questão que fica é: quais os mecanismos de que dispomos no nosso ordenamento jurídico para minorar os efeitos deletérios advindos da utilização desvirtuada dos *deepfakes*?

5. MECANISMOS EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PARA MINORAR OS DANOS CAUSADOS PELA UTILIZAÇÃO DAS FERRAMENTAS DE DEEPPFAKE

Para análise da questão posta, há que se esclarecer que o enfrentamento do problema referente aos possíveis efeitos maléficos da utilização de *deepfakes* no período da

campanha eleitoral não passa somente pela identificação de mecanismos de combate no ordenamento jurídico. A estruturação de uma forma estratégica de utilização do arcabouço normativo é tão ou mais importante do que a mera existência da norma.

Não há dúvida de que o Poder Judiciário é o legítimo árbitro do escopo da liberdade de expressão, porém, até mesmo pelo princípio da inércia, há uma limitação natural do seu poder de iniciativa, ficando a sua atuação restrita muitas vezes também à propositura de ações por parte de quem tem condições financeiras de acessá-lo. Além disso, não necessariamente o Judiciário possui conhecimento técnico e velocidade para dar um atendimento adequado a casos complexos e urgentes que desestabilizam a própria democracia.

Desde 2021 que a Lei n. 14.192/21 alterou o art. 323 do Código Eleitoral (Lei n. 4.735/65), de modo a definir como crime passível de detenção por até um ano a divulgação, durante a propaganda eleitoral ou durante o período de campanha eleitoral, de fatos sabidamente inverídicos em relação a partidos ou candidatos, capazes de exercer influência perante o eleitorado.

Na mesma pena incorre também quem não divulgou, mas produziu o conteúdo falso (Art. 323, §1º, da Lei n. 4.735/65), sendo aumentada em 1/3 a punição, no caso de o criminoso realizar a divulgação por meio das redes sociais (Art. 323, §2º, I, da Lei n. 4.735/65).

Além disso, a Lei Complementar n. 64/1990 já continha desde 2010, diante das alterações trazidas pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/10), a hipótese de punição para quem se utilize da abundância de recursos econômicos (convertidos em tecnologia, no caso), em razão de abuso de poder.

Até mesmo o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) também se afigura como aplicável, para fins de regulação, pois o artigo 6º, III, estabelece ser direito do consumidor a informação clara e adequada sobre o produto, não podendo servir para enganar ou falsear a percepção da população a criação de *deepfakes* sem que seja passível de identificação.

O Tribunal Superior Eleitoral, por sua vez, inovou ao aprovar em plenário, no mês de fevereiro de 2024, a Resolução n. 23.732/2024, que alterou substancialmente a Resolução n. 23.610/2019, que trata de propaganda eleitoral, visando combater eficazmente as *fake news* e os *deepfakes*, normatizando a utilização de inteligência artificial e o dever de transparência na utilização dos dados captados pelas plataformas sociais.

O Tribunal incluiu diversas novidades que envolvem a inteligência artificial, tais como:

i) obrigação de aviso sobre o uso de Inteligência Artificial na propaganda eleitoral (Art. 9-B); ii) restrição de utilização de *ChatBots*, que é o emprego de robôs para intermediar contato com o eleitor (Art. 9-B, §3º); iii) responsabilização das plataformas que não retirem do ar, imediatamente e sem a necessidade de notificação judicial prévia, conteúdos com desinformação, discurso de ódio, ideologia nazista e fascista, além dos antidemocráticos, racistas e homofóbicos (Art. 9-E).

Destarte, embora as penalidades ainda sejam relativamente brandas, especialmente se considerados os prejuízos causados à democracia em decorrência da conduta, infere-se que não é exatamente a falta de elementos normativos para o combate à propagação de notícias falsas ou à produção e disseminação de *deepfakes* que torna ineficaz o combate.

A reflexão perpassa, portanto, pela análise se a ação correta a ser adotada para a lida com ferramentas tecnologicamente tão avançadas é a simples regulamentação, ou se necessita de um avanço maior em outras áreas, como investimento em educação e inteligência.

A experiência tem mostrado que a corrida do Direito não tem sido exitosa em face do avanço da tecnologia. Temos vários exemplos do insucesso da medida em outras áreas, como ocorreu na tentativa de combate à proliferação do transporte de passageiros por meio da plataforma Uber.¹

É necessário ter a consciência, por outro lado, de que não existe uma fórmula mágica que venha a solucionar integralmente o problema. O que se deve buscar são caminhos para minorar os danos decorrentes da proliferação de *deepfakes* na campanha eleitoral com o objetivo deliberado de manipular a vontade popular.

As eleições de 2018, 2020 e 2022 já demonstraram que, por mais célere e eficiente que seja a atuação do Poder Judiciário durante a propaganda eleitoral, esta nunca será suficiente para obstar os prejuízos gerados pela proliferação de conteúdos falsos, dada a velocidade com que a informação trafega nos dias de hoje, por meios das plataformas eletrônicas.

Partindo dessa premissa, torna-se fundamental a realização imediata de debates, campanhas publicitárias, além de outras medidas educativas desenvolvidas por meios disruptivos que possam viralizar nas redes sociais, a fim de alertar a população para o fenômeno do *deepfake*.

¹ A esse respeito, conferir matéria veiculada no G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/07/entenda-briga-entre-taxistas-e-motoristas-do-aplicativo-uber.html>.

Márcia Marques (2023, p. 164) aborda a fundamental importância da capilaridade das instituições de Estado na formação de uma sociedade educativa capaz de ter uma compreensão crítica das regras democráticas.

Não sendo só, é primordial o investimento para desenvolvimento, disponibilização e divulgação em massa de alguma ferramenta tecnológica de fácil acesso, que permita ao eleitor fazer a devida checagem acerca da veracidade do áudio, vídeo ou até mesmo de imagens falsas, produzidas através de inteligência artificial, que venham a circular nas redes sociais.

Apenas a título exemplificativo, menciona-se a existência de produtos no mercado, como "*Resemble.AI*";² que fazem a devida detecção sobre a veracidade de áudios, demonstrando a viabilidade do desenvolvimento de mecanismos tecnológicos que possam fazer o trabalho de combater os *deepfakes*, cabendo ao Tribunal Superior Eleitoral ser o indutor de parcerias que possam capilarizar e popularizar o acesso a essas ferramentas, especialmente em períodos eleitorais.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou mostrar, ainda que brevemente, que democracia, em especial a brasileira, pressupõe a proteção de valores sociais imprescindíveis, dentre eles a soberania popular, que poderá ser assegurada por meio de ferramentas como as eleições livres.

Nesse contexto, o desenvolvimento da tecnologia proporcionou a criação de ferramentas conhecidas como *deepfakes*, capazes de criar mídias extremamente próximas da realidade, por meio da inteligência artificial, que possuem um enorme potencial de induzir o eleitor a acreditar em posicionamentos falsos atribuídos a candidaturas, manipulando a vontade popular, de modo a violar as eleições livres.

As experiências obtidas nos pleitos de 2018, 2020 e 2022 demonstraram a ineficácia dos meios desenvolvidos para o combate à difusão de informações falsas durante as campanhas eleitorais.

A regulamentação da matéria pelo Tribunal Superior Eleitoral no ano de 2024, por meio da Resolução n. 23.732/2024, que alterou substancialmente a Resolução n. 23.610/2019, embora tenha trazido significativas inovações, certamente ainda demonstrará a necessidade de utilização de outros mecanismos para combate aos *deepfakes*.

² Para maiores informações, conferir na página <https://www.resemble.ai/detect>.

Desta forma, apresenta-se como necessário o incremento de novas estratégias, como a realização imediata de debates, campanhas publicitárias, desenvolvimento e, sobretudo, a disseminação de tecnologias que possam detectar a existência de fraudes na produção da mídia, além de outras medidas educativas desenvolvidas por meios disruptivos que possam viralizar nas redes sociais, a fim de alertar a população para o fenômeno do *deepfake*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Eleições 2018**: acordo para não proliferação de notícias falsas conta com assinatura de 28 partidos. 9 de julho de 2018. 2018a. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2018/Julho/eleicoes-2018-acordo-para-nao-proliferao-de-noticias-falsas-counta-com-assinatura-de-28-partidos>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Esclarecimentos sobre informações falsas veiculadas nas eleições 2018**. Forças Armadas exigiram que TSE fizesse perícias em urnas eletrônicas. 22 de outubro de 2018. 2018b. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/hotsites/esclarecimentos-informacoes-falsas-eleicoes-2018/forcas-armadas-exigiram-que-tse-fizesse-pericias-em-urnas-eletronicas.html>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **TSE atuou com celeridade no julgamento de processos sobre fake news durante as Eleições 2018**. 16 de novembro de 2018. 2018c. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2018/Novembro/tse-atuou-com-celeridade-no-julgamento-de-processos-sobre-fake-news-durante-as-eleicoes-2018>. Acesso em: 11 abr. 2024.

CAPEZ, Fernando. Conceito sociológico de democracia: as democracias radical e liberal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-23/controversias-juridicas-conceito-sociologico-democracia-democracias-radical-liberal/>. Acesso em: 12 abr. 2024.

CORTE, Tiago Dalla; CORTE, Thaís Dalla. A democracia no século XXI: crise, conceito e qualidade. **Passagens**. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 178-201, maio-ago., 2018. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v10n2a22018.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2024.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UNB, 2001.

DURÃES, Uesley. 'Novo estágio das fake news': deepfake vira arma de campanha na

Argentina. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2023/11/18/novo-estagio-das-fake-news-deepfake-vira-arma-de-campanha-na-argentina.htm>. Acesso em: 20 abr. 2024.

ENTENDA a briga entre taxistas e motoristas do aplicativo Uber. **G1**, Fantástico, 26 de julho de 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/07/entenda-briga-entre-taxistas-e-motoristas-do-aplicativo-uber.html>. Acesso em: 15 abr. 2024.

FUKUYAMA, Francis. Por que o desempenho da democracia tem sido tão ruim? **Journal of Democracy em Português**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 47-62, out. 2015. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/JD-v4_n2_03_Por_que_o_desempenho_da_democracia_tem_sido_tao_ruim.pdf. Acesso em: 4 maio 2024.

JORGE, T. M. (org.). **Desinformação**: o mal do século – distorções, inverdades, fake news: a democracia ameaçada. Brasília: Supremo Tribunal Federal: Faculdade de Comunicação da Universidade de Brasília, 2023. Disponível em: <https://desinformação.stf.jus.br>. Acesso em: 4 maio 2024.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; BACHUR, João Paulo. Manipulação da informação, *fake news* e os novos desafios para a democracia. **Cadernos Adenauer XIX**, Rio de Janeiro, n. 4, p.129-155, 2018.

MORLINO, Leonardo. Qualidades da democracia: como analisá-las. **Sociedade e Cultura**, Goiânia, v. 18, n. 2, p. 177-194, jul./dez. 2015.

RESEMBLE. AI. Disponível em: <https://www.resemble.ai/detect>. Acesso em: 4 maio 2024.

SUSTEIN, Cass. #Republic: divided democracy in the age of social media. 1a ed. Princeton: Princetown University Press: 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. **SUR**: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 29-51, 2007. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18794/A_Desigualdade_e_a_Subversão_do_Estado_de_Direito.pdf. Acesso em: 18 abr. 2024.

GOVERNANÇA DIGITAL: TRANSFORMAÇÕES PROVOCADAS NO DIREITO E NA JUSTIÇA

DIGITAL GOVERNANCE: TRANSFORMATIONS IN LAW AND JUSTICE

AUTOR

Kaio César Pedroso

RESUMO

A governança digital está transformando o campo do direito e da justiça em todo o mundo, impactando processos legais, na transparência e em recursos de acessibilidade. No Brasil, iniciativas como o programa "Justiça 4.0" e o processo judicial eletrônico (PJe) têm modernizado o sistema judiciário sistematicamente. Em Portugal, o programa "Justiça + Próxima" e o Sistema de Informação da Organização do Ministério da Justiça (SIOJ) também promovem a digitalização e modernização do sistema jurídico. Na Europa, projetos como o e-CODEX e diretrizes éticas para inteligência artificial destacam o papel e a atuação da Comissão Europeia na governança digital do direito. No entanto, desafios éticos e legais, como a manutenção da privacidade, necessitam ser enfrentados. É essencial, portanto, a adoção de uma abordagem ética e responsável para garantir que a governança digital seja guiada pelos princípios da transparência, da equidade e da justiça.

Palavras-chave: governança digital; transformações; Direito; Justiça; Tecnologia; acesso à justiça; processo judicial; futuro.

ABSTRACT

Digital governance is transforming the field of law and justice around the world, impacting legal processes, transparency and accessibility features. In Brazil, initiatives such as the "Justice 4.0" program and the electronic judicial process (PJe) have systematically modernized the judicial system. In Portugal, the "Justiça + Próxima" program and the Information System of the Organization of the Ministry of Justice (SIOJ) also promote the digitalization and modernization of the legal system. In Europe, projects such as e-CODEX and ethical guidelines for artificial intelligence highlight the role and actions of the European Commission in the digital governance of law. However, ethical and legal challenges, such as maintaining privacy, need to be faced. It is essential, therefore, to adopt an ethical and responsible approach to ensure that digital governance is guided by the principles of transparency, equity and justice.

Keywords: digital governance; transformations; Law; Justice; Technology; access to justice; judicial process; future.

INTRODUÇÃO

Na era da tecnologia digital, a governança digital emergiu como um fenômeno transformador que está redefinindo não apenas os processos legais, mas também a própria essência do sistema jurídico e da administração da justiça como um todo.

A intersecção entre a tecnologia e o direito, antes vista como um domínio distante, agora se tornou um terreno fértil para inovações que estão moldando profundamente a forma como lidamos com questões legais e resolvemos disputas.

Diante desta realidade, a governança digital, tida como o uso estratégico e responsável da tecnologia da informação para promover a eficácia, a transparência e a responsabilidade nos processos de tomada de decisão, está desempenhando um papel central nesse cenário em constante evolução. À medida que a digitalização permeia todos os aspectos de nossa sociedade, desde a comunicação até o comércio, torna-se inevitável que o direito e a justiça também sejam profundamente afetados por tais mudanças.

Para compreender melhor a influência da governança digital no direito e na justiça, é fundamental analisar como as tecnologias digitais têm alterado a forma como lidamos com questões legais e processuais. Como afirma o renomado professor da Harvard Law School, Lawrence Lessig (1999), "a arquitetura cibernética não é apenas uma ferramenta neutra; ela molda nossa liberdade e controla nosso comportamento", em

tradução livre. Ou seja, a infraestrutura digital tem o poder de moldar as relações sociais e legais, influenciando diretamente a forma como são estabelecidas as normas e aplicadas as leis.

Ademais, diversos estudos ressaltam a importância de uma abordagem interdisciplinar para lidar com os desafios da governança digital, em especial no que tange à percepção de que uma nova ética deve ser desenvolvida para orientar o uso responsável das tecnologias digitais. Nesse sentido, é essencial promover o diálogo entre especialistas em direito, em tecnologia da informação, ética e outras áreas afins para garantir uma regulação adequada e eficaz das atividades digitais.

No presente artigo, vamos explorar as transformações provocadas pela governança digital no campo do direito e da justiça, examinando não apenas alguns exemplos de inovações tecnológicas que estão impulsionando tais mudanças, mas também os desafios éticos, legais e práticos que surgem nesse processo.

Espera-se que, ao entendermos melhor o impacto da governança digital, possamos antecipar as oportunidades e os obstáculos que surjam no horizonte, moldando um futuro onde a tecnologia e a justiça caminharão juntas para o benefício de toda a coletividade.

DA DIGITALIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

A digitalização do sistema jurídico é um fenômeno global que tem sido impulsionado pela necessidade de modernização e eficiência nos processos legais.

A crescente adoção de tecnologias digitais no campo do direito está transformando fundamentalmente a maneira como advogados, juízes e outros profissionais do mundo do direito realizam seu trabalho.

Essa transformação não se limita apenas ao uso de *softwares* de gerenciamento de casos e de pesquisa jurídica online, mas também inclui o desenvolvimento de soluções inovadoras, tais como a inteligência artificial e o *blockchain*, instrumentos tecnológicos este que têm o potencial de revolucionar o sistema jurídico como um todo.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem desempenhado um papel fundamental na promoção da digitalização do sistema jurídico.

O Programa Justiça 4.0, lançado pelo CNJ em 2019, cuidou de modernizar o Poder Judiciário por meio da adoção de tecnologias digitais. Como parte desse programa,

diversos tribunais brasileiros implementaram sistemas de processos eletrônicos e audiências virtuais, reduzindo significativamente o tempo e os custos envolvidos nos processos judiciais (CNJ, 2021).

Em Portugal, o Ministério da Justiça tem promovido iniciativas semelhantes para modernizar o sistema jurídico.

O Sistema de Informação da Organização do Ministério da Justiça (SIOJ) foi criado para integrar e informatizar os serviços judiciais, facilitando o acesso à informação e agilizando os procedimentos legais (Ministério da Justiça de Portugal, 2020). Além disso, o Governo Português lançou o programa "Justiça + Próxima", que tem como objetivo aproximar a justiça dos cidadãos por meio da digitalização e modernização dos serviços judiciais (Governo de Portugal, 2018).

Verifica-se ainda no continente europeu, que a digitalização do sistema jurídico também tem sido uma prioridade para muitos países membros da União Europeia.

O projeto e-CODEX, por exemplo, financiado pela Comissão Europeia, visa facilitar a cooperação transfronteiriça entre sistemas judiciais por meio da interoperabilidade de sistemas de informação (Comissão Europeia, 2020). Além disso, a Diretiva Europeia sobre Serviços de Pagamento (PSD2) estabelece padrões para a autenticação digital e a segurança das transações eletrônicas, promovendo a confiança e a segurança no uso de serviços jurídicos online (Parlamento Europeu, 2018).

DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é um princípio fundamental do Estado de Direito e da própria Democracia, garantindo que todos os cidadãos tenham a oportunidade de buscar e obter a proteção adequada e a aplicação efetiva de seus direitos perante o sistema judicial.

No entanto, o acesso à justiça nem sempre é igualmente garantido para todos, especialmente para aqueles que enfrentam barreiras econômicas, sociais ou geográficas.

E, nesse sentido, a governança digital tem se mostrado cada vez mais importante na sociedade contemporânea, impactando diretamente no necessário acesso à justiça. A implementação e evolução da governança digital têm facilitado o acesso dos cidadãos ao sistema judiciário, tornando-o mais eficiente, transparente e acessível.

Destaca-se que o acesso à justiça não se limita apenas à capacidade de ingressar com uma ação judicial, mas também inclui a capacidade de compreender e participar do pro-

cesso legal de forma significativa. Nesse contexto, a governança digital desempenha um papel crucial ao promover a acessibilidade, permitindo a inclusão no sistema jurídico.

Ainda no contexto do acesso à justiça, a governança digital vem proporcionando avanços significativos na agilidade e transparência dos processos judiciais.

A utilização de plataformas online, o uso da inteligência artificial e *blockchain* tem permitido uma maior eficiência na resolução de conflitos e na prestação jurisdicional. No entanto, é preciso estar atento aos desafios relacionados à segurança cibernética, proteção dos dados pessoais e acesso equitativo à justiça.

No Brasil, por exemplo, o acesso à justiça tem sido promovido por meio de iniciativas como o programa "Justiça Itinerante", que leva serviços jurídicos às comunidades carentes e em áreas remotas do país (CNJ, 2020). Além disso, o Conselho Nacional de Justiça ao lançar o já citado programa "Justiça 4.0", proporcionou a modernização do sistema judiciário, tornando-o mais acessível por meio da digitalização e automação de processos (CNJ, 2021).

Ainda no Brasil, a implementação de sistemas digitais como o Processo Judicial Eletrônico (PJe) tem agilizado a tramitação dos processos judiciais, reduzindo a burocracia e facilitando o acesso dos cidadãos à justiça. Fica claro, portanto, que a governança digital no sistema judiciário brasileiro tem contribuído e promovido uma maior transparência e eficiência na condução dos processos judiciais.

Em Portugal, o acesso à justiça também tem sido uma prioridade do governo, que tem promovido iniciativas para tornar os serviços jurídicos mais acessíveis e eficientes. Como já mencionado, o programa "Justiça + Próxima", por exemplo, buscou aproximar a justiça dos cidadãos por meio da digitalização e modernização dos serviços judiciais (Governo de Portugal, 2018). Além disso, também como já dito, o Ministério da Justiça lançou o Sistema de Informação da Organização do Ministério da Justiça (SIOJ), que integra e informatiza os serviços judiciais, facilitando o acesso à informação e agilizando os procedimentos legais (Ministério da Justiça de Portugal, 2020).

Também em Portugal, a implementação do Balcão Único do Tribunal Judicial tem facilitado o acesso dos cidadãos à justiça, permitindo que os mesmos possam resolver questões jurídicas de forma rápida e eficiente. De acordo com Joaquim Falcão, professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV), a governança digital em Portugal tem sido fundamental para democratizar o acesso à justiça no país.

Na Europa como um todo, a implementação de plataformas digitais como o European e-Justice Portal tem facilitado a comunicação entre os sistemas judiciais dos países

membros da União Europeia, promovendo uma maior integração e colaboração entre as diferentes jurisdições. Na prática, verifica-se que a governança digital na Europa tem sido essencial para garantir um acesso mais igualitário à justiça em toda a região.

De fato, uma das principais promessas da governança digital é tornar o sistema jurídico mais acessível e inclusivo.

Plataformas online e serviços digitais estão sendo desenvolvidos para fornecer informações legais, assistência jurídica e resolução de disputas de forma mais rápida, eficiente e econômica.

Nesse sentido, destaca-se ainda o aplicativo DoNotPay, que oferece assistência jurídica gratuita para uma variedade de questões legais, desde questões atinentes às multas de trânsito, até problemas relacionados à habitação. Além disso, plataformas como o ODR (Online Dispute Resolution) estão permitindo que as partes resolvam disputas de forma colaborativa e sem a necessidade de comparecer a um tribunal físico.

Essas iniciativas estão democratizando o acesso à justiça, permitindo que indivíduos e comunidades anteriormente marginalizados tenham uma voz mais forte no sistema legal.

Em suma, a implementação e evolução da governança digital têm tido um impacto significativo no acesso à justiça em diversos países, incluindo o Brasil, Portugal e no continente europeu como um todo. Com a utilização de tecnologias digitais no sistema judiciário, é possível promover uma maior transparência, eficiência e acessibilidade no processo judicial, beneficiando assim os cidadãos e fortalecendo o Estado Democrático de Direito.

DOS DESAFIOS ÉTICOS E LEGAIS

A implementação e evolução da governança digital têm trazido consigo uma série de desafios éticos e legais que precisam ser enfrentados pelas organizações e sociedade como um todo.

Não se olvida que a governança digital refere-se também à forma como as organizações gerenciam e controlam seus ativos digitais, dados e processos relacionados à tecnologia da informação, sendo que um dos principais desafios éticos advindos da governança digital é a questão atinente à privacidade e à proteção de dados.

Com o avanço das tecnologias de coleta e análise de dados, torna-se essencial garantir que as informações dos usuários sejam utilizadas de forma ética e em conformidade com as leis de proteção de dados vigentes.

É necessário, portanto, estabelecer limites claros para o uso dos dados pessoais, respeitando a autonomia e privacidade dos indivíduos.

Além disso, a transparência nas práticas de governança digital também se apresenta como um desafio ético importante.

Os cidadãos devem ter acesso às informações sobre como seus dados estão sendo utilizadas pelas organizações, garantindo assim o sigilo, o bom uso e a confiança na gestão dos dados.

Do ponto de vista legal, os desafios da governança digital envolvem a adequação às legislações específicas sobre proteção de dados, como o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia, que estabelece diretrizes claras acerca do tratamento de dados pessoais e ao mesmo tempo impõe penalidades rigorosas diante do não cumprimento.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece diretrizes para o tratamento correto das informações pessoais pelos agentes públicos e privados, garantindo a privacidade e a segurança das informações.

Em Portugal, a proteção de dados pessoais também é uma preocupação central no contexto da governança digital. A Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) é responsável por supervisionar o cumprimento da legislação de proteção de dados e garantir que os direitos dos cidadãos sejam respeitados (CNPd, 2020). Além disso, o governo português tem promovido iniciativas de conscientização e educação sobre segurança digital, instruindo e capacitando cidadãos, de modo que possam proteger suas informações pessoais (Governo de Portugal, 2019).

Ainda na Europa, a Diretiva de Serviços de Pagamento (PSD2) estabelece padrões para a autenticação digital e para a segurança das transações eletrônicas, promovendo a confiança e a segurança no uso de serviços jurídicos online (Parlamento Europeu, 2018). Além disso, a Comissão Europeia tem promovido a adoção de diretrizes éticas para o desenvolvimento e uso de inteligência artificial, visando garantir a equidade e a transparência nos processos judiciais (Comissão Europeia, 2019).

Em suma, resta evidente que a rápida evolução tecnológica tem desafiado os sistemas jurídicos tradicionais a se adaptarem a um ambiente digital em constante mutação. Para tanto, é necessário repensar os princípios fundamentais do direito diante das novas realidades trazidas pela era da informação.

Mostra-se, portanto, fundamental que regulamentações adequadas e salvaguardas legais sejam estabelecidas para proteger os direitos individuais, garantindo também a equidade no sistema jurídico digital.

Os desafios éticos e legais advindos da implementação e evolução da governança digital exigem uma abordagem integrada que considere não apenas aspectos técnicos, mas também valores fundamentais como a privacidade, a transparência e a responsabilidade social. Nesse sentido, a escorreita análise das experiências brasileira e portuguesa pode enriquecer o debate sobre esse tema, complexo e crucial para o futuro da sociedade moderna.

DAS TRANSFORMAÇÕES NO PROCESSO JUDICIAL

As transformações no processo judicial revelam ser uma das manifestações mais visíveis dos efeitos gerados pela aplicação da governança digital.

E nesse sentido, a governança digital tem sido cada vez mais adotada nos processos judiciais em todo o mundo, provocando mudanças, alterações e transformações significativas na forma como a justiça é administrada.

No Brasil e na Europa, a implementação de sistemas digitais tem trazido benefícios tanto para os operadores do direito quanto para os cidadãos.

Uma das principais maneiras pelas quais a governança digital tem impactado os processos judiciais é através da automatização de tarefas rotineiras, como a gestão de documentos, agendamento de audiências e análise de processos. Isso permite que juízes e advogados foquem em questões mais complexas e estratégicas, tornando o sistema judicial mais eficiente e ágil.

Assim, audiências virtuais, sistemas de gerenciamento de processos eletrônicos e julgamentos baseados em evidências digitais estão se tornando cada vez mais comuns em tribunais ao redor do mundo.

Por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo implementou um sistema de processo eletrônico que permite que advogados apresentem petições e documentos de forma digital, eliminando a necessidade de papel e reduzindo significativamente o tempo e os custos envolvidos na criação e condução de um processo judicial. Essas mudanças não apenas culminaram no aumento da eficiência e da transparência do sistema judicial, mas também tornaram o acesso à justiça mais amplo e conveniente para todos os envolvidos.

Outro exemplo de como a governança digital tem transformado os processos judiciais no Brasil é o Sistema Eletrônico de Informações (SEI), ferramenta de gestão de documentos e processos eletrônicos, que tem como objetivo promover a eficiência administrativa. Com essa ferramenta, foi possível reduzir significativamente o tempo médio de duração dos processos judiciais, além de aumentar a transparência e a eficiência do sistema.

Ainda no Brasil, a implementação do já mencionado processo judicial eletrônico (PJe) tem sido uma das principais iniciativas para modernizar o sistema judiciário. O PJe também permite aos advogados que apresentem seus pleitos e documentos em formato digital, substituindo o papel e reduzindo significativamente o tempo e os custos envolvidos na tramitação de processos judiciais (CNJ, 2021).

Além disso, a realização de audiências virtuais tem se tornado cada vez mais comum, permitindo que partes e testemunhas participem de tais atos sem a necessidade de comparecerem fisicamente ao tribunal, independente do local em que estejam locadas.

Em Portugal, conforme já demonstrado, a digitalização do processo judicial também tem avançado significativamente. O Sistema de Informação da Organização do Ministério da Justiça (SIOJ) integra e informatiza os serviços judiciais, facilitando o acesso à informação e agilizando os procedimentos legais (Ministério da Justiça de Portugal, 2020). Além disso, o governo português tem promovido iniciativas para modernizar e simplificar os procedimentos judiciais, tornando-os mais eficientes e acessíveis para todos os cidadãos (Governo de Portugal, 2018).

Na Europa, um exemplo marcante da influência da governança digital nos processos judiciais é o programa E-Justice, que visa promover, conforme já mencionado, a cooperação entre os sistemas jurídicos dos países membros da União Europeia. Por meio dessa plataforma online, é possível acessar informações sobre legislação, jurisprudência e procedimentos legais em diferentes países europeus, facilitando a comunicação entre as autoridades judiciárias.

Além disso, a digitalização dos processos judiciais facilita o acesso à justiça por parte dos cidadãos, reduzindo custos e eliminando a burocracia, sendo que, com a possibilidade de acessar os documentos e informações de forma online, as partes envolvidas podem acompanhar o andamento do processo de forma mais transparente e rápida.

Em resumo, verifica-se que a governança digital está provocando mudanças profundas nos processos judiciais em todo o mundo, proporcionando maior eficiência, transparência e acesso à justiça.

Tanto no Brasil quanto na Europa, as iniciativas digitais têm se mostrado essenciais para modernizar o sistema judicial e atender às demandas da sociedade contemporânea.

O FUTURO DA GOVERNANÇA DIGITAL NO DIREITO

A governança digital no direito é um tema de extrema relevância nos dias atuais, envolvendo a regulamentação e o controle das atividades digitais em diversos setores da sociedade.

Com o avanço constante da tecnologia, é fundamental discutir as perspectivas para o futuro da governança digital, considerando as mudanças e desafios que estão por vir.

À medida que avançamos no tempo, é provável que a governança digital continue a desempenhar um papel fundamental no campo do direito e na administração da justiça, moldando não apenas os processos legais, mas também a própria essência do sistema jurídico.

Tecnologias emergentes, tais como a inteligência artificial, a *blockchain* e análise de *big data*, têm o potencial de revolucionar a forma como os operadores do direito e da justiça desenvolvem suas respectivas funções.

Por exemplo, a denominada *blockchain* pode ser utilizada para criar registros imutáveis e transparentes acerca de transações legais, aumentando a confiança e reduzindo a necessidade de intermediários.

Mas de todo modo, entende-se que a governança digital no direito deve ser pautada pela transparência, responsabilidade e participação democrática, razão pela qual, destaca-se a importância de se estabelecer mecanismos eficazes de controle e fiscalização das práticas digitais, garantindo assim a proteção dos direitos individuais e coletivos.

Ressalta-se a necessidade de se adotar uma abordagem holística na governança digital, considerando não apenas os aspectos legais, mas também os aspectos éticos, sociais e econômicos. Por esta razão, merece ser promovida a colaboração entre diferentes atores (governos, empresas, sociedade civil) para criar um ambiente propício ao desenvolvimento sustentável da tecnologia.

Diante dessas reflexões, é possível vislumbrar algumas perspectivas para o futuro da governança digital no direito.

Espera-se, por exemplo, que haja uma maior integração entre os países na elaboração de normas e padrões internacionais para regular as atividades digitais.

Além disso, é fundamental investir na capacitação dos profissionais do direito para lidar com questões complexas relacionadas à tecnologia.

Em suma, o futuro da governança digital no direito dependerá do comprometimento dos governantes, juristas e demais agentes envolvidos na construção de um ambiente seguro e transparente na era digital, já que a governança digital é essencial para garantir a confiança dos cidadãos nas instituições públicas e privadas em um mundo cada vez mais conectado.

CONCLUSÃO

A governança digital emergiu como uma força transformadora no campo do direito e da justiça, moldando de forma significativa os processos legais e redefinindo as relações entre cidadãos e o sistema jurídico.

Ao longo deste artigo, exploramos as diversas dimensões de tais transformações, desde a digitalização do processo judicial até os desafios éticos e legais associados ao uso de tecnologias digitais.

A utilização de tecnologias inovadoras como inteligência artificial, blockchain e big data, por exemplo, tem possibilitado uma maior agilidade na resolução de conflitos, facilitando o acesso à justiça e promovendo a modernização dos processos judiciais. No entanto, é fundamental que haja um equilíbrio entre a tecnologia e os princípios fundamentais do direito, para garantir a proteção dos direitos individuais e a segurança jurídica.

Ou seja, apesar dos benefícios proporcionados pela governança digital, é importante reconhecer que ela também traz consigo uma série de desafios e questões a serem enfrentadas.

Nesse sentido, a proteção da privacidade, a segurança dos dados e a prevenção de viés algorítmico são preocupações urgentes que exigem uma abordagem ética e responsável no desenvolvimento e no uso de tecnologias digitais.

Somente através de uma abordagem equilibrada e ética acerca da aplicação da governança digital, poderemos garantir que o sistema jurídico do futuro seja, de fato, edificado sobre princípios constitucionais e em respeito aos direitos individuais.

Diante dessas considerações, torna-se evidente a necessidade de uma reflexão profunda sobre os impactos da governança digital no direito e na justiça.

É ainda mais fundamental buscar soluções inovadoras que conciliem o avanço tecnológico com os valores fundamentais do Estado de Direito.

Somente por meio de um debate amplo e colaborativo será possível garantir que as transformações provocadas pela era digital contribuam para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

Portanto, é essencial que governos, instituições judiciárias e a sociedade civil como um todo trabalhem em conjunto para garantir que a governança digital no direito seja guiada pelos princípios da transparência, equidade e justiça.

Somente assim poderemos aproveitar todo o potencial das tecnologias digitais para promover um sistema jurídico mais eficiente, acessível e justo para todos.

REFERÊNCIAS

Comissão Europeia. (2019). Ethics Guidelines for Trustworthy AI. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 13 de maio 2024.

Comissão Europeia. (2020). e-CODEX - Connecting Europe for Justice. Disponível em: <https://e-codex.eu/eu/home>. Acesso em: 13 de maio 2024.

Comissão Europeia, Direção-Geral das Redes de Comunicações, Conteúdos e Tecnologia, Tenge, E., Schäffner, M., Ypma, P. et al., Estudo sobre blockchains – Aspectos jurídicos, de governação e interoperabilidade, Serviço das Publicações, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/4240>

European Union. (2016). General Data Protection Regulation (GDPR). Acesso em: 13 de maio 2024.

CNPD (Comissão Nacional de Proteção de Dados). Disponível em <https://www.cnpd.pt/>. Acesso em: 13 de maio 2024.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Justiça Itinerante. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/justica-itinerante/>. Acesso em: 13 de maio 2024.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Inteligência Artificial no Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/plataforma-sinapses/inteligencia-artificial/>. Acesso em: 13 de maio 2024.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Processo Judicial Eletrônico (PJe). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pje/>. Acesso em: 13 de maio 2024.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). (2021). Programa Justiça 4.0. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programa-justica-4-0/>. Acesso em: 13 de maio 2024.

DIAS, André Luís Mendes; REZENDE, Paulo Izidio da Silva. ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS Floridi, L. (2014). The Fourth Revolution: How the Infosphere is Reshaping Human Reality. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=hOF_AwAAQBAJ. Acesso em: 13 de maio 2024.

FUNDAMENTAIS. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, [S. l.], v. 10, n. 5, p. 1461-1474, 2024. DOI: 10.51891/rease.v10i5.13937. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/13937>. Acesso em: 13 de maio 2024.

Governo de Portugal. (2018). Programa Justiça + Próxima. Disponível em: <https://justica.gov.pt/Servicos/Justica-Proxima>. Acesso em: 13 de maio 2024.

Governo de Portugal. (2019). Campanha "Internet Segura". Disponível em: <https://www.internetsegura.pt/>. Acesso em: 13 de maio 2024.

Lei nº 13.709/2018, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 13 de maio 2024.

LESSIG, Lawrence. Code and Other Laws of Cyberspace. 1st. ed. New York: Basic Books, 1999.

Lorna McGregor, Resolução Alternativa de Disputas e Direitos Humanos: Desenvolvendo uma Abordagem Baseada em Direitos através da CEDH, European Journal of International Law, Volume 26, Edição 3, agosto de 2015, páginas 607-634. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chv039>. Acesso em: 13 de maio 2024.

MENDONÇA, Marcelo Torres; NASCIMENTO, Alaide Custódia Lima. DESAFIOS DA ACESSIBILIDADE À JUSTIÇA NA ERA DIGITAL: IMPLICAÇÕES E PERSPECTIVAS. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, [S. l.], v. 9, n. 11, p. 279-291, 2023. DOI: 10.51891/rease.v9i11.12102. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/12102>. Acesso em: 14 maio 2024.

Ministério da Justiça de Portugal. (2020). Sistema de Informação da Organização do Ministério da Justiça (SIOJ). Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/area-de-governo/justica/equipamentos/sistema-de-informacao-da-organizacao-do-ministerio-da-justica-sioj>. Acesso em: 13 de maio 2024.

Online dispute resolution: theory and practice. Disponível em: <https://searchworks.stanford.edu/view/13969952>. Acesso em: 19 de maio de 2024.

Parlamento Europeu. (2018). Diretiva (UE) 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015L2366&from=EN>. Acesso em: 13 de maio. 2024.

SPENGLER, Fabiana Marion; ETGES, Filipe Madsen. DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS À SOLUÇÃO DE DISPUTAS ONLINE: CAMINHOS PARA O FUTURO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Revista Eletrônica de Direito Processual, [S. l.], v. 22, n. 2, 2021. DOI: 10.12957/redp.2021.55957. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/55957>. Acesso em: 19 maio. 2024.

The Impact of Artificial Intelligence on the Legal Profession. Disponível em: https://www.hklawsoc.org.hk/-/media/HKLS/Home/News/LSHK-Position-Paper_AI_EN.pdf?rev=942df783f977493ca0579b2311cf7e01. Acesso em: 19 de maio de 2024.

IMPRESSÕES SOBRE DEMOCRACIA, A LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO COMO CRIADOR DE NORMAS E O *BACKLASH*

IMPRESSIONS ABOUT DEMOCRACY, THE LEGITIMACY OF THE JUDICIARY AS A CREATOR OF NORMS AND BACKLASH

AUTOR

Andrei Barbosa de Aguiar

RESUMO

O artigo apresentou noções sobre democracia e questionamentos acerca da legitimidade do Poder Judiciário na substituição das escolhas políticas realizadas pela soberania popular. Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, perquiriu-se que o processo democrático é uma forma de justiça distributiva de poder político, em que cada indivíduo tem a oportunidade equitativa de exprimir suas preferências, bem como um método para se chegar a decisões de cumprimento obrigatório. O trabalho concluiu que a criação de novo direito pelo Supremo Tribunal Federal demonstra efetiva expansão de sua competência, ainda que no contexto de controle de omissões inconstitucionais. Há probabilidade de o Poder Judiciário manipular o sentido normativo. No entanto, é possível a realização de audiências públicas, a oitiva de *amicus curiae*, bem como a realização de *backlash* pelo Poder Legislativo, de forma a aperfeiçoar o processo de criação de normas e o diálogo constitucional, mantendo legítimo o papel do Judiciário.

Palavras-chave: Democracia. Norma Jurídica. Judiciário. Legitimidade. Backlash.

ABSTRACT

The article presented notions about democracy and questions about the legitimacy of the Judiciary in replacing political choices made by popular sovereignty. Through bibliographical and documentary research, it was found that the democratic process is a form of distributive justice of political power, in which each individual has a fair opportunity to express their preferences, as well as a method for reaching decisions that are mandatory. The work concluded that the creation of a new law by the Federal Supreme Court demonstrates an effective expansion of its jurisdiction, even in the context of controlling unconstitutional omissions. There is a likelihood that the Judiciary will manipulate the normative meaning. However, it is possible to hold public hearings, hear *amicus curiae* hearings, as well as carry out a backlash by the Legislative Branch, in order to improve the process of creating norms and constitutional dialogue, keeping the role of the Judiciary legitimate.

Keywords: Democracy. Legal Standard. Judiciary. Legitimacy. Backlash

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa pretende analisar a democracia, a criação de normas pelo Poder Judiciário e os questionamentos decorrentes de tal função atípica, verificando se tal papel ativo interfere em sua legitimidade, bem como o fenômeno do *backlash*.

A democracia competitiva é um regime político na qual busca-se que os cidadãos tenham participação igualitária - seja diretamente ou por meio de representantes eleitos, na concepção, no desenvolvimento e na criação de leis, exercendo a escolha pelo sufrágio universal. No Brasil, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14, CF)¹.

No âmbito da Teoria Geral do Direito o campo de referência do poder é a produção e aplicação de normas jurídicas². Possui relevância jurídica, portanto, o estudo sobre o processo democrático e a legitimidade do Judiciário como criador de normas, atuando em função tipicamente legislativa.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 abr. 2024.

² BOBBIO, Norberto. Do poder ao direito e vice-versa. In: *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2007, p. 195.

Diante desse contexto, as perguntas que desafiam essa pesquisa são as seguintes: é legítima a atuação do Poder Judiciário na substituição das escolhas políticas realizadas pela soberania popular? Se é importante competição política³ para a existência de uma verdadeira democracia, pode o Poder Judiciário alterar seu papel típico e se tornar um ator ativo no papel legislativo? Existem mecanismos que ampliam o diálogo constitucional e mantenham a legitimidade das decisões com perfil aditivo proferidas pelo Judiciário?

Para respondê-las, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira, será estudada a democracia e o processo democrático como forma de justiça distributiva de poder político e método para se chegar a decisões e normas de cumprimento obrigatório. Na segunda, o enfoque se dará às funções políticas e judiciais do STF, demonstrando que a expansão de sua competência tem gerado fundados questionamentos, bem como a questão do ativismo judicial. Na terceira parte será explorado o fenômeno do *backlash*, conhecido como a rejeição de decisões judiciais pelo Poder Legislativo. Será perquirido também, as formas de amenizar a criação de normas pelo Judiciário, e manter seu papel legítimo.

O marco teórico da pesquisa está consubstanciado em artigos e estudos de doutrinadores, em especial, de Álvaro de Vita⁴ e Norberto Bobbio⁵.

A linha de raciocínio usada foi a dedutiva. A corrente teórica-metodológica desta pesquisa foi a jurídico-teórica, pois foi guiada por teorias do direito e orientada para a compreensão e interpretação de conceitos jurídicos, legislação e jurisprudência.

O estudo se pauta em pesquisa tipo aplicada de cunho teórico-qualitativo que se vale dos procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica e documental.

O objetivo deste trabalho foi explorar o papel do Judiciário na criação de normas e os questionamentos decorrentes de tal ativismo na democracia.

1. DEMOCRACIA E NORMA JURÍDICA

Estudar um tema tão complexo e extenso gera inquietações e diversas reflexões. Democracia pode ser considerada um método de seleção da elite política. Esta seleção ocorre por meio de uma competição que leva em consideração interesses de não-líderes para terem votos, sendo os votos motivados pelos próprios interesses⁶.

³ DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000, p. 22.

⁴ DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000.

⁵ BOBBIO, Norberto. Do poder ao direito e vice-versa. In: Direito e poder. São Paulo: Unesp, 2007, p. 195.

⁶ DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000, p. 5.

Neste contexto tem-se o processo democrático que é uma forma de justiça distributiva de poder político, em que cada indivíduo possui a oportunidade equitativa de expressar suas preferências, bem como um método para se chegar a decisões de cumprimento obrigatório, o qual pode, inclusive, ter como resultado a existência de discriminação e perseguições⁷.

Busca-se formular uma teoria alternativa da democracia. Trata-se da denominada democracia deliberativa, que prega a igualdade de oportunidade na participação; em contra ponto à tradição competitiva. O grande questionamento é: o que há de problemático na tradição competitiva? Álvaro de Vita apresenta quatro objeções a ela⁸.

A primeira pelo fato da democracia competitiva se basear no interesse próprio de cada um. Em contraposição, questiona-se: deve-se fazer escolhas com base no bem comum?

Como segundo questionamento apresentado, tem-se: quem é que ganha (que prevalecem) e quem é que perde (que interesses são frustrados) com uma decisão política x? O procedimentalismo será suficiente para justificar moralmente os resultados políticos se somente as preferências individuais forem computadas⁹.

A terceira objeção está fundada no utilitarismo de preferências. "Por que deveria ser considerado óbvio que a satisfação de preferências individuais constitui o ponto de partida apropriado para decidir escolhas sociais que envolvem questões de justiça?"¹⁰ Fundamenta-se que esperar pouco da vida e se contentar com pouco seria suficiente. Para Vita, "pessoas que aprendem a ajustar seus desejos a circunstâncias de destituição podem se contentar com muito pouco, mas essa não é uma boa razão para que só obtenham, das escolhas coletivas, o pouco que desejam"¹¹.

Por fim, e como quarto item, tem-se a desigualdade de participação e de ativismos políticos. Isto, porque os mais ativos protegem seus interesses. E há neste contexto, o custo da informação. A minoria trabalha para comunicar, e por isso há interesse político em se defender tais minorias de forma que elas façam a propaganda em favor do grupo político defensor¹².

⁷ DE VITA, Álvaro. *Democracia e justiça*. Lua nova, v. 50, 2000, p. 5.

⁸ DE VITA, Álvaro. *Democracia e justiça*. Lua nova, v. 50, 2000, p. 7.

⁹ DE VITA, Álvaro. *Democracia e justiça*. Lua nova, v. 50, 2000, p. 6-9.

¹⁰ DE VITA, Álvaro. *Democracia e justiça*. Lua nova, v. 50, 2000, p. 9.

¹¹ DE VITA, Álvaro. *Democracia e justiça*. Lua nova, v. 50, 2000, p. 9-10.

¹² DE VITA, Álvaro. *Democracia e justiça*. Lua nova, v. 50, 2000, p. 10.

Esses primeiros estudos revelam imediatamente que a democracia tradicional é um regime político na qual busca-se que os cidadãos tenham participação igualitária - seja diretamente ou por meio de representantes eleitos, na concepção, no desenvolvimento e na criação de leis, exercendo a escolha pelo sufrágio universal. O art. 14 da Constituição Federal de 1988 corrobora a escolha do Brasil neste sentido, a qual dispõe que: “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.”¹³

Como ocorre a escolha de cada indivíduo, e com base em que ocorrem as preferências, é assunto que gera interessantes debates. Percebe-se existir preocupações e críticas com o fato de cada indivíduo escolher com base em seus próprios interesses, aos menos favorecidos esperar pouco da vida e/ou se contentar com pouco, ou até mesmo, pelo fato dos mais ativos protegerem seus interesses.¹⁴

Há também o fenômeno das notícias falsas que interfere na manutenção e desenvolvimento da democracia, bem como por meio das mídias sociais, atuando no controle de massa, prejudicando o real poder de escolha.¹⁵

Segundo o raciocínio de Downs, conforme apresenta Álvaro de Vita, há crenças exógenas e endógenas. Nas crenças exógenas, não é a estrutura da competição política que produz as preferências. E há um questionamento a ser refletido: preferências políticas são fixas? Eleitores desinformados podem adotar crenças que favorecem interesses de terceiros e não os seus.¹⁶

No campo das crenças endógenas, observa-se que os eleitores não votam em resultados (ruas seguras, escolas de boa qualidade). Votam em políticas propostas por candidatos e partidos, que podem ou não levar aos resultados almejados. Por isso, os políticos se empenham em influenciar as crenças dos eleitores sobre essa relação. Tais crenças são as mais afetadas pela desigualdade de informação e de capacidade cognitiva. E, de fato, são estas que influenciam nas decisões políticas.¹⁷

Analisando-se os termos supramencionados conclui-se que “a democracia e a justiça

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 abr. 2024.

¹⁴ DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000, p. 9-10.

¹⁵ DA SILVA PEREIRA, Fernanda Morato; DIB, Lucas Seixas Araujo. Os prejuízos da fake news para a manutenção e desenvolvimento da democracia. Ciência ET Praxis, v. 14, n. 28, p. 08-20, 2021

¹⁶ DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000, p. 11.

¹⁷ DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000, p. 11

nem sempre caminham juntas”.¹⁸ Como alcançar, então, resultados políticos justos? “Sob que condições é de se esperar que procedimentos decisórios democráticos produzam resultados políticos justos?”¹⁹ Segundo o critério liberal-igualitário, é necessário um acordo aceitável para todos. No entanto, o critério requer que a maioria se abstenha de impor arranjos institucionais de democracia majoritária²⁰.

Neste ponto, chega-se ao valor epistêmico da democracia. Como aumentar a probabilidade de que o processo democrático tenha resultados que sejam legítimos ou justos de acordo com padrões que são independentes dos próprios procedimentos deliberativos e decisórios?²¹

Para responder tal pergunta os adeptos a teoria de Habermas amparam-se em uma visão política menos normativista, afastando-se de conceitos de justiça ou democracia deliberativa, mas amparado em situação deliberativa ideal.²²

Para Vita:

A questão real não é a de se uma teoria é mais ou menos “normativista” do que a outra, e sim a de como aprimorar o “valor epistêmico” da democracia – isto é, a de como aumentar a probabilidade de que o processo democrático produza resultados que possamos considerar legítimos ou justos de acordo com padrões que são independentes dos próprios procedimentos deliberativos e decisórios”.²³

Na democracia reflete-se a vontade da maioria a elaboração de leis pelos representantes eleitos. Esse sistema pressupõe o debate e confronto de ideias, conferindo legitimidade democrática²⁴.

Quando questões sobre os elementos constitucionais essenciais - direitos civis e políticos fundamentais e aos procedimentos de instituições que regulam o acesso ao poder político; bem como as questões de justiça básica - às normas e instituições que regulam a distribuição de oportunidades sociais, de renda e de riqueza;

¹⁸ DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000, p. 14.

¹⁹ DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000, p. 14.

²⁰ DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000, p. 14-15.

²¹ DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000, p. 16.

²² DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000, p. 16.

²³ DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000, p. 16.

²⁴ ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. Revista da AGU, [S. l.], v. 16, n. 03, 2017. DOI: 10.25109/2525-328X. v. 16. n. 03.2017. p. 92. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/926>. Acesso em: 4 maio. 2024.

são alvos de decisões políticas, deve-se ancorar em procedimentos decisórios que “possam ser justificados por razões que ninguém poderia razoavelmente rejeitar”²⁵.

No entanto, há questões públicas rodeadas de valores morais que não se apoiam propriamente em valores políticos, mas em concepções do bem ou doutrinas metafísicas controvertidas. A título exemplificativo tem-se a questão do aborto²⁶, a forma como deve-se tratar os animais e as atitudes que se deve ter com o meio ambiente natural.²⁷

Segundo a definição clássica que remonta a Bertrand Russell, o poder leva à produção de efeitos desejados, tanto no momento da criação, como no de aplicação de normas. No âmbito da Teoria Geral do Direito o campo de referência do poder é a produção e aplicação de normas jurídicas. Norma jurídica e poder são como duas faces de uma mesma moeda.²⁸

O que diferencia o poder estatal das outras relações de poder é justamente ser juridicamente regulado, com caráter normativo.²⁹ O “direito é produto do poder, não importa se esse poder era oriundo do povo ou derivado do príncipe”.³⁰

A legitimidade do Poder Judiciário na substituição das escolhas políticas realizadas pela soberania popular é intrigante. Se é importante competição política para a existência de uma verdadeira democracia, pode o Poder Judiciário desfigurar seu papel típico e se tornar um ator ativo no papel legislativo? Quais as consequências pela criação de normas pelo uso da via convencional (parlamento, plebiscito ou referendo) e da via anômala (tribunais) em questão complexas? ³²

²⁵ DE VITA, Álvaro. *Democracia e justiça*. Lua nova, v. 50, 2000, p. 18.

²⁶ PINHEIRO, Victor Sales. Ativismo judicial e discricionariedade neoconstitucional – uma reflexão sobre o voto do Ministro Barroso pela descriminalização do aborto no Habeas Corpus nº. 124.306/2016-STF. *Revista Quaestio Iuris*, [S. l.], v. 15, n. 3, p. 1152-1194, 2022. DOI: 10.12957/rqi.2022.58123. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/58123>. Acesso em: 4 maio. 2024.

²⁷ DE VITA, Álvaro. *Democracia e justiça*. Lua nova, v. 50, 2000, p. 17.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Do poder ao direito e vice-versa*. In: *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2007, p. 195.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Do poder ao direito e vice-versa*. In: *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2007, p. 201.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Do poder ao direito e vice-versa*. In: *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2007, p. 198-199.

³¹ DE VITA, Álvaro. *Democracia e justiça*. Lua nova, v. 50, 2000, p. 22.

³² FONTELES, SAMUEL SALES. *Direito e Backlash*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2018.

Para Norberto Bobbio:

Onde domina a voluntas e não a lex, temos não um rei, mas um tirano, na dupla acepção do príncipe não legítimo, o usurpador, e do príncipe que exerce o poder ilegalmente não respeitando as leis que estão cima dele (como são as leis divinas, as naturais, aquelas transmitidas pelos antepassados, pelo menos na tradição *commow law*, e aquelas fundamentais, que se distinguem das leis ordinárias e impostas pelo príncipe em virtude da autoridade que as leis fundamentais lhe atribuíram.³³

Há fundados questionamentos no sentido de que o Poder Judiciário tem ido além de suas funções, avançando em questões de tal complexidade ao ponto de se questionar sua legitimidade para tal³⁴. Há um efetivo ativismo judicial? Como ampliar o processo democrático de forma a produzir resultados legítimos, aprimorando o valor epistêmico da democracia?³⁵

2. JUDICIÁRIO COMO CRIADOR DE NORMAS E O ATIVISMO JUDICIAL: POLÊMICA CONTEMPORÂNEA

Estudos apontam que há excesso de autonomia e autoridade do STF, pois há concentração de poder e ausência de mecanismos de controle das atividades desempenhadas³⁶. Questiona-se a ausência de transparência na definição de sua agenda decisória; o excesso de decisões monocráticas – inclusive assunto

³³ BOBBIO, Norberto. *Do poder ao direito e vice-versa*. In: *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2007, p. 205.

³⁴ FRANCO, Aline Fonseca; DE OLIVEIRA COSTA FILHO, José. Pode o judiciário agir concretamente além dos limites de sua competência-ativismo judicial e judicialismo da política. In: *Colloquium Humanarum*. ISSN: 1809-8207. 2015. p. 155-162.

³⁵ DE VITA, Álvaro. *Democracia e justiça*. Lua nova, v. 50, 2000, p. 16.

³⁶ Em nosso ponto de vista, o STF “chama para si” toda e qualquer responsabilidade ou interpretação legal. A título exemplificativo, quanto à questão dos honorários advocatícios, o STJ pacificou no Tema 1076/STJ a questão. Na sequência, o STF, com várias decisões afirmando ser ofensa reflexa à CF, decidiu que a questão teria repercussão geral com o Tema 1255/STF: Possibilidade da fixação dos honorários por apreciação equitativa (artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil) quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem exorbitantes. Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º, 3º, I e IV, 5º, caput, XXXIV e XXXV, 37, caput, e 66, § 1º, da Constituição Federal, a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao art. 85, §§ 2º, 3º e 8º, do Código de Processo Civil, em julgamento de recurso especial repetitivo, no sentido de não ser permitida a fixação de honorários advocatícios por apreciação equitativa nas hipóteses de os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda serem elevados, mas tão somente quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo (Tema 1.076/STJ). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia-Repercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6521918&numeroProcesso=1412069&classeProcesso=RE&numeroTema=1255>

em discussão na PEC 8/2021³⁷; na baixa adesão aos precedentes do próprio tribunal, dentre outros.³⁸

Para Fabiana Luci de Oliveira e Luciana Gross Cunha:

A participação política do Judiciário na tomada de decisão sobre processos legislativos, definição de políticas públicas, agenda de reformas do Estado, interpretação do texto constitucional e mesmo de emendas à Constituição, têm produzido nos últimos anos movimentos nos poderes Executivo e Legislativo de tentativa de controle da atuação do Judiciário no exercício dessas atividades. Esses movimentos tiveram o seu ápice durante a tramitação da emenda constitucional 45, aprovada em 2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça, cujo principal objetivo era tornar mais transparente e passível de controle o Poder Judiciário no que diz respeito a sua atuação administrativa e financeira (CF 1988, art. 103-B).

De lá para cá o Judiciário como um todo e o STF, especialmente, assumiram um papel ainda mais evidente no processo de judicialização da política. Casos como o Mensalão (AP 470), o impeachment da presidente Dilma Rousseff em 2016, a Operação Lava-Jato, e os questionamentos quanto à constitucionalidade de medidas provisórias e decretos do presidente Jair Messias Bolsonaro, já nos primeiros meses de seu governo iniciado em 2019, evidenciam a medida em que cabe ao STF modelar a realidade brasileira. Por meio desses casos, é possível verificar como o Supremo tem exercido a última palavra não somente em questões constitucionais, mas também como única instância em processos na área penal, e de forma relevante, como instituição contramajoritária na definição de agenda na democracia brasileira. Não por acaso a ausência de mecanismos de controle da própria atividade jurisdicional e, no caso do STF, de contenção do exercício de suas funções, de forma que ele se torne mais responsivo e transparente perante a sociedade, é objeto constante de disputa no Legislativo, no Executivo e no interior do próprio Judiciário.³⁹

Existe uma grande dificuldade em equilibrar as funções políticas e judiciais do STF. A criação de novo direito demonstra efetiva expansão da competência do STF, ainda que no contexto de controle de omissões inconstitucionais.⁴⁰

³⁷ BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 8, de 2021. Altera a Constituição Federal para dispor sobre os pedidos de vista, declaração de inconstitucionalidade e concessão de medidas cautelares nos tribunais. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148030>. Acesso em: 6 mai. 2022.

³⁸ OLIVEIRA, F. L. de; CUNHA, L. G. Reformar o Supremo Tribunal Federal?. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 1-20, 2020. P. 2. DOI: 10.21783/rei.v6i1.457. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/457>. Acesso em: 1 maio. 2024.

³⁹ OLIVEIRA, F. L. de; CUNHA, L. G. Reformar o Supremo Tribunal Federal?. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 1-20, 2020. P. 3-4. DOI: 10.21783/rei.v6i1.457. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/457>. Acesso em: 1 maio. 2024.

⁴⁰ SOUZA FILHO. Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, P. 27.

A diferença entre norma e disposição auxilia na demarcação entre a integração do direito e a interpretação de documentos normativos. A "interpretação possibilita a extração de uma norma a partir da disposição normativa. Já a integração surge quando da identificação de norma não expressa a partir do contexto normativo, sem que haja uma disposição precisa que a exprima."⁴¹

As sentenças de perfil aditivo geram norma jurídica, pois criam norma não disposta em normativo específico. Constituem, assim, espécie de integração do ordenamento jurídico. A atividade desempenhada pela Corte Constitucional gera a elaboração de norma jurídica para a superação de uma situação de vazio normativo inconstitucional. Não se está diante de uma mera interpretação de norma jurídica existente em conformidade com a Constituição - interpretação conforme à Constituição, mas de adição de novo segmento normativo.⁴²

Há legitimidade constitucional das sentenças com efeitos aditivos como mecanismo de superação da inércia legislativa? Os membros do Poder Judiciário podem votar motivados pelos próprios interesses e utilizar dos instrumentos de controle de constitucionalidade para alcançar seus objetivos e ideologias pessoais.⁴³

Seguindo a teoria procedimentalista de Niklas Luhmann, é supérfluo afirmar que o conceito de legitimidade está amparado em valores pré-estabelecidos. Para ele, os procedimentos (legislativo, administrativo e judiciário) consolidam-se com uma ideia de justiça e verdade de forma independente de quem seja o detentor de poder e do que venha a ser decidido por ele. O que legitimará suas decisões não são os valores em discussão, mas sim o procedimento utilizado para tê-las.⁴⁴ A legitimidade está pautada em procedimentos decisórios pré-definidos que irão absolver as contingências das sociedades complexas.

Para João Maurício Leitão Adeodato:

[...] os Estados modernos desenvolvidos positivaram seu direito e os não desenvolvidos tentam fazê-lo. E aí que os autores como Weber, Kelsen ou Luhmann coincidem: na separação rigorosa entre o jurídico – entendido como a fixação e manipulação das regras

⁴¹ SOUZA FILHO. Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 257.

⁴² SOUZA FILHO. Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 257.

⁴³ OLIVEIRA, Priscila Marques de. *Ativismo judicial e democracia: o papel do judiciário em um regime democrático*. 2021. 125 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo. p. 99.

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, Unb, 1980, p.23.

- e o político - entendido como a opção por certas alternativas em detrimento de outras; qualquer que seja a ideologia do discurso político, o direito 'legitima-se' por si mesmo - legitimando também o poder político, mais e mais dependente do direito, podemos acrescentar - como subsistema autônomo.⁴⁵

Seguindo essa linha de raciocínio as decisões com perfil aditivos, tomadas seguindo um procedimento legal seriam legítimas.

Com o Código de Processo Civil de 2015, "a interpretação dada pelas Cortes Supremas pela via do precedente prevaleceria sobre o sentido normativo da lei e da Constituição. Ou seja, os precedentes emanados pelas Cortes Supremas dariam significado à Constituição e às leis"⁴⁶.

Tal permissão às Cortes Supremas podem fazer com que estas manipulem o sentido normativo, o que se torna uma das principais técnicas de dominação utilizadas⁴⁷, conforme expõe Edward Lopes:

Analisados, um a um, todos os modos de dominação que o homem inventou ao longo dos séculos para relacionar-se com o seu próximo, nenhum é mais eficiente do que o da manipulação de sentidos. Aquele que manipula os sentidos do discurso, transforma-se no árbitro todo-poderoso da comunidade para a qual define o que venha a ser valor e anti-valor; é ele quem assinala os objetivos a serem perseguidos pelo grupo, dita as regras de comportamento que hão de dirigir a ação singular dos indivíduos na tentativa de realização de seus valores, pune e recompensa. Pois como os mitos de sempre demonstraram, só o que sabe quer, só o que sabe pode, só o que sabe faz.⁴⁸

Sustenta-se que há um enfoque antidemocrático na perspectiva das Cortes Supremas, com a atribuição exclusiva a elas na fixação do sentido normativo, com a abdicação de abertura interpretativa dos cidadãos, ponto este fundamental à concretização do Estado de Direito Democrático.⁴⁹

⁴⁵ ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p.75-76.

⁴⁶ ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. (Org.). *Tópicos especiais de processo civil: análise crítica e perspectivas*, v. 3. Belo Horizonte: RTM, 2022.

⁴⁷ ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. (Org.). *Tópicos especiais de processo civil: análise crítica e perspectivas*, v. 3. Belo Horizonte: RTM, 2022.

⁴⁸ LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*. São Paulo: Cultrix, 1978, p.4.

⁴⁹ MAGALHÃES, Lincoln Mattos. *O processo democrático em xeque: a jurisprudencialização do Direito no CPC de 2015*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 176.

O ativismo judicial é uma postura discricionária do Poder Judiciário, que redundando em uma ingerência frente ao Legislativo e ao Executivo. “No contexto do *common law*, o ativismo relaciona-se com a dicotomia *easy cases vs hard cases*, desenvolvida por Herbert Hart. Nestes, admite-se a atuação discricionária do magistrado; naqueles, ela é vedada pelos limites estritos da lei e dos precedentes”⁵⁰.

A feição contemporânea da teoria do direito objetiva suplantando o exegetismo do juiz *bouche de la loi*. Ela defende uma postura que, diante da indeterminação dos textos normativos, em especial o constitucional, “torna possível usar a própria vontade como parâmetro decisório”⁵¹.

Para Gilmar Mendes e Georges Abboud, realizando-se uma releitura de Augusto Zimmermann⁵² e Lênio Streck⁵³:

Disso resulta que o que interessa, para fins de combate ao ativismo, é o combate à própria noção de discricionariedade judicial, entendida, aqui, como esse recurso ilegítimo à vontade. É preciso mudar a mentalidade jurídica dominante, baseada, em muito, na ideia de “bom ativismo” e em uma defesa irrefletida do caráter discricionário da administração da justiça. No seu lugar, há de se colocar, como premissa inquestionável, que nenhum julgador – pouco importando sua posição na hierarquia judicial – tem o direito de ignorar os textos legais. Sob o jugo de uma Constituição como a de 1988, todos os julgadores são colocados “under the rule of law”, conforme o aviso que nos fora dado, já em 2008, por Augusto Zimmermann. Por essa razão, repensar os termos com os quais, no Brasil, costumam-se traçar teorias da decisão revela-se uma tarefa urgente, sem a qual não será possível reduzir o influxo odioso da subjetividade nos julgamentos e colocar nosso país nos trilhos democráticos de uma vez por todas. Sob a ótica ativista, a determinação do direito depende da “cabeça” e do “coração” de quem decide, como se o sentido dos textos não existisse por si só e pertencesse somente aos seus intérpretes.

Não por acaso, a compreensão do ativismo judicial sempre nos remete a discussões sobre a adequada função ou atuação dos juízes. Quando falamos nele, referimo-nos, obrigatoriamente, à extrapolação de limites na atividade judicante.⁵⁴

⁵⁰ ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos tribunais*, v. 1008, 2019, p.5.

⁵¹ ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos tribunais*, v. 1008, 2019, p.5.

⁵² Zimmermann, Augusto. How brazilian judges undermine the Rule of Law: a critical appraisal. *International Trade and Business Law Review*, vol. 11, 2008, p. 179-217.

⁵³ STRECK, Lênio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 10, n. 10, p. 30. Curitiba: Curitiba: Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, 2011.

⁵⁴ ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos tribunais*, v. 1008, 2019, p.5.

Os julgamentos não devem ser norteados por preferências pessoais dos magistrados. Caso contrário, o ativismo gera indevida interferência do Judiciários nos demais poderes. Isto, porque, “a Constituição de 1988 previu para o Poder Judiciário, e para os demais poderes, funções atípicas, cujo exercício é permitido, desde que permaneça restrito aos parâmetros desenhados pela engenharia constitucional”⁵⁵.

Juizes devem proteger o direito, inclusive atuando de forma contramajoritária para tanto. O mero desejo de mudança da realidade não é suficiente para extrapolar o direito aprovado segundo as regras democráticas. Portanto, o ativismo é um atalho maléfico objetivando a preponderância de um ponto de vista político, sem que se siga o caminho democrático⁵⁶.

3. BACKLASH E A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PARA AMPLIAR O DIÁLOGO DEMOCRÁTICO

Um fenômeno curioso que pode auxiliar na contenção ou revisar sentenças de perfil aditivo é o *backlash*, que traduzido quer dizer rejeição de decisões judiciais. Tal instituto foi introduzido no direito constitucional americano, quando o Judiciário discutiu a questão do aborto no caso *Roe versus Wade*, em 1973. A decisão judicial permitiu o aborto. No entanto, ela causou reações em grupos pró-vida que se mobilizaram e, anos após, foram aprovadas leis estaduais que restringiram o aborto em situações que antes eram permitidas.⁵⁷

Para Carlos Bolonha, Fabrício Faroni Ganem e Bernardo Zettel:

A ideia de backlash foi construída pela teoria constitucional norteamericana para dar conta da crescente tensão entre política e direito, bem como para responder aos anseios de legitimidade democrática da Suprema Corte americana. Robert Post e Reva Siegel associam o conceito com a tese do constitucionalismo democrático, defendida pelos autores. O constitucionalismo democrático descreve como uma ordem constitucional negocia a tensão entre Estado de Direito e autogoverno como critério de legitimidade democrática. Ou seja, demonstra como o significado dos direitos constitucionais é performado à opinião pública e, ainda assim, mantém a sua integridade normativa.

⁵⁵ ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos tribunais*, v. 1008, 2019, p.6.

⁵⁶ ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos tribunais*, v. 1008, 2019, p.6.

⁵⁷ ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. *Revista da AGU*, [S. l.], v. 16, n. 03, 2017. DOI: 10.25109/2525-328X.v.16. n.03. 2017, p.89. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/926>. Acesso em: 4 maio. 2024.

O principal objetivo da tese do constitucionalismo democrático é, assim, ampliar a deliberação da sociedade e dos poderes políticos representativos sobre o conteúdo das normas constitucionais, sobretudo daquelas normas que protegem direitos individuais básicos, e que são marcadas pela sua pluralidade e abertura conceitual. Segundo essa perspectiva, o fenômeno conhecido como *backlash* é visto como uma prática de contestação normativa das decisões judiciais em âmbito constitucional. Prática pela qual a opinião pública procura influenciar o conteúdo das normas constitucionais, conferindo maior grau de legitimidade democrática à jurisdição constitucional.⁵⁸

O *backlash* é um importante instituto para que a interpretação da Constituição esteja de acordo com a vontade popular. Um típico exemplo brasileiro foi o julgamento da (in) constitucionalidade da vaquejada. Em 6 de outubro de 2016, o STF julgou a ADI 4983, e decidiu ser inconstitucional tal prática. Para o tribunal “a obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade”⁵⁹.

Em 6 de junho de 2017, foi promulgada a emenda Constitucional 96, para acrescentar § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas que utilizem animais não são consideradas cruéis, em condições específicas, sendo consideradas manifestações culturais de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro.⁶⁰

A decisão sobre a vaquejada não possui perfil aditivo. No entanto, há situações em que a análise de questões polêmicas pelo Judiciário, como a questão do casamento homoafetivo, a Lei da Ficha Limpa⁶¹, a descriminalização das drogas e do aborto⁶²,

⁵⁸ BOLONHA, C.; GANEM, F. F.; ZETTEL, B. Parâmetros deliberativos para os diálogos constitucionais: Razão pública, ética do discurso e backlash. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [S. l.], v. 7, n. 25, p. 186-187, 2013, DOI: 10.30899/dfj.v7i25.236. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/236>. Acesso em: 13 maio. 2024.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4983, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06-10-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087, DIVULG 26-04-2017, PUBLIC 27-04-2017.

⁶⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 abr. 2024.

⁶¹ ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. Revista da AGU, [S. l.], v. 16, n. 03, 2017. DOI: 10.25109/2525-328X.v.16.n.03. 2017, p.90. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/926>. Acesso em: 4 maio. 2024.

⁶² PINHEIRO, Victor Sales. Ativismo judicial e discricionariedade neoconstitucional – uma reflexão sobre o voto do Ministro Barroso pela descriminalização do aborto no Habeas Corpus nº. 124.306/2016-STF. Revista Quaestio Iuris, [S. l.], v. 15, n. 3, p. 1152-1194, 2022. DOI: 10.12957/rqi.2022.58123. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/58123>. Acesso em: 6 maio. 2024.

suscitam a questão da legitimidade da decisão sem deliberação legislativa e a necessidade do debate democrático.

Embora haja compreensões no sentido do *backlash* ser negativo para o constitucionalismo democrático, Robert Post entende que ele pode ser positivo ao direito, pois trata-se de um movimento alavancado pela reação popular, essencial à democracia.⁶³ É uma expressão de diálogo constitucional⁶⁴.

O papel da opinião pública como fator legitimatório da jurisdição constitucional tem sido pauta de estudos constitucionais recentes. O “conceito de *backlash* – expressivo da relação entre opinião pública e política constitucional – representa uma nova concepção sobre a função democrática das Cortes Constitucionais”.⁶⁵

Ao proferir sentenças de perfil aditivo, o Poder Judiciário altera seu papel típico e se imiscui no papel legislativo, substituindo escolhas políticas ao arrepio da soberania popular, prejudicando o ideal democrático? Retornando às ideias de Álvaro de Vita, como aprimorar o “valor epistêmico” da democracia? Como aumentar a probabilidade de que o processo democrático produza resultados que possamos considerar legítimos?⁶⁶ O *backlash* auxilia na legitimidade e no diálogo constitucional?

A via convencional (parlamento, plebiscito ou referendo) está devidamente proceduralizada e prevista no art. 14 da Constituição Federal de 1988, meio pelo qual a plena soberania popular é exercida e realizada pelo voto⁶⁷.

As decisões da Suprema Corte podem gerar engajamento dos cidadãos sobre conflitos constitucionais, mais do que revelar polarização social. Desacordos interpretativos sobre direitos são condições que fortalecem a democracia, não o contrário. Isto, porque o constitucionalismo democrático confia que uma decisão judicial tem potencial

⁶³ POST, Robert. SIEGEL, Reva. Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

⁶⁴ ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. Revista da AGU, [S. l.], v. 16, n. 03, 2017. DOI: 10.25109/2525-328X.v.16. n. 03. 2017, p.90. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/926>. Acesso em: 4 maio. 2024.

⁶⁵ BOLONHA, C.; GANEM, F. F.; ZETTEL, B. Parâmetros deliberativos para os diálogos constitucionais: Razão pública, ética do discurso e backlash. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, [S. l.], v. 7, n. 25, p. p. 172, 2013, DOI: 10.30899/dfj.v7i25.236. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/236>. Acesso em: 13 maio. 2024.

⁶⁶ DE VITA, Álvaro. Democracia e justiça. Lua nova, v. 50, 2000, p. 16.

⁶⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 abr. 2024.

de gerar amplo debate público.⁶⁸

Para o constitucionalismo democrático as controvérsias geradas por decisões judiciais causam efeitos benéficos, pois provoca os cidadãos para que se manifestem, e, assim, eles participam na construção dos sentidos da Constituição.⁶⁹ Assim, o *backlash* é essencial à efetiva construção da democracia.

Há outros instrumentos que auxiliam no processo democrático constitucional⁷⁰. A título exemplificativo tem-se as audiências públicas. Quando o Judiciário as realiza aproxima os magistrados da realidade e da população afetada pelos efeitos submetidos ao julgamento, democratizando a decisão.⁷¹ A oitiva dos *amicus curiae* também aproxima os julgadores do ideal democrático e este se consolida⁷².

O enfraquecimento do legislativo não é um fenômeno exclusivamente brasileiro, bem como a ausência de norma regulamentadora não impede o pronunciamento judicial sobre a questão.⁷³ No entanto, no constitucionalismo democrático a tensão entre Estado de Direito e autogoverno como critério de legitimidade democrática é negociado e performado à opinião pública e, ainda assim, é mantida sua integridade normativa.⁷⁴

⁶⁸ BOLONHA, C.; GANEM, F. F.; ZETTEL, B. Parâmetros deliberativos para os diálogos constitucionais: Razão pública, ética do discurso e backlash. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [S. l.], v. 7, n. 25, p. p. 187, 2013, DOI: 10.30899/dfj.v7i25.236. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/236>. Acesso em: 13 maio. 2024.

⁶⁹ CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Artur de Castillo. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 39, n. 80, p. 139, 2019. DOI: 10.5007/2177-7055.2018v39n80p123. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n80p123>. Acesso em: 13 maio. 2024.

⁷⁰ Para se ampliar o diálogo democrático dentre outros, é necessária(o): educação jurídica e cidadã, a participação cívica ativa, a utilização de inovação tecnológica para permitir a ampliação do diálogo democrático, o fortalecimento das instituições e um forte diálogo interdisciplinar.

⁷¹ SIQUEIRA, D. P., & Souza, B. C. L. de. (2019). Democratização da Justiça: audiências públicas, poder judiciário e os direitos da personalidade. *Revista Húmus*, 9(27). Recuperado de <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/1235>

⁷² AMORIM, Felipe Bruno da Silva. O papel do *amicus curiae* no contexto da objetivação do controle difuso ou concreto de constitucionalidade. *Revista da AGU*, [S. l.], v. 12, n. 35, 2013. DOI: 10.25109/2525-328X.v.12.n.35.2013.56. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/56>. Acesso em: 4 maio. 2024.

⁷³ ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. *Revista da AGU*, [S. l.], v. 16, n. 03, 2017. DOI: 10.25109/2525-328X.v.16.n.03. 2017, p.90. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/926>. Acesso em: 4 maio. 2024.

⁷⁴ BOLONHA, C.; GANEM, F. F.; ZETTEL, B. Parâmetros deliberativos para os diálogos constitucionais: Razão pública, ética do discurso e backlash. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [S. l.], v. 7, n. 25, p. 186-187, 2013, DOI: 10.30899/dfj.v7i25.236. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/236>. Acesso em: 13 maio. 2024.

CONCLUSÃO

O trabalho concluiu que a criação de normas pelo Poder Judiciário gera expansão de sua competência, ainda que no contexto de controle de omissões inconstitucionais. A possibilidade de o Poder Judiciário manipular o sentido normativo é real. No entanto, há teorias que auxiliam na legitimação das decisões por meio do procedimentalismo.

O “valor epistêmico” da democracia com o aumento da porcentagem de que o processo democrático produza resultados que possamos considerar legítimos pode ser ampliado com a realização de audiências públicas, a oitiva de *amicus curiae*, etc, pelo Poder Judiciário. O Poder Legislativo pode realizar *backlash*, de forma a amenizar a criação de normas pelo Judiciário, e manter o papel deste legítimo.

A legitimidade das cortes constitucionais não provém da aprovação popular, até porque, cabem a elas realizar o papel contramajoritário. A legitimação decorre da própria Constituição Federal, sendo um poder político capaz de invalidar atos dos outros dois poderes. Cabe ao STF dialogar com os atores democráticos, de forma a incrementar a participação social e democrática do povo.

Em meio ao *backlash* e às pressões contrárias à transformação do direito, é essencial adotar táticas que promovam um diálogo democrático amplo e inclusivo. Isso requer o engajamento ativo de todos os setores da sociedade, a defesa dos direitos fundamentais e o fortalecimento das instituições democráticas. Ao enfrentar os desafios do *backlash* de forma proativa, como uma interação profunda entre Cortes Constitucionais e a opinião pública, pode-se construir uma sociedade mais justa, igualitária e democrática.

Buscou-se abordar o tema da legitimidade do Judiciário na criação de normas jurídicas, mas também contribuir para o entendimento de suas implicações para a democracia contemporânea. A realização de efetivo ativismo pelo Judiciário será objeto de outro estudo, diante da complexidade do tema. Certezas não existem. Dúvidas e questionamentos sim, a serem estudados oportunamente.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos tribunais*, v. 1008, 2019.

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade*: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

AMORIM, Felipe Bruno da Silva. O papel do amicus curiae no contexto da objetivação do controle difuso ou concreto de constitucionalidade. *Revista da AGU*, [S. l.], v. 12, n. 35, 2013. DOI: 10.25109/2525-328X. v.12. n.35.2013.56. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/56>. Acesso em: 4 maio. 2024.

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. (Org.). *Tópicos especiais de processo civil: análise crítica e perspectivas*, v. 3. Belo Horizonte: RTM, 2022.

BOBBIO, Norberto. *Do poder ao direito e vice-versa*. In: *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2007.

BOLONHA, C.; GANEM, F. F.; ZETTEL, B. Parâmetros deliberativos para os diálogos constitucionais: Razão pública, ética do discurso e backlash. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, [S. l.], v. 7, n. 25, p. 186-187, 2013, DOI: 10.30899/dfj.v7i25.236. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/236>. Acesso em: 13 maio. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4983, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06-10-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087, DIVULG 26-04-2017, PUBLIC 27-04-2017.

CHUEIRI, Vera Karam de; MACEDO, José Artur de Castillo. Teorias constitucionais progressistas, backlash e vaquejada. *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 39, n. 80, p.139, 2019. DOI: 10.5007/2177-7055.2018v39n80p123. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n80p123>. Acesso em: 13 maio. 2024.

DA SILVA PEREIRA, Fernanda Morato; DIB, Lucas Seixas Araujo. Os prejuízos da fake news para a manutenção e desenvolvimento da democracia. *Ciência ET Praxis*, v. 14, n. 28, p. 08-20, 2021.

DE VITA, Álvaro. *Democracia e justiça*. Lua nova, v. 50, 2000.

FONTELES, SAMUEL SALES. *Direito e Backlash*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2018.

FRANCO, Aline Fonseca; DE OLIVEIRA COSTA FILHO, José. Pode o judiciário agir concretamente além dos limites de sua competência-ativismo judicial e judicialismo da política. In: *Colloquium Humanarum*. ISSN: 1809-8207. 2015. p. 155-162.

LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*. São Paulo: Cultrix, 1978.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, Unb, 1980.

MAGALHÃES, Lincoln Mattos. *O processo democrático em xeque: a jurisprudencialização do Direito no CPC de 2015*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

OLIVEIRA, F. L. de; CUNHA, L. G. Reformar o Supremo Tribunal Federal?. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 1-20, 2020. P. 2. DOI: 10.21783/rei.v6i1.457. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/457>. Acesso em: 1 maio. 2024.

OLIVEIRA, Priscila Marques de. *Ativismo judicial e democracia: o papel do judiciário em um regime democrático*. 2021. 125 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo.

PINHEIRO, Victor Sales. Ativismo judicial e discricionariedade neoconstitucional – uma reflexão sobre o voto do Ministro Barroso pela descriminalização do aborto no Habeas Corpus nº. 124.306/2016-STF. *Revista Quaestio Iuris*, [S. l.], v. 15, n. 3, p. 1152-1194, 2022. DOI: 10.12957/rqi.2022.58123. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/58123>. Acesso em: 4 maio. 2024.

PINHEIRO, Victor Sales. Ativismo judicial e discricionariedade neoconstitucional – uma reflexão sobre o voto do Ministro Barroso pela descriminalização do aborto no Habeas Corpus nº. 124.306/2016-STF. *Revista Quaestio Iuris*, [S. l.], v. 15, n. 3, p. 1152-1194, 2022. DOI: 10.12957/rqi.2022.58123. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/58123>. Acesso em: 6 maio. 2024.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veinteuno, 2013.

SIQUEIRA, D. P., & Souza, B. C. L. de. (2019). Democratização da Justiça: audiências públicas, poder judiciário e os direitos da personalidade. *Revista Húmus*, 9(27). Recuperado de <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/1235>

SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 10, n. 10, p. 30. Curitiba: Curitiba: Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, 2011.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. *Revista da AGU*, [S. l.], v. 16, n. 03, 2017. DOI: 10.25109/2525-328X. v. 16. n. 03.2017. p. 92. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/926>. Acesso em: 4 maio. 2024.

ZIMMERMANN, Augusto. How brazilian judges undermine the Rule of Law: a critical appraisal. *International Trade and Business Law Review*, vol. 11, 2008, p. 179-217.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DA ACCOUNTABILITY NA ERA DA AUTOMAÇÃO

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND CIVIL LIABILITY: AN ANALYSIS OF ACCOUNTABILITY IN THE ERA OF AUTOMATION

AUTORA

Thais Paranhos Capistrano Pereira

RESUMO

Este estudo investiga a capacidade da legislação atual sobre responsabilidade civil para enfrentar os desafios impostos pelos sistemas de inteligência artificial (IA). A tecnologia digital evolui rapidamente, dificultando para o Estado manter-se atualizado com as mudanças constantes trazidas pelos algoritmos e pela IA. A responsabilidade por danos causados pela utilização de IA é um tema contemporâneo e em evolução. Diversos países têm implementado legislações e regulamentos específicos para regular o uso desses sistemas, visando proteger os direitos dos consumidores e minimizar os riscos associados. A pesquisa adota uma metodologia que inclui revisão bibliográfica, análise de conteúdo e uma abordagem crítica para examinar as respostas jurídicas existentes e sua eficácia. Adicionalmente, o estudo se dedicará a explorar a *accountability* como resposta jurídica aos novos desafios apresentados pela IA, buscando entender como esse conceito pode contribuir para uma regulamentação mais efetiva e adequada às necessidades impostas pelo avanço tecnológico.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Inteligência Artificial. Accountability.

ABSTRACT

This study investigates the capacity of current civil liability legislation to address challenges imposed by artificial intelligence (AI) systems. Digital technology evolves rapidly, making it difficult for the state to keep up with the constant changes brought about by algorithms and AI. Liability for damages caused by the use of AI is a contemporary and evolving issue. Various countries have implemented specific legislation and regulations to regulate the use of these systems, aiming to protect consumer rights and minimize associated risks. The research adopts a methodology that includes literature review, content analysis, and a critical approach to examine existing legal responses and their effectiveness. Additionally, the study will explore Accountability as a legal response to the new challenges presented by AI, seeking to understand how this concept can contribute to more effective and appropriate regulation to meet the needs imposed by technological advancement.

Keywords: digital governance; transformations; Law; Justice; Technology; access to justice; judicial process; future.

INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica continua avançando e a inteligência artificial (IA) está no centro deste movimento. Conforme a IA se integra cada vez mais ao cotidiano, surgem implicações éticas e jurídicas significativas. A habilidade humana de desenvolver sistemas que simulam o raciocínio e comportamento humano levanta questões éticas cruciais, especialmente com o crescente temor de que esses sistemas possam operar fora do controle humano. A ética assume um papel vital, funcionando como um mecanismo de contenção para assegurar que os sistemas de IA se mantenham sob controle humano e operem de forma ética e responsável.

A convergência do progresso tecnológico, especialmente em IA, e as questões de responsabilidade civil apresentam um desafio multifacetado e intrigante. Por exemplo, os algoritmos de IA no setor de veículos autônomos podem causar acidentes devido a falhas de programação ou decisões inesperadas em situações de trânsito complexas. No campo da saúde, sistemas de diagnóstico baseados em IA podem incorrer em erros que resultam em tratamentos inadequados ou prejudiciais. Além disso, a utilização de IA em decisões de crédito e contratação pode levar a discriminações injustas baseadas em algoritmos, afetando negativamente a vida das pessoas.

Este texto é um estudo introdutório que aborda questões de controle e responsabilidade na operação de sistemas autônomos, enfatizando a *accountability* como uma

resposta jurídica promissora. Visa-se analisar os desafios éticos e jurídicos associados à responsabilidade civil no contexto de IA autônoma, considerando as novas diretrizes desta responsabilidade, com foco especial na *accountability*.

Tradicionalmente, a responsabilidade civil é centrada na ação humana e determinada pela extensão do dano, conforme o artigo 944 do Código Civil. No entanto, a autonomia e complexidade dos sistemas inteligentes exigem uma reavaliação desses conceitos, notadamente quanto aos limites do dano indenizável. Este estudo discutirá inicialmente os desafios associados ao uso da IA e a definição de responsabilidade civil, seguido por uma análise da *accountability* como resposta jurídica a esses novos desafios.

Nas considerações finais, será enfatizada a importância de fabricantes, programadores e usuários de sistemas de IA estarem cientes dos riscos e colaborarem para mitigá-los, garantindo que a IA seja utilizada de maneira segura e responsável para o benefício de todos. A análise será baseada na revisão bibliográfica de estudos empíricos sobre o uso de inteligência artificial e responsabilidade civil, com ênfase na *accountability*.

1. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO EMPREGO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL.

Algoritmos, impulsionados por tecnologias de IA, como aprendizado de máquina e aprendizado profundo, têm a capacidade única de identificar padrões de comportamento online. Esse fenômeno possibilita a compreensão de comportamentos, desejos e necessidades, facilitando a personalização de produtos, serviços e experiências (Chaves, 2017). No contexto legal, a inteligência artificial é frequentemente vista como uma ferramenta (*AI-as-tool*), um instrumento criado e gerenciado por seres humanos. No entanto, sua influência transcende os limites jurídicos, adentrando as complexas interações do comportamento humano na era digital.

Um sistema de inteligência artificial (IA) é uma entidade baseada em computador que, para fins claramente definidos ou não, processa dados recebidos para gerar outputs como previsões, conteúdos, recomendações ou decisões. Esses resultados têm o potencial de impactar ambientes tanto físicos quanto digitais. Os sistemas de IA diferem em seus graus de autonomia e capacidade de adaptação após serem implementados. Esta definição foi debatida em meados de outubro de 2023 durante as reuniões do Comitê de Política da Economia Digital e do Grupo de Trabalho sobre Governança da Inteligência Artificial da OCDE.

O uso crescente da inteligência não natural abrange uma ampla gama de aplicações, desde assistentes virtuais em dispositivos móveis até sistemas robóticos cirúrgicos e

veículos autônomos. Contudo, essa expansão da IA também suscita questões significativas relacionadas à responsabilidade civil, especialmente quando se trata de danos ou prejuízos decorrentes de falhas no funcionamento desses sistemas inteligentes. No campo da saúde, sistemas de diagnóstico baseados em IA podem incorrer em erros que resultam em tratamentos inadequados ou prejudiciais. Além disso, a utilização de IA em decisões de crédito e contratação pode levar a discriminações injustas baseadas em algoritmos, afetando negativamente a vida das pessoas.

À medida que exploramos o que seja a IA e como as teorias éticas podem ser relevantes para entender o impacto da IA nos direitos fundamentais, é necessário perceber o desenvolvimento prático desses sistemas inteligentes de maneira que estejam alinhados com os valores humanos e possam garantir confiança e aceitação social (Dignum, 2019).

A IA tem um enorme potencial para trazer precisão, eficiência, economia de custos e rapidez a uma ampla variedade de atividades humanas e fornecer *insights* inteiramente novos sobre comportamento e cognição (Dignum, 2019).

No entanto, a forma como a IA é desenvolvida e implementada determina em grande parte como ela impactará nossas vidas e sociedades. Por exemplo, sistemas de classificação automatizados podem fornecer resultados preconceituosos e, portanto, levantar questões sobre privacidade e viés. Além disso, a autonomia de veículos autônomos suscita preocupações sobre segurança e responsabilidade.

O impacto da IA não se limita apenas às direções de pesquisa e desenvolvimento da IA, mas também à forma como esses sistemas são introduzidos na sociedade. Há também um debate sobre como a utilização das inteligências não naturais influenciará o trabalho, o bem-estar, as interações sociais, saúde, a distribuição de renda e outras áreas de relevância social. Lidar com essas questões requer que as implicações éticas, legais, sociais e econômicas sejam levadas em consideração (Dignum, 2019).

De acordo com as pesquisas conduzidas pelo autor Rafael Viola, os novos riscos apresentam cinco características principais: (i) abrangência transfronteiriça, uma vez que esses riscos ultrapassam fronteiras setoriais, sociais, nacionais e culturais, podendo originar-se em um país ou setor específico e depois se espalhar para outras áreas e setores; (ii) efeitos globalizantes, pois esses riscos tendem a afetar a todos e, frequentemente, resultam em danos irreversíveis; (iii) poder penetrante ampliado, pois esses riscos têm a capacidade de penetrar e transformar significativamente sistemas sociais e culturais, alterando o comportamento social, como no caso dos organismos geneticamente modificados na agricultura; (iv) natureza incalculável, devido à falta de fronteiras e às complexas consequências globais associadas à tomada de riscos, levando a inadequações e imprecisões nos instrumentos e ferramentas para avaliar esses riscos, tornando difícil

até mesmo para as seguradoras calcular prêmios proporcionais aos riscos envolvidos; e (v) ausência de responsabilização (accountability), uma vez que as potenciais vítimas desses riscos têm sido sobrecarregadas sem seu consentimento, sem que qualquer pessoa ou instituição seja por isso responsabilizada (Viola, 2022, p. 23-24).

Nesse sentido, os autores Melo e Cardoso oferecem uma análise detalhada da proposta europeia relacionada à atribuição de personalidade civil aos sistemas de inteligência artificial. Os autores examinam como a crescente integração de sistemas de IA em diversas esferas da sociedade levanta questões cruciais sobre responsabilidade civil. Eles destacam a necessidade de adaptar os sistemas jurídicos para lidar com os desafios impostos pela IA, especialmente em casos de danos causados por esses sistemas (Melo, Cardoso, 2022).

A proposta europeia em análise busca abordar essas questões, oferecendo um enquadramento legal para atribuir personalidade civil aos sistemas de IA. Melo e Cardoso exploram os principais aspectos dessa proposta, examinando suas implicações jurídicas e seus possíveis impactos na prática. Os autores também discutem as vantagens e desvantagens de atribuir personalidade jurídica aos sistemas de IA, considerando questões como responsabilidade, autonomia e accountability. Eles avaliam, ainda, a viabilidade e a coerência dessa proposta dentro do contexto jurídico europeu e internacional. Por meio de uma análise crítica e fundamentada, Melo e Cardoso oferecem insights valiosos sobre os desafios legais relacionados à IA e propõem reflexões importantes para o desenvolvimento de políticas e regulamentações eficazes nesse campo em constante evolução.

Por outro lado, o autor Henrique Sousa Antunes argumenta que a nova realidade tecnológica demanda a implementação de regimes jurídicos que se baseiem em modelos econômicos de causalidade. Nesse contexto, ele destaca a importância de adotar medidas que facilitem a inversão do ônus da prova, responsabilidade solidária e presunções de causalidade. Essas medidas seriam essenciais para lidar com os desafios impostos pela IA e garantir que os sistemas jurídicos estejam adequadamente preparados para enfrentar as complexidades decorrentes do uso cada vez mais generalizado da IA em diversas áreas da sociedade (Antunes, 2019).

Ao reconhecer a necessidade de adaptação dos modelos jurídicos existentes para acompanhar os avanços tecnológicos, Antunes destaca a importância de uma abordagem proativa na formulação de políticas e regulamentações que garantam uma distribuição equitativa de responsabilidades e proteção para todos os envolvidos no uso e desenvolvimento de sistemas de IA. Assim, sua análise enfatiza a importância de um enquadramento legal sólido e flexível para enfrentar os desafios emergentes relacionados aos entes inteligentes e à responsabilidade civil (Antunes, 2019).

A responsabilidade civil na área de IA pode ser dividida em duas categorias: responsabilidade por defeito do produto e responsabilidade por culpa. A responsabilidade por defeito do produto refere-se a casos em que um produto (no caso, um sistema de IA) é fabricado de forma defeituosa ou com falhas de programação, resultando em prejuízos ao consumidor. Nesses casos, o fabricante do sistema de IA pode ser considerado responsável pelos danos causados (Pires; Silva, 2017).

Já a responsabilidade por culpa refere-se a casos em que o desenvolvedor ou operador do sistema de IA agiu de forma negligente, imprudente ou sem observância dos preceitos legais ao utilizar o sistema, resultando em danos a terceiros. Por exemplo, se um sistema de IA for utilizado de forma inadequada, ou se as informações de treinamento do sistema forem insuficientes ou imprecisas, o proprietário ou operador do sistema pode ser considerado responsável pelos danos causados.

Partindo dessas premissas, será que o sistema atual de responsabilidade civil é suficientemente flexível para lidar de maneira eficaz com os novos dilemas que surgem da interação entre seres humanos e inteligência artificial?

Enquanto a tecnologia traz benefícios claros, também traz consigo uma série de questões que são especialmente relevantes no contexto jurídico, pois os sistemas de inteligência artificial frequentemente deixam rastros sobre o processo de tomada de decisões. Portanto, os desenvolvedores de IA devem considerar a explicabilidade (*answerability*) como uma preocupação fundamental desde as fases iniciais do desenvolvimento (Barbosa, 2019).

A dificuldade em implementar a explicabilidade em sistemas complexos reside na natureza dos algoritmos de aprendizado profundo, que são intrinsecamente opacos e multicamadas, tornando desafiador identificar a contribuição exata de cada entrada para a decisão final. Esta complexidade impõe limitações significativas à capacidade de explicar e justificar as ações dos sistemas inteligentes de forma que seja satisfatória e compreensível para os humanos envolvidos (Shademan et al., 2016).

A questão da responsabilidade civil em relação aos sistemas inteligentes é ainda mais complexa em casos de sistemas otimizados pelos modelos de *machine learning* e *deep learning*, que operam sem intervenção humana direta. Nesses casos, é preciso determinar quem é o responsável pelos danos causados pelo sistema de IA - o fabricante, o proprietário ou o próprio sistema?

Para enfrentar essas questões, muitos países têm adotado leis e regulamentações específicas para a utilização de sistemas de IA, com o objetivo de proteger os direitos dos consumidores e minimizar os riscos de danos ou prejuízos. Algumas dessas leis e regu-

lamentações estabelecem diretrizes para a fabricação, uso e manutenção de máquinas inteligentes, bem como requisitos para monitoramento e responsabilidade.

Portanto, a responsabilidade por danos causados por sistemas de IA é uma questão importante e complexa que ainda está sendo debatida nos meios jurídicos e éticos. Em geral, a responsabilidade por danos relacionados à IA pode ser atribuída a vários atores, incluindo: fabricantes, proprietários e operadores; poder estatal; e usuários finais.

Os criadores e fabricantes de sistemas de IA podem ser responsabilizados por quaisquer danos causados por um defeito no projeto ou no processo de fabricação da IA. Já os proprietários e operadores podem ser responsabilizados pelos danos, principalmente se estiverem cientes dos riscos associados ao seu uso e não tomarem medidas razoáveis para mitigar esses riscos (Rosenvald; Braga Netto, 2024).

Os governos, por sua vez, têm o papel de regular o desenvolvimento e o uso das máquinas inteligentes para garantir que não causem danos a indivíduos ou à sociedade. Se um governo não regular os sistemas de IA de forma a proteger os cidadãos, poderá sofrer a obrigação de indenizar por eventual dano. A dificuldade técnica de compreensão dos algoritmos, é, portanto, um imenso obstáculo às tentativas de controle, sendo essencial exigir do Estado e das empresas a transparência dos algoritmos e seus elementos, a fim de garantirmos um grau de confiança digital do cidadão de que esses serviços tecnológicos são seguros, confiáveis, e adequados à legislação (Rosenvald; Braga Netto, 2024).

Nesse sentido, os usuários finais de sistemas de IA também podem ter o ônus de ressarir danos causados pelo uso desses sistemas, especialmente se eles sabiam ou deveriam saber que tal tecnologia estava sendo usada de forma inadequada.

Dada a importância do tema, aborda-se no seguinte ponto uma breve análise sobre o conceito de responsabilidade civil.

1.1 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O progresso da tecnologia e da internet apresentou novos desafios para a responsabilidade civil. Para argumentar sobre a responsabilidade civil em relação às ações realizadas por inteligência artificial, Mafalda Miranda Barbosa parte do pressuposto de que:

A responsabilidade extracontratual fundada na culpa mostra-se a este nível insuficiente. Se há muitos casos em que pode existir culpa (pense-se, por exemplo, nas hipóteses de não realização das atualizações do software; ou de situações de quebra de deveres de cuidado que permitem que terceiros – hackers – interfiram com o sistema, a determinar

problemas mais ou menos complexos, mas interessantes de imputação), noutros o juízo de censura estará ausente. É claro que a este nível podem auxiliar-nos as presunções de culpa do artigo 493º CC, quer no tocante à detenção de coisa móvel ou imóvel, quer no tocante à perigosidade da atividade, em função da natureza do meio utilizado (o robot). Mas a presunção poderá ser ilidida sempre que o vigilante da coisa provar que não houve culpa da sua parte, que os danos se teriam igualmente produzido se não houvesse culpa sua ou que, no caso do nº 2, empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir os danos. E tal pode, de facto, ocorrer se, a despeito de todos os cuidados tidos pelo utilizador do ente dotado de inteligência artificial o dano resultar da sua atuação normal – autónoma –, tornando-se, por isso, fundamental chamar à colação algumas hipóteses de responsabilidade pelo risco (Barbosa, 2019, p. 2-3).

Nas sociedades tradicionais, a responsabilidade civil é baseada em princípios estabelecidos, com a causalidade sendo um fator central. A responsabilização por danos requer a comprovação de uma relação direta de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano resultante. A interpretação do conceito de responsabilidade civil pode diferir em termos de compensação, punição ou prevenção, dependendo do contexto temporal e geográfico (Rosenvald; Braga Netto, 2024).

Maria Helena Diniz (2015, p. 34) discorre que:

"A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva)."

João Quinelato de Queiroz (2020) levanta uma questão importante sobre a aplicação do conceito de culpa nos sistemas dotados de inteligência artificial (IA). Ele observa que, assim como no contexto do processo de industrialização, onde o regime de responsabilidade civil baseado na culpa se mostrava insuficiente diante da complexidade probatória, nos sistemas de IA, esse regime subjetivo é desafiado mais uma vez.

Queiroz destaca que para o usuário comum de sistemas de IA, pode ser impossível produzir evidências da culpa do responsável, seja o desenvolvedor do sistema ou o fabricante do produto. Isso reaviva uma discussão antiga e ao mesmo tempo atual sobre a culpa como uma prova quase impossível de ser demonstrada, reforçando a ideia de que, em alguns casos, a culpa pode ser considerada uma prova diabólica (Queiroz, 2020).

Essa reflexão de Queiroz ressalta a necessidade de repensar os paradigmas tradicionais de responsabilidade civil diante dos desafios apresentados pela IA. Em um cenário em que a atribuição de culpa se torna cada vez mais complexa e nebulosa, é fun-

damental explorar novos modelos de responsabilização que possam garantir uma distribuição justa de ônus e proteção para todas as partes envolvidas no desenvolvimento, implementação e uso de sistemas de IA (Queiroz, 2020).

1.2. CONCEITO DA ACCOUNTABILITY

A *accountability* se refere à prestação de contas e responsabilidade pelos resultados de ações ou decisões. A *accountability*, ou responsabilização, emerge como um princípio central na governança contemporânea, especialmente no contexto da proteção de dados pessoais e da privacidade. De acordo com Robl Filho (2013, p. 30), na *accountability* existe a necessidade premente de uma pessoa física ou jurídica que tenha recebido uma atribuição ou delegação de poder, fornecer informações e justificações. Ele ressalta que há uma gama de meios políticos, jurídicos e sociais disponíveis para sancionar essa conduta (Robl, 2013).

Assim, o termo *accountability* é de suma importância nos domínios da governança, administração pública, negócios e responsabilidade social. Ele denota a obrigação e responsabilidade de pessoas, organizações ou instituições prestarem contas por suas ações, decisões e pela gestão dos recursos confiados a eles. Em essência, *accountability* representa o princípio essencial de transparência, responsabilidade e prestação de contas (Dignum, 2019).

A prestação de contas vertical eleitoral é caracterizada pela avaliação da população através do voto de seus representantes, enquanto a *accountability* vertical social envolve a responsabilização proveniente da imprensa e de organizações da sociedade civil, que expõem publicamente as ações dos agentes estatais, sejam eles eleitos ou não (Robl, 2013).

Por sua vez, o *accountability* horizontal ocorre entre os diferentes poderes, exigindo que os agentes prestem informações e justifiquem suas decisões perante outros agentes estatais. No que diz respeito ao *accountability* judicial, ele se desdobra em três subtipos: o decisional, que diz respeito às informações e justificativas dos magistrados para embasar suas decisões judiciais, o comportamental, que aborda o zelo institucional que os magistrados devem manter, e o institucional, relacionado às ações institucionais que, embora não sejam estritamente judiciais, são componentes essenciais na formação da entidade, incluindo administração, orçamento e relações com os outros poderes (Robl, 2013).

Robl Filho (2013, p. 43) argumenta que a independência do poder não pode ser usada para criar um poder ilimitado (*unnaccountable*), sendo necessário que os outros dois po-

deres, por meio de mecanismos institucionais, exerçam esse controle (*accountability*) (Robl, 2013). Assim, a *accountability* busca garantir que os agentes envolvidos em determinada atividade sejam responsabilizados por suas ações e decisões, especialmente em situações em que os danos são causados por sistemas autônomos ou algoritmos.

Em vez de se concentrar apenas na atribuição de culpa após a ocorrência de danos, a *accountability* enfatiza a transparência, responsabilidade e prestação de contas desde a concepção e desenvolvimento dessas tecnologias até sua implementação e uso na prática. Isso significa que todos os envolvidos no ciclo de vida de uma tecnologia, desde os desenvolvedores até os usuários finais, devem ser responsáveis por garantir que ela seja utilizada de forma ética e segura (Chopra, Singh, 2021).

Nesse sentido, a *accountability* pode envolver a implementação de mecanismos de governança, supervisão e controle para garantir a conformidade com os princípios éticos e legais, bem como a prestação de contas por parte dos desenvolvedores e usuários. Além disso, pode incluir a exigência de transparência na tomada de decisões algorítmicas e na operação de sistemas autônomos, permitindo que as partes afetadas entendam como e por que certas decisões foram tomadas.

Maria Celina Bodin de Moraes propõe uma estrutura para a adoção de medidas eficazes que demonstrem a conformidade com as regulamentações de proteção de dados pessoais, enfatizando a necessidade de eficácia nessas ações. Segundo ela, simplesmente evitar violar a lei não é mais adequado; é necessário agir proativamente para prevenir a ocorrência de danos (Moraes, 2019)

No entanto, apesar de seu potencial, a *accountability* enfrenta desafios significativos em sua implementação prática. Isso inclui questões sobre como definir e atribuir responsabilidades em contextos complexos de sistemas autônomos e IA, bem como a necessidade de desenvolver *frameworks* legais e regulatórios adequados para lidar com essas questões de forma eficaz.

2. A ACCOUNTABILITY COMO RESPOSTA JURÍDICA AOS NOVOS DESAFIOS

O conceito de *accountability* não se restringe apenas às organizações privadas, mas também se aplica a entidades governamentais e outras instituições que lidam com dados pessoais. Em um ambiente cada vez mais digital e interconectado, a proteção da privacidade dos cidadãos é uma preocupação fundamental, e a *accountability* desempenha um papel relevante nesse processo.

A interseção entre a rápida evolução tecnológica e a responsabilidade civil tem gerado debates sobre como os institutos tradicionais desse ramo do Direito precisam se adap-

tar para lidar com os novos tipos de danos decorrentes do uso dessas tecnologias.

Por um lado, a responsabilidade pelo erro pode recair sobre os desenvolvedores, engenheiros e fabricantes da máquina, que podem ser considerados responsáveis por permitir que a máquina fosse colocada em operação, mesmo com o risco de erros. Por outro lado, a própria máquina não tem livre arbítrio e não pode ser responsabilizada moralmente pelo seu comportamento.

Essa situação coloca em questão a responsabilidade ética pela ação da máquina. A solução para esse paradoxo pode envolver a atribuição de responsabilidades compartilhadas entre os desenvolvedores e a máquina em si, bem como a implementação de sistemas de segurança e mecanismos de imputação que possam minimizar o risco de erros e maximizar a segurança do usuário. Além disso, pode ser necessário repensar as leis e regulamentações em relação aos sistemas autônomos para lidar com esses novos desafios éticos (Silva, 2021).

Existem vários argumentos para enfrentar os problemas da responsabilidade civil e inteligência artificial. Alguns deles incluem: aumento da transparência e responsabilização, pois é fundamental que haja transparência no desenvolvimento e funcionamento dos sistemas de IA, para que as pessoas possam entender como eles funcionam e quais os riscos envolvidos. Além disso, deve haver mecanismos claros de responsabilização para as empresas e desenvolvedores em caso de erros ou danos causados por esses sistemas inteligentes (Silva, 2021).

Assim, a *accountability* é particularmente relevante para fabricantes e desenvolvedores de sistemas de cirurgia robótica, onde se espera o cumprimento rigoroso das normativas vigentes para mitigar riscos e garantir segurança. A legislação brasileira, em comparação com o direito comunitário europeu, opera sob uma presunção relativa de defeito do produto, facilitando o processo para o consumidor em casos de danos.

Nesse contexto, surge novamente a importância da ponderação, pois é necessário equilibrar os diferentes interesses jurídicos envolvidos. O conflito a ser ponderado surge da necessidade de conciliar a solidariedade social, que sustenta a teoria do risco e o direito de reparação das vítimas, com o dever do Estado de promover e incentivar o desenvolvimento tecnológico. Isso implica que a responsabilização deve seguir parâmetros seguros e razoáveis, a fim de evitar a criação de uma concentração excessiva de responsabilidade que poderia prejudicar o desenvolvimento das empresas (Silva, 2021).

A questão da responsabilização proativa está relacionada à governança de dados, que pode ocorrer de forma antecipada (*ex ante*) ou após o evento danoso (*ex post*). Dessa

forma, alguns aspectos importantes relacionados à *accountability* incluem a transparência, responsabilização social e ética, gestão de recursos e supervisão e fiscalização.

A transparência refere-se à prestação de contas que exige a divulgação aberta e honesta das informações pertinentes às ações e decisões tomadas. Isso inclui fornecer informações detalhadas sobre o uso de recursos, políticas, práticas e resultados, bem como identificar quem é responsável pela supervisão das máquinas e como as decisões delas podem ser monitoradas e auditadas.

Quanto à responsabilização, ela se relaciona às pessoas ou entidades que são responsáveis por suas ações e devem ser responsabilizadas por quaisquer violações de normas, leis ou regulamentos. Assim, quando as ações ou decisões têm consequências negativas, aqueles que são responsáveis devem enfrentar as consequências e tomar medidas corretivas, se necessário.

Nesse tipo de *accountability*, também está implícita a responsabilidade social e ética de agir de maneira que beneficie a sociedade e minimize impactos negativos. Isso pode incluir a consideração dos interesses das partes interessadas, além do cumprimento de regulamentos e padrões éticos.

Em muitos casos, a *accountability* é reforçada por órgãos de supervisão, reguladores ou sistemas de verificação independentes que monitoram e avaliam as atividades das partes responsáveis. Maria Celina Bodin de Moraes, em sua análise sobre essa questão, destaca a importância de adotar medidas eficazes para garantir a conformidade com as regulamentações pertinentes.

A proposta de Moraes consiste em estabelecer uma estrutura que não apenas evite violações das leis de proteção de dados, mas que também seja proativa na prevenção de danos. Isso implica que as organizações não se limitem a agir em conformidade com as regulamentações existentes, mas que também assumam a responsabilidade de antecipar possíveis problemas e implementar medidas preventivas.

Essa abordagem proativa para a *accountability* reflete uma mudança significativa na mentalidade empresarial e governamental. Não se trata apenas de cumprir as normas estabelecidas, mas sim de assumir a responsabilidade pelo impacto das atividades e decisões sobre os dados pessoais dos indivíduos. Nesse sentido, a *accountability* transcende a mera prestação de contas após a ocorrência de problemas; ela se manifesta na adoção de práticas e políticas que visam evitar danos antes mesmo que ocorram.

É importante observar que a responsabilidade por danos relacionados às máquinas inteligentes provavelmente variará dependendo das circunstâncias específicas de

cada caso e será determinada com base nas leis e regulamentos existentes. Em alguns casos, várias partes podem ser responsabilizadas pelos mesmos danos.

A responsabilidade social e moral refere-se ao compromisso de cada indivíduo em agir de maneira ética e responsável em relação aos outros membros da sociedade. Isso implica que cada pessoa deve entender as consequências de suas ações e assumir a responsabilidade por elas, visando reduzir o impacto negativo sobre os demais.

Portanto, ao discutirmos culpa, estamos considerando que o indivíduo tinha a capacidade de agir de maneira consciente e responsável, mas, por algum motivo, falhou em fazê-lo. Essa falha pode ser atribuída a diversos fatores, como falta de informação, descuido, imprudência ou até mesmo má-fé. Por exemplo, a falta de atualização de software, falhas na concepção ou programação de um produto e deficiências na informação sobre seu conteúdo e uso.

Em suma, a culpa está relacionada à responsabilidade social e moral, pois sua atribuição depende do dever de cada pessoa agir de maneira ética e responsável em relação à sociedade. A combinação de explicabilidade e *accountability* cria um arcabouço robusto para estabelecer a culpa e o dever de indenizar danos resultantes de sistemas inteligentes autônomos. Em litígios, acessar e compreender as decisões, bem como as ações correspondentes dos algoritmos de IA por meio da explicabilidade são fundamentais para estabelecer a responsabilidade. Quando esse dever é negligenciado ou violado, a culpa pode ser atribuída e a obrigação de indenizar pode ser exigida.

De qualquer forma, é importante que todas as partes envolvidas com sistemas de IA estejam cientes dos riscos potenciais e tomem medidas para mitigá-los, a fim de prevenir ou minimizar a probabilidade dos prejuízos ocasionados por meio da *accountability*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização da tecnologia para execução de tarefas atualmente é constante. Sistemas artificiais inteligentes são capazes de aprender com suas próprias experiências e agir de forma autônoma, na medida que criam um enorme banco de dados. Em tempos atuais, é comum a utilização de IA em diversas áreas científicas que buscam celeridade, eficiência e efetividade em suas tarefas cotidianas.

No entanto, a questão da responsabilidade civil em relação à IA ainda está em evolução e muitos desafios e incertezas permanecem. É importante que fabricantes, operadores e usuários de sistemas de IA estejam conscientes dos riscos e trabalhem juntos para minimizar esses riscos, assim como seja estabelecido padrões éticos e legais, garantindo que a IA seja usada de forma segura e responsável em benefício de todos.

No âmago dessa discussão, encontra-se a figura complexa do fabricante, um grupo heterogêneo que abrange desde o desenvolvedor de IA até o atualizador do sistema. A responsabilidade civil nesse contexto torna-se uma questão tormentosa, pois a definição precisa de quem integraria esse polo e poderia ser responsabilizado permanece desafiadora, carecendo de um arcabouço jurídico robusto.

A problemática se acentua diante do comportamento emergente dos robôs de IA, que, ao adquirirem autonomia por meio do deep learning, podem desempenhar ações imprevisíveis. Surge a indagação sobre se a atuação das máquinas inteligentes seria capaz de romper o nexo causal entre a conduta do programador, do operador ou do usuário, e o dano eventualmente ocorrido. O gap entre a criação e programação da IA e seu desenvolvimento autônomo cria uma lacuna que dificulta a antecipação dos comportamentos das máquinas por parte do criador.

No contexto brasileiro, a responsabilidade civil decorrente de danos causados por robôs assume contornos desafiadores, especialmente devido à complexidade de se comprovar o elemento subjetivo do fabricante ou do programador no processo decisório de um sistema inteligente autônomo. A questão ganha relevância diante da inevitabilidade do avanço tecnológico e do papel crescente da IA em diversas esferas da sociedade.

A proposta de adoção de regimes baseados em modelos econômicos de causalidade, conforme sugerido por Henrique Sousa Antunes, bem como a responsabilização pela *accountability* surge como uma possível solução. A inversão de ônus da prova, a responsabilidade solidária e presunções de causalidade tornam-se ferramentas que podem auxiliar na atribuição de responsabilidades diante de danos causados por IA. Essas medidas visam a adequar o sistema jurídico à nova realidade tecnológica, proporcionando um ambiente mais justo e eficaz na responsabilização dos envolvidos.

Este exame reflete o desafio de abordar a responsabilidade civil com uma visão contemporânea, reconhecendo as peculiaridades trazidas pelas inovações tecnológicas e ajustando o quadro normativo para melhor atender às exigências da sociedade moderna. Ao fazer isso, a legislação não apenas protege os consumidores e usuários, mas também incentiva os desenvolvedores e fabricantes a manterem altos padrões de segurança e eficácia em suas operações e produtos.

De modo geral, responsabilizar civilmente por danos causados por algoritmos demanda uma abordagem abrangente e cooperativa, que engloba não apenas a indústria privada, mas também o governo e os cidadãos afetados pelos prejuízos decorrentes do uso da inteligência artificial. Desta maneira, sugere-se que a certificação da legalidade de um sistema de IA possa se beneficiar de noções formais e computacionalmente implementáveis de responsabilidade, culpa, *accountability* (prestação de

contas) e responsabilidade civil, destacando a necessidade de representação e raciocínio sobre reparação tanto prospectivamente (para danos futuros) quanto retrospectivamente (para falhas que já ocorreram).

REFERÊNCIAS

A. K. CHOPRA and M. P. SINGH, "Accountability as a Foundation for Requirements in Sociotechnical Systems," in IEEE **Internet Computing**, vol. 25, no. 6, pp. 33-41, 1 Nov.-Dec. 2021, doi: 10.1109/MIC.2021.3106835. keywords: {Authorization;Social factors; Sociotechnical systems;Ethics;Internet;Sociotechnical systems.

ANTUNES, Henrique Sousa. Inteligência Artificial e responsabilidade civil: enquadramento. **Revista de Direito da Responsabilidade**. Coimbra, ano 1, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 29º ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

BALLEL, Teresa Rodríguez de Las Heras. La inteligencia artificial en clave jurídica: Propuesta de conceptualización y esbozo de los retos regulatorios. Una mirada Europea. In: **Revista de Ciencia de la Legislación**, Buenos Aires, n. 8, outubro de 2020.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 20, Out/Dez. 2004, p. 53-94.

CHARISI, Vasiliki; COMPANO, Ramon; DUCH BROWN, Nestor; GOMEZ GUTIERREZ, Emilia; KLENERT, David; LUTZ Michael; MARSCHINSKI, Robert; TORRECILLA SALINAS, Carlos. **What future for european robotics?** A science for policy perspective, JRC Virtual Conference, 2021. Disponível em: <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC125343/what-future-for-european-robotics.pdf>. Acesso em: 28 de jan de 2024.

FALEIROS Júnior JLM (2021) **Discriminação por algoritmos de Inteligência Artificial: a responsabilidade civil, os vieses e o exemplo das tecnologias baseadas em luminância**. In: Barbosa MM, Braga-Netto F, Silva MC, Faleiros Júnior JLM (eds) Direito digital e inteligência artificial. Foco, Indaiatuba, pp 969-1000.

GE Xueting. Research on artificial intelligence tort liability. **The Frontiers of Society, Science and Technology** (2022) Vol. 4, Issue 9: 21-25. <https://doi.org/10.25236/FSST.2022.040905>.

JAMJOOM, A.A.B., Jamjoom, A.M.A. & Marcus, H.J. Exploring public opinion about

liability and responsibility in surgical robotics. **Nat Mach Intell** 2, 194-196 (2020). <https://doi.org/10.1038/s42256-020-0169-2>.

LEHMANN, J., Breuker, J. & Brouwer, B. Causation in AI and Law. *Artif Intell Law* 12, 279-315 (2004). <https://doi.org/10.1007/s10506-005-4157-y>.

LOPES, Thatiane Cristina Fontão Pires e SILVA, Rafael Peteffi da. **A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial**. Disponível em < 4951-22025-7-PB.pdf > Acesso em 28 jan 2024.

MELO, Bricio Luis da Anunciação; CARDOSO, Henrique Ribeiro. Sistemas de inteligência artificial e responsabilidade civil: uma análise da proposta europeia acerca da atribuição de personalidade civil. **Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte**, ano 16, p. 89-114, out.2022).

MORAES, Maria Celina Bodin de. LGPD: um novo regime de responsabilização dito "proativo". **Civilística**. A. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/lgpd-um-novo-regime-de-responsabilizacao-civil-ditoproativo/>. Acesso em: 25 jan 2024.

O'SULLIVAN S, Nevejans N, Allen C, et al.: Legal, regulatory, and ethical frameworks for development of standards in artificial intelligence (AI) and autonomous robotic surgery. *Int J Med Robot*. 2019, 15:e1968. 10.1002/rcs.1968.

PASQUALE, Frank. **When Medical robots fail: Malpractice principles for an era of automation**. Disponível em: <https://www.brookings.edu/articles/when-medical-robots-fail-malpractice-principles-for-an-era-of-automation/>) 2020.

QUEIROZ, João Quintelato de. **Responsabilidade Civil no Uso da Inteligência Artificial: imputação, culpa e risco**. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *O Direito Civil na Era da Inteligência Artificial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 585-608, 2020.

ROSENVALD, N. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/> 48. Acesso em 21 jan 2024.

ROSENVALD, N.; BRAGA NETTO. **Responsabilidade Civil**: teoria geral. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024. 1.264 p.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Conselho Nacional de Justiça**: Estado Democrático de Direito e accountability. São Paulo: Saraiva, 2013. 278 p.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Responsabilidade Civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**/ Regina Beatriz Tavares da Silva, Manoel J. Pereira dos Santos, coordenadores.— (Série GVlaw) Vários autores.CDU-34:336.2(81) 2. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, G.; DA GUIA SILVA, R. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 21, n. 03, p. 61, 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/465>. Acesso em: 26 jan. 2024.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. **Inteligência Artificial e elementos da responsabilidade civil**. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.).Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade. Editora Revista dos Tribunais, 2019.

TERRON, Letícia Sangaletto; OLIVEIRA, Lourival José. **O papel da tecnologia na construção do Estado Democrático de Direito**. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 16, n. 1, p. 243-260, 2021. DOI:<https://doi.org/10.46560/meritum.v16i1.7870>.

TURING, Alan. **Computing machinery and intelligence**. Mind. V. 59, p. 433-460, 1950.

TURNER, Jacob. **Robot Rules: Regulating Artificial Intelligence**. GF Books, Inc. 2018. 377 p.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CULTURA CONSTITUCIONAL DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS: A TEORIA DAS POSSIBILIDADES COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS CONSTITUCIONAIS

FREEDOM OF EXPRESSION IN THE CONSTITUTIONAL CULTURE OF BRAZIL AND THE UNITED STATES: THE THEORY OF POSSIBILITIES AS A MECHANISM FOR RESOLVING CONSTITUTIONAL CONFLICTS

AUTORES

Alisson Alessandro Possa
Rebeca Azevedo da Silva

RESUMO

Os recentes embates entre o Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal do Brasil e o bilionário estadunidense Elon Musk sobre a liberdade de expressão dos usuários brasileiros na plataforma X suscitam uma análise acerca da diferente construção jurisprudencial desse direito fundamental em duas culturas constitucionais distintas. O artigo realiza uma análise dos contornos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

sobre a liberdade de expressão. Considerando a teoria do Constitucionalismo Cultural, o pensamento das possibilidades surge como uma proposta de abordagem hermenêutica para o debate acerca da regulação de plataformas digitais.

Palavras-chave: Regulação de plataformas; Liberdade de Expressão; Constitucionalismo Cultural.

ABSTRACT

The recent clashes between Minister Alexandre de Moraes of the Brazilian Supreme Federal Court and the American billionaire Elon Musk regarding the freedom of expression of Brazilian users on the X platform prompt an analysis of the different jurisprudential construction of this fundamental right in two distinct constitutional cultures. The article conducts an analysis of the contours of the jurisprudence of the Brazilian Supreme Federal Court and the Supreme Court of the United States of America regarding freedom of expression. Considering the theory of Cultural Constitutionalism, the thought of possibilities emerges as a proposal for a hermeneutic approach to the debate on the regulation of digital platforms.

Keywords: Platform Regulation; Freedom of Expression; Cultural Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

Os possíveis conflitos entre diferentes culturas constitucionais como consequência da massificação do uso da internet tiveram seu primeiro grande caso no início dos anos 2000, logo na primeira onda de uso comercial: o embate entre a empresa americana Yahoo! e a associação *Ligue contre le racisme et l'antisémitisme e a Union des étudiants juifs de France*.

Em novembro de 2000, o Tribunal da Grande Instance de Paris emitiu uma ordem judicial exigindo que a referida empresa Yahoo! adotasse todas as medidas possíveis para dissuadir e impedir o acesso na França a páginas da web hospedadas nos servidores baseados nos Estados Unidos (EUA) da Yahoo. Essas páginas realizavam leilões de objetos nazistas, que apresentavam simpatia nazista e que negavam o Holocausto. Algumas semanas depois, a Yahoo! solicitou a um tribunal federal distrital da Califórnia, nos Estados Unidos, que declarasse a sentença francesa inaplicável, argumentando que ela era ofensiva ao direito à liberdade de expressão previsto na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, solicitação que foi aceita¹.

¹ GREENBERG, Marc H. A return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo! Case and the regulation of online content in the world market. **Berkeley Tech. LJ**, v. 18, p. 1191, 2003.

O caso inaugurou várias discussões, desde o papel e os limites das jurisdições estatais em relação às plataformas digitais sediadas em outros países até o conflito entre diferentes valores constitucionais de países democráticos.²

Mais de vinte anos depois, o proprietário de uma plataforma digital global iniciou vários ataques contra decisões judiciais de um Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil que determinavam a remoção de conteúdos e perfis com ataques contra o Estado Democrático de Direito³. As alegações de cerceamento de liberdade de expressão por parte do empresário rapidamente repercutiram na Câmara dos Deputados dos Estados Unidos, levando uma Comissão a analisar uma possível violação do direito previsto na Primeira Emenda da Constituição do país.⁴

O presente artigo está inserido nesse contexto em que, apesar de não tratar de um tema novo nas discussões jurídicas sobre os efeitos das plataformas digitais, adquire contornos novos após os eventos de 8 de janeiro de 2023, que resultaram na depredação do Supremo Tribunal Federal, do Congresso Nacional e do Palácio do Planalto em Brasília.

Isso porque o papel das redes sociais na propagação de mensagens que podem ser consideradas protegidas na ordem constitucional de um país acabou por levar a danos concretos na estrutura democrática de outro, demandando uma análise acerca dessa possível relação de conflito entre diferentes valores constitucionais. Assim, a pergunta-problema que se coloca é: existe conflito entre as construções do direito à liberdade de expressão nos constitucionalismos dos Estados Unidos da América e do Brasil?

Para essa análise, primeiramente, será adotada uma premissa teórica do constitucionalismo cultural como ponto de partida na construção de diferentes valores constitucionais que influenciam as proteções, como a liberdade de expressão a determinam dos tipos de discursos.

Em seguida, serão avaliadas decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil e da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre liberdade de expressão para identificar como a evolução ocorreu nos diferentes países em relação a esse direito como um valor constitucional diante de culturas diversas.

² REIDENBERG, Joel R. Yahoo and Democracy on the Internet. *Jurimetrics*, v. 42, p. 261, 2001.

³ SCHREIBER, Mariana. 'Má fé': Alexandre de Moraes pode tirar rede social X do ar?. **BBC News**. 7 de abril de 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c06lk7k2j0ko>.

⁴ DEPUTADOS dos EUA divulgam decisões sigilosas do STF e apontam a remoção de 150 perfis na rede X de Elon Musk. **O Globo**, 18 de abril de 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/04/18/deputados-dos-eua-divulgam-decisoes-sigilosas-do-stf-e-aponta-a-remocao-de-150-perfis-na-rede-x-de-elon-musk.ghtml>.

Por fim, o último item, identificando pontos de tensão nessa construção cultural, analisa como a teoria do pensamento possibilista permite um caminho para a solução desses conflitos dentro da teoria do Estado Constitucional cultural.

1. CULTURA COMO ELEMENTO CONSTITUCIONAL PARA A DEFINIÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Ao abordarmos a liberdade de expressão, tratamos de uma das primeiras manifestações concretas do liberalismo filosófico e político, que buscava limitar o poder do soberano em relação aos cidadãos. Essa também é a gênese do constitucionalismo como criação cultural para Peter Habërle⁵, motivo pelo qual adotamos a sua concepção de cultura constitucional como ponto de partida teórica da presente análise.

Nesse sentido, a primeira geração de direitos fundamentais constitucionais, baseada na liberdade individual e cuja Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América foi pioneira, identifica a liberdade de expressão como um dos pilares de direitos necessários ao Estado Constitucional na concepção cultural da época⁶.

Assim, as Constituições, como resultados de processos culturais que se organizam ao longo do tempo para a transmissão às futuras gerações de seus conteúdos como instrumento para tentar evitar retrocessos⁷, são instrumentos de institucionalização da experiência adquirida, com abertura para permitir a incorporação das diferentes perspectivas sociais.

Dessa forma, segundo o professor alemão, as Constituições não são somente textos jurídicos, mas sim uma dimensão cultural que integra diversos valores:

La protección de los bienes culturales, las libertades culturales especiales, las cláusulas expresas sobre el “patrimonio cultural” y los artículos generales sobre el Estado de cultura no constituyen sino las manifestaciones particulares de la dimensión cultural gene-

⁵ HÄBERLE, Peter. Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo. **Direito Público**, v. 3, n. 13, 2006, p. 101-103.

⁶ The original text of the United States Constitution had no Bill of Rights. The Bill of Rights was adopted to make clear that the new national government was not constitutionally allowed to infringe the rights of the people. It is constituted by the first ten amendments to the Constitution (...) Free speech right is the guarantor of the other rights, permitting open political debate and challenges to government authority. ARAUJO, Luiz. Constitutional law around the globe: fundamental rights, the freedom of speech and hate speech in the United States. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 27, n. 2, p. 63-77, 2022, p. 66.

⁷ Es resultado y aportación de procesos culturales, del mismo modo como se transmite y es apropiado renovadamente el “patrimônio cultural” de los textos clásicos. Sin embargo, también plantea hacia el futuro la pretensión de que el nivel cultural alcanzado por el Estado constitucional ya no se pierda, sino que se conserve y que incluso se acreciente” HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad. Hector Fix Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 2.

ral de la Constitución.⁸ Cuando en su etapa evolutiva actual el Estado constitucional da efectividad, refina y desarrolla en forma especial su protección de los bienes culturales, lo hace, en suma, al servicio de su identidad cultural (HÄBERLE, 2003, p. 5).⁸

O desenvolvimento das diferentes sociedades acaba integrando diversos valores culturais ao nível constitucional, abrindo possibilidades para variantes nacionais de Estados constitucionais. Atualmente, esses Estados compartilham os seguintes elementos⁹ em comum: **1.** A dignidade humana, base antropológica e cultural do Estado constitucional, inspirada por Kant e implementada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, serve como fundamento primordial; **2.** A democracia pluralista surge como consequência organizacional desse fundamento, variando desde a forma puramente representativa da Alemanha até a forma semidireta da Suíça, que incorpora direitos democráticos específicos como a liberdade de manifestação, destacada após 1968; **3.** Os direitos fundamentais formam um conjunto diversificado e em constante evolução, desde a teoria dos status de G. Jellinek até as propostas mais recentes, incluindo várias dimensões como a individual, institucional, corporativa e voltada às funções estatais. **4.** A divisão de poderes possibilita inovações como a introdução de tribunais de contas e ombudsman, além de abordar o equilíbrio de poderes em contextos sociais, como entre empregador e empregado ou na mídia. **5.** A independência judicial assegura uma proteção jurídica eficaz, conforme estabelecido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, e a justiça constitucional, conceito desenvolvido por G. Jellinek e H. Kelsen e adotado nos EUA em 1803. **6.** O conceito de Estado de direito abrange todas as relações jurídicas, tanto horizontais quanto verticais, mantendo a referência ao Estado, conforme visto no modelo alemão de sucesso. **7.** O direito organizacional das constituições engloba a distribuição de competências, legislação, processos administrativos acessíveis aos cidadãos (liberdade de informação) e transparência administrativa.

Observa-se que o Estado Constitucional, como organização cultural das sociedades, precisou desenvolver instrumentos para lidar com as relações sociais cada vez mais complexas, ultrapassando a visão liberal clássica de limitações ao soberano.

Essas diferentes experiências, consolidadas em textos, teorias, jurisprudências e práticas, formam o que Häberle chama de "comunidade de produção e recepção para assuntos do Estado Constitucional"¹⁰, na qual diferentes países contribuem para o desenvolvimento aberto e plural dessa cultura em comum.

⁸ *Ibid.*, p. 5.

⁹ HÄBERLE, *op. cit.*, 2006, p. 102.

¹⁰ HÄBERLE, Peter. La Constitución como cultura. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 6, p. 177-198, 2002, p. 181.

Naturalmente, os meios de comunicação massificados do século XXI, especialmente as redes sociais e a internet, contribuem para esse intercâmbio de valores culturais. Além disso, é comum que diferentes concepções sobre as diversas formas de valorizar e o próprio conteúdo desses valores acabem entrando em conflito.

O próximo item pretende estabelecer um panorama sobre como as jurisprudências do Brasil e dos Estados Unidos desenvolveram a valoração cultural da liberdade de expressão e identificar possíveis pontos de tensão.

2. A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO - BRASIL E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O presente capítulo tem como objetivo analisar e discutir as nuances da liberdade de expressão à luz de decisões judiciais do Superior Tribunal Federal (STF) e da Suprema Corte dos Estados Unidos, no contexto político. Serão abordadas diversas situações envolvendo imunidade parlamentar, manifestações na internet e o bloqueio de perfis em redes sociais, com foco na interpretação jurídica e nos limites legais.

De início, conforme visto no tópico anterior, é importante ressaltar que a liberdade de expressão é um dos pilares fundamentais das democracias modernas, garantindo o direito dos cidadãos de expressarem suas opiniões e ideias sem censura prévia do Estado. No entanto, é crucial destacar que esse direito não é absoluto e encontra limites quando entra em conflito com outros direitos e interesses igualmente protegidos pela ordem jurídica.

Ao estudar o tema, é possível observar a complexidade da interpretação do conceito de liberdade de expressão nos cenários contemporâneos e em jurisdições diversas, como civil, administrativa, eleitoral e criminal. Além disso, notam-se enormes discrepâncias em relação à interpretação conferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

A título exemplificativo, estudaremos adiante diversas decisões judiciais proferidas pelo STF e pela Suprema Corte dos Estados Unidos, referentes ao conceito, à aplicação e aos limites da liberdade de expressão nos diversos contextos em que estamos inseridos.

2.1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL

No âmbito jornalístico, destaca-se a pioneira Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, a qual foi proposta em 2008 pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT em face da integralidade da Lei nº 5.250/67, conhecida como “Lei de Imprensa”. Em seu julgamento, em 2009,

após o voto do Ministro Relator julgando procedente a ação, no que foi acompanhado pela maioria dos membros da Corte, restou reconhecido ser a plena liberdade de imprensa, patrimônio imaterial, o mais eloquente atestado de evolução político-cultural do povo. A intervenção do Judiciário volta-se ao controle do abuso após o fato, podendo desaguar em indenização por dano material, moral e à imagem¹¹.

Em 2018, foi julgada a ADI 4451, ajuizada pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão - ABERT, em face do art. 45, incisos II e III, da Lei Federal nº 9.504/1997, conhecida como Lei das Eleições, que veda que emissoras de rádio e televisão, durante o período eleitoral, veiculem em sua programação normal: (a) "trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo" que tenha por objeto a pessoa de candidatos, partidos e coligações (art. 45, inciso II); e de forma mais ampla, veda (b) a difusão de "opinião favorável ou contrária" a candidatos, partidos e coligações.

No voto, o Relator explicitou sua sensibilidade em relação à questão da liberdade de expressão nos meios de comunicação social, especialmente no contexto do processo eleitoral, e destacou que o STF confere especial destaque aos preceitos constitucionais invocados na ação, como no julgamento da ADPF 130, no qual foi estabelecido que "a crítica jornalística, devido à sua relação inerente com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada".

No caso concreto, a legislação impugnada teria, em tese, pretendido proteger a honra e dignidade dos agentes políticos em disputa eleitoral. Portanto, ao analisar os dispositivos impugnados, o Relator, referenciando o julgamento da citada ADPF 130, compreendeu que "tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes"¹².

Posteriormente, em agosto de 2020, foi apreciado recurso de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, Agravo Regimental na Rcl 47212, ajuizada pelo Canal T L Produ-

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**, Relator (a): Carlos Britto. Julgado em 27.02.2008.

¹² São **inconstitucionais**, portanto, quaisquer leis ou atos normativos tendentes a constranger ou inibir a liberdade de expressão a partir de mecanismos de **censura prévia** (Smith vs. California, 361 U.S. 147, 1949; Speiser vs. Randall, 357 U.S. 513, 1958), como na presente hipótese, em que os dispositivos legais impugnados interferem prévia e diretamente na liberdade artística - ao pretender definir o formato e conteúdo da programação e restringir a própria criatividade, elemento componente da liberdade de expressão, estabelecendo a vedação, durante o período eleitoral, de "trucagem, montagem ou outro recurso de áudio e vídeo" que tenha por objeto a pessoa de candidatos, partidos ou coligações - e na LIBERDADE JORNALÍSTICA E DE OPINIÃO - ao pretender impedir a difusão de "opinião favorável ou contrária" a candidatos, partidos e coligações. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4451**. Relator: Alexandre de Moraes. Julgado em 21.06.2018.

ção de Vídeos e Cursos LTDA contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ/PR) que determinou a remoção de trecho de vídeo de debate jornalístico, postado em canal do *Youtube*, por conter conteúdo falso e ofensivo à honra de ex-autoridade pública.

Na oportunidade, a Corte reconheceu que os elementos constantes dos autos evidenciavam ausência de aderência entre a decisão atacada e o paradigma tido como descumprido (ADPF 130), eis que o confronto entre liberdade de expressão e o direito à honra de vítimas em razão da divulgação de notícias falsas injuriosas configura uma situação recente, que não foi sequer apreciada na ADPF 130¹³.

Já no julgamento do AgR na Rcl 59482, em agosto de 2023, de relatoria o Ministro Alexandre de Moraes, interposto por empresa jornalística contra a decisão que negou seguimento a reclamação ajuizada contra acórdão que determinou a remoção de matérias jornalísticas publicadas em plataformas digitais, a Corte Superior reconheceu a violação à autoridade do precedente formado na ADPF 130, tendo em vista que a matéria jornalística está amparada no que consta dos Boletins de Ocorrência lavrados em razão do evento e no que apurado em entrevista com vizinhos. Portanto, o STF vislumbrou a licitude dos meios empregados na obtenção das informações¹⁴.

Ainda em observância à autoridade da ADPF 130, em novembro de 2023, no julgamento da Rcl 63151 MC-Ref, de relatoria do Ministro Luiz Fux, ajuizada pela empresa jornalística *First Look Media* Brasil Agência de Notícias Ltda. (*Intercept* Brasil) por suposta ofensa à citada ADPF pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a Primeira Turma, por unanimidade, referendou a decisão monocrática do relator, no sentido de conceder a tutela provisória de urgência, a fim de que fossem suspensas as decisões proferidas nos autos do Processo n. 8120612-07.2023.8.05.0001, em curso perante o tribunal de origem, pelas quais foi determinada a retirada de conteúdo jornalístico veiculado no sítio eletrônico da reclamante.

Isso porque, segundo o entendimento do Eminent Relator, ciente da importância da liberdade de expressão, o STF posicionou-se de forma veemente em favor da sua proteção e contra a possibilidade de censura prévia por ocasião do julgamento da paradigmática ADPF 130. Nesse sentido, a posição foi contrária à censura prévia, favorecendo a liberdade de informação jornalística em casos de conflito com direitos da personalidade.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Reclamação nº 47212**. Relator: Roberto Barroso. Julgado em 20.09.2021.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Reclamação nº 59482**. Relator: Alexandre de Moraes. Julgado em 02.10.2023.

. Vejamos os seguintes trechos da ementa da referida Reclamação:

“REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO, INFORMAÇÃO E IMPRENSA. DECISÃO RECLAMADA QUE DETERMINOU A REMOÇÃO E SUPRESSÃO DE CONTEÚDO JORNALÍSTICO DO SITE “INTERCEPT BRASIL”. ALEGADA VIOLAÇÃO À AUTORIDADE DA DECISÃO DESTE STF NA ADPF 130. OCORRÊNCIA. LIVRE MERCADO DE IDEIAS QUE SE REVELA ESSENCIAL AO DESENVOLVIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA E À QUALIDADE DAS DECISÕES POLÍTICAS EM UM AMBIENTE DEMOCRÁTICO. TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DEVE SE DAR, COMO REGRA, A POSTERIORI. VEDAÇÃO À CENSURA PRÉVIA. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA AD REFERENDUM DA TURMA”. (Rcl 63151 MC-Ref, Relator: Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21-11-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 04-12-2023 PUBLIC 05-12-2023).

Mais recentemente, em acórdão publicado em março do presente ano (2024), ao apreciar o recurso extraordinário interposto pelo Diário de Pernambuco (RE 1.075.412) contra acórdão do STJ, sob o argumento de terem sido violados os artigos 5º, inciso IX, e 220 da Constituição Federal, bem como à liberdade de imprensa, o STF, por maioria, negou provimento ao RE e, por unanimidade, fixou a seguinte tese (Tema 995 da repercussão geral¹⁵):

“(…) **1.** A plena proteção constitucional à liberdade de imprensa é consagrada pelo binômio liberdade com responsabilidade, vedada qualquer espécie de censura prévia. Admite-se a possibilidade posterior de análise e responsabilização, inclusive com remoção de conteúdo, por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais. Isso porque os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas.

2. Na hipótese de publicação de entrevista em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se: (i) à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; e (ii) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios” (TEMA 995, STF, 2024, grifo nosso).¹⁶

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1075412**. Relator: Marco Aurélio. Julgado em 29.11.2023.

¹⁶ Foram opostos Embargos de Declaração contra o acórdão em referência, os quais se encontram pendentes de julgamento.

Assim sendo, é de se verificar que apesar de o STF efetivamente observar a plena liberdade de imprensa e ser contra a possibilidade de censura prévia, em consonância com o que restou decidido no julgamento da sempre citada ADPF 130, com o passar dos anos restou configurada a necessidade de se fixar critérios para responsabilizar as instituições jornalísticas por divulgação de acusações falsas. Agora, é dever das referidas empresas verificarem a veracidade dos fatos alegados e esclarecer ao público que as acusações são sabidamente falsas, sob pena de responsabilização civil.

Na esfera eleitoral, o princípio da liberdade de expressão também foi analisado pelo STF em inúmeras oportunidades e sob diferentes perspectivas, inclusive no que se refere à liberdade de imprensa, como discutido anteriormente. São citadas abaixo outras decisões recentes e emblemáticas tomadas durante a análise desse princípio no contexto político-eleitoral.

Outro julgamento que merece análise é o do ARE 1421633, de Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Ele foi interposto contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que deu provimento à Apelação interposta por Gean Loureiro, prefeito do Município de Florianópolis, para reformar a sentença de improcedência do pedido e condenar o recorrente, vereador municipal, a proceder à exclusão do artigo intitulado "A nova maracutaia de Gean Loureiro" de seu website pessoal, assim como de seus perfis em redes sociais (Facebook e Twitter), e condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Em seu julgamento foi averiguado se as declarações do recorrente estariam ou não abrangidas pela imunidade material, a inviolabilidade, enquanto espécie qualificada, em relação aos parlamentares, do gênero "liberdade de expressão". Na oportunidade, o Relator destacou o seguinte:

"Há um célebre conceito do Professor de Oxford, ISAIAH BERLIN, exposto em uma palestra em 1958, que, fez uma dicotomia entre liberdade de expressão negativa e liberdade de expressão positiva, afirmando que a essência da liberdade de expressão negativa é a possibilidade de ofender, o que, jamais se confunde com o discurso de ódio. DWORKIN, após citar a palestra, analisa a questão da liberdade de expressão, colocando que o ideal seria que as formas de expressão sempre fossem heroicas. mas defende a necessidade de proteção das manifestações de mau gosto, aquelas feitas inclusive erroneamente" (DWORKIN, 2006, p. 345 e 351).

Do acórdão, destacam-se os seguintes trechos:

"(...) 9. Não há dúvida da existência do nexo de implicação recíproca, pois patente a relação entre as opiniões e palavras proferidas com o exercício do mandato parlamentar,

ou em razão desse exercício; não havendo possibilidade de se afastar a inviolabilidade, pois o contexto em que houve as manifestações não era estranho às atividades realizadas em razão do exercício do mandato. 10. Os excessos de linguagem porventura cometidos, na espécie, ainda que veiculadores de ofensas pessoais, embora dissonantes do espírito plural e democrático que deveria animar as discussões na arena política, encontram-se subtraídos à responsabilidade cível e criminal, podendo apenas, se for o caso, ser objeto de censura, sob o viés político, pela Casa Legislativa da qual o imputado faz parte. 11. Nos dias atuais, caracterizados por avanços tecnológicos em que a internet se tornou um dos principais meios de comunicação entre os mandatários e o eleitor, não é mais possível restringir o exercício parlamentar do mandato aos estritos limites do recinto da Câmara Municipal. 12. Agravo Interno a que se nega provimento.” (ARE 1421633 AgR, Relator: Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 03-05-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 08-05-2023 PUBLIC 09-05-2023).

O entendimento contrasta com o que foi fixado no julgamento da Tutela Provisória Antecedente 39 MC-Ref, de Relatoria do Ministro Nunes Marques¹⁷, em que há o reconhecimento de limitação dessa imunidade quando o conteúdo diz respeito à desinformação:

2. Não pode partido político, candidato ou agente político eleito invocar normas constitucionais e direitos fundamentais para erodir a democracia constitucional brasileira. 3. Não se deve confundir o livre debate público de ideias e a livre disputa eleitoral com a autorização para disseminar desinformação, preconceitos e ataques ao sistema eletrônico de votação, ao regular andamento do processo eleitoral, ao livre exercício da soberania popular e à democracia. 4. A jurisprudência reiterada do TSE e do Supremo Tribunal Federal reconhecem que não há liberdade de expressão, nem imunidade parlamentar, que ampare a disseminação de informações falsas por redes sociais e na internet. Ausência de inovação jurisprudencial a respeito dessas temáticas.

Assim sendo, verifica-se que, no contexto eleitoral a imunidade parlamentar deve ser estendida à excessos de linguagem, manifestações de mau gosto e até ofensas pessoais, mas não ao discurso de ódio e à disseminação de informações falsas.

O cuidado acerca dos limites da liberdade de expressão também é observado no contexto administrativo. Citamos, como exemplo, a Pet 9068, de Relatoria do Ministro Nunes Marques, ajuizada pelo Procurador da República Deltan Martinazzo Dallagnol contra a União Federal em razão de comportamento processual atribuído ao Conselho Nacional do Ministério Público, que instaurou o PAD n. 1.00982/2019-48. Nela, o Autor sustentou que a conduta imputada ao CNMP teria transgredido preceitos fundamentais, notadamente aqueles concernentes ao *due process of law*, à liberdade de

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tutela Provisória Antecedente nº 39**. Relator: Nunes Marques. Julgado em 07.06.2022.

expressão e à vedação do *bis in idem*. O Tribunal decidiu o seguinte sobre o tema:

“Ação civil originária. Pedido de trancamento e anulação de processo administrativo disciplinar instaurado, perante o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, contra membro do Ministério Público Federal. Manifestação em rede social. Liberdade de expressão. Limites. Sanção proporcional. Pedidos julgados improcedentes. (...) 7. A liberdade de expressão é um direito fundamental que, todavia, precisa ser compatibilizado com outros direitos e deveres estabelecidos na Constituição. No caso específico dos membros do Ministério Público, há uma cláusula constitucional que os remete ao regime jurídico da Magistratura (CF, art. 129, § 4º). Esse é o modelo brasileiro de Ministério Público, um órgão cujos membros têm os mesmos direitos, garantias e vedações da Magistratura. Portanto, a sua liberdade de expressão precisa ser ponderada com os deveres funcionais respectivos, de modo a não envolver indevidamente a instituição em debates políticos. 8. Qualquer manifestação na internet, especialmente em redes sociais abertas, tem potencial para atingir o mundo todo e permanecer disponível para acesso, em tese, por tempo indeterminado. Assim, objetivando evitar danos a outros direitos, deve ser considerada essa circunstância no que se refere à extensão da livre manifestação do pensamento, quando aplicada à realidade da internet. A garantia da liberdade de expressão foi pensada na era pré-internet e, mesmo àquela época, já se considerava que os magistrados precisariam ter prudência em suas manifestações. 9. Não cabe ao Judiciário revisar a fundo todo o contexto, as provas e o grau da sanção, quando ela não apresenta evidente desproporcionalidade com a situação de fato devidamente comprovada nos autos do processo administrativo disciplinar. 10. Pedidos julgados improcedentes. (Pet 9068, Relator: Nunes Marques, Segunda Turma, julgado em 08-04-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2021 PUBLIC 20-04-2021).

Da mesma maneira, foi a decisão tomada pelo STF no julgamento da Pet 9412¹⁸.

Portanto, também na esfera administrativa, de acordo com os precedentes estudados, constata-se que o STF entende que a liberdade de expressão é um direito fundamental que, contudo, precisa ser compatibilizada com outros direitos e deveres estabelecidos na Constituição.

No contexto penal, da mesma forma, o STF demonstra, em diversos precedentes, ter firme entendimento em defesa da liberdade de expressão e da manifestação do pensamento, as quais devem ser exercidas em harmonia com os demais direitos e valores constitucionais¹⁹.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 9412**. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgado em 14.06.2021.

¹⁹ Exemplificativamente: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 204718**. Relator: Roberto Barroso. Julgado em 23.11.2021.

Especificamente no âmbito político, o Tribunal entende que, embora a imunidade material de membros do parlamento não tenha caráter absoluto, a livre expressão do pensamento prevista na Constituição Federal assegura a troca de ideias, mesmo aquelas mais ácidas ou incômodas.

No julgamento do Agravo Regimental na Pet 8969, de Relatoria do Ministro Nunes Marques, o Plenário compreendeu não ser cabível a instauração de um processo de natureza penal em razão da imunidade parlamentar do Deputado Federal, pois verificou-se que a manifestação feita pelo interpelado em sua rede social ocorreu no exercício de sua atuação como Deputado Federal e em razão dela²⁰.

Ainda no contexto penal, em 2021, ocorreu o julgamento da ADPF 572²¹, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, a qual questionou a Portaria GP n. 69, de 14 de março de 2019, que determinou a abertura do Inquérito nº 4781 no âmbito do STF, para investigar a existência de *fake news*, denúncias caluniosas, ameaças e outros atos que atingem a honrabilidade e a segurança do STF, de seus membros e familiares. Relativamente à proteção da liberdade de expressão, destacam-se os seguintes trechos da ementa:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF. PORTARIA GP Nº 69 DE 2019. (...) SÚMULA VINCULANTE Nº 14. OBJETO LIMITADO A MANIFESTAÇÕES QUE DENOTEM RISCO EFETIVO À INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA. (...). 3. **Resta assentado o sentido adequado do referido ato a fim de que o procedimento, no limite de uma peça informativa:** (a) seja acompanhado pelo Ministério Público; (b) seja integralmente observada a Súmula Vinculante nº14; (c) limite o objeto do inquérito a manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário (CRFB, art. 2º), pela via da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia; e (d) observe a proteção da liberdade de expressão e de imprensa nos termos da Constituição, excluindo do escopo do inquérito matérias jornalísticas e postagens, compartilhamentos ou outras manifestações (inclusive pessoais) na internet, feitas anonimamente ou não, desde que não integrem esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais.”(ADPF 572, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 18-06-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-087 DIVULG 06-05-2021 PUBLIC 07-05-2021, grifo nosso)

Já em 2023, no julgamento do nono Agravo Regimental no Inq 478 (inquérito das

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Petição nº 8969**. Relator: Nunes Marques. Julgado em 21.11.2023.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572 Distrito Federal**. Relator: Edson Fachin. Julgado em 18.06.2020.

fake news), os Ministros da Suprema Corte entenderam existir abuso de liberdade de expressão ao avaliar o teor de pronunciamentos e procedimento de divulgação de mensagens ilícitas em redes sociais. Decidiram, portanto, ser necessário interromper “os discursos com conteúdo de ódio, subversão da ordem e incentivo à quebra da normalidade institucional e democrática mediante bloqueio de contas em redes sociais, tais como Facebook, Twitter e Instagram, dos investigados, com objetivo de interromper a lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, Constituição Federal)”.²²

É possível observar que a ADPF 130, que questionou a Lei de Imprensa, consagrou a liberdade de expressão dentro do contexto jornalístico como um valor pleno do ordenamento brasileiro. No entanto, com o passar dos anos e com a intensificação do papel das redes sociais na comunicação social, tornou-se necessário impor alguns limites.

Diante da mudança cultural na comunicação social, das diferenças na dinâmica das plataformas digitais em relação às estruturas da imprensa tradicional e da confusão entre os limites do público e do privado, o STF passou a entender a necessidade de ponderação entre a liberdade de expressão, mesmo no exercício jornalístico, e outros bens constitucionalmente protegidos.

Nesse sentido, observamos que muitas vezes, a limitação não se relaciona diretamente ao conteúdo em si, mas sim a elementos associados aos agentes envolvidos, como a posição do interlocutor, exemplificada pelo caso da Pet 9068 (Procurador da República), e/ou o alvo da mensagem, como visto no Inquérito 478, no qual os alvos eram instituições democráticas e/ou seus representantes. Também percebemos essa dinâmica no contexto eleitoral e durante períodos de campanha, nos quais as limitações são determinadas pelas regras de publicidade eleitoral.

2.2. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Conforme exposto no primeiro item do presente artigo, a cultura constitucional do país em questão é diferente da brasileira, uma vez que suas origens remontam às estruturas do liberalismo clássico do século XVIII como proteções dos cidadãos em relação aos poderes do excessivos do soberano.

Contudo, ao considerar as relações entre valores constitucionais e a ausência de direitos absolutos, passou-se a compreender que, embora não seja possível regular o conteúdo de um discurso, é possível regular o tempo, o local e os meios de sua manifestação.²³

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Inquérito nº 478**. Relator: Alexandre de Moraes. Julgado em 03.07.2023.

²³ ARAUJO, 2022, op. cit, p. 68.

O caso paradigmático de *Terminiello v. Chicago* (1949) ilustra a cultura de evitar a intervenção do Estado no conteúdo das mensagens como meio de proteção da expressão. O padre Arthur Terminiello realizou uma reunião pública em Chicago que atraiu uma multidão agitada protestando contra a assembleia. Durante o discurso, ele criticou severamente diversos grupos políticos e raciais presentes na manifestação, condenando a conduta dos manifestantes. Terminiello foi acusado de violar uma lei local que proibia ações que perturbassem a paz pública e argumentou que essa norma infringia seu direito constitucional à liberdade de expressão.

A Suprema Corte reverteu condenação da Corte Estadual, com voto vencedor do Justice William O. Douglas, onde consignou que a liberdade de expressão, ainda que não absoluta, deve permitir discursos combativos, provocativos e que podem ser desconcertantes:

Speech is often provocative and challenging. It may strike at prejudices and preconceptions and have profound unsettling effects as it presses for acceptance of an idea. That is why freedom of speech, though not absolute, *Chaplinsky v. New Hampshire*, supra, 315 U.S. at pages 571-572, 62 S.Ct. at page 769, is nevertheless protected against censorship or punishment, unless shown likely to produce a clear and present danger of a serious substantive evil that rises far above public inconvenience, annoyance, or unrest. See *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 262, 193, 159 A.L.R. 1346; *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367, 373, 1253. There is no room under our Constitution for a more restrictive view. For the alternative would lead to standardization of ideas either by legislatures, courts, or dominant political or community groups (EUA, 1949).²⁴

Futuramente, casos como a marcha de um partido nazista na cidade de Skokie (Socialist Party of America v. Village Of Skokie²⁵, em 1977) e a queima de uma cruz dentro da propriedade de uma família negra (R.A.V v City of St. Paul²⁶, em 1992), expandiram a proteção de conteúdos baseados em raça, gênero e religião como parte da liberdade de expressão, sob pena de se criar restrições de ideais que podem ser debatidos²⁷.

²⁴ EUA. Suprema Corte. **337 U.S. 1 N. 272. Washington, D.C. de 1949.** Terminiello v. Chicago. Washington, D.C., 1949. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/> Acesso em: 03 maio 2024.

²⁵ EUA. Suprema Corte. **432 U.S. 43. N. 76-1786.** National Socialist Party of America v. Village of Skokie, Washington, D.C, 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/> Acesso em: 03 maio 2024.

²⁶ EUA. Suprema Corte. **505 U.S. 377 N. 90-7675.** R. A. V. v. St. Paul. Washington, D.C., 1992. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/> Acesso em: 03 maio 2024.

²⁷ The Court unanimously held for the Plaintiff. In the majority opinion, Justice Antonin Scalia, held that the ordinance was excessively broad. citing the Terminiello case. Scalia wrote that "[...] displays containing abusive invective, no matter how vicious or severe, are permissible unless they are addressed to one of the specified disfavored topics" (U.S., 1992, p. 391). LAMSON, Allison; DE SOUZA LEHFELD, Lucas; PEREZ FILHO, Augusto Martinez. Freedom of speech and hate speech: an american perspective. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 23, n. 2, p. 31-56, 2022, p. 47.

Em outro contexto, agentes públicos que realizam atividade políticas também estão protegidos pela liberdade de expressão, conforme julgado no caso *Heffernan v. City of Paterson* em 2016, onde um policial foi demitido após ser visto entregando uma placa de apoio a um candidato de oposição²⁸. O caso demonstra que até mesmo atividades político-partidárias não possuem tratamento diferenciado em relação à liberdade de expressão, diferentemente do regime brasileiro.

Por fim, em relação à proteção de conteúdos no espaço digital, além do embate intercontinental exposto na introdução, em 1997 houve o julgamento da constitucionalidade do Communications Decency Act, uma legislação que buscava regular conteúdo obsceno e indecente que era de fácil acesso a menores de idade na internet. No embate *Reno v. ACLU*, onde a American Civil Liberties Union – ACLU questionava se a legislação aprovada pelo Congresso não violava a liberdade de expressão de adultos ao regular o conteúdo que podia ser acessado por menores de idade, a Suprema Corte entendeu que²⁹:

The CDA lacks the precision that the First Amendment requires when a statute regulates the content of speech. Although the Government has an interest in protecting children from potentially harmful materials, see, e. g., *Ginsberg*, 390 U. S., at 639, the CDA pursues that interest by suppressing a large amount of speech that adults have a constitutional right to send and receive, see, e. g., *Sable*, 492 U. S., at 126. Its breadth is wholly unprecedented. The CDA's burden on adult speech is unacceptable if less restrictive alternatives would be at least as effective in achieving the Act's legitimate purposes. See, e. g., *id.*, at 126 (EUA, 1997).

A decisão se insere dentro de um contexto jurisprudencial que acabam por criar vários requisitos para que o Poder Legislativo logre sucesso em legislar sobre a liberdade de expressão e, ainda, excepcionalmente, somente em casos envolvendo a incitação à violência, ameaças concretas, *fighting words*³⁰ e obscenidade³¹.

²⁸ EUA. Suprema Corte. **578 U.S. NO. 14-1280**. *Heffernan v. City of Paterson*. Washington, D.C., 2016. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/578/14-1280/>. Acesso em: 03 maio 2024.

²⁹ U.S. Supreme Court. **521 U.S. 844 No. 96-511**. Washington, D.C., de 1997. *Reno v. American Civil Liberties Union*. Washington, D.C., 1997. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/844/>. Acesso em: 03 maio 2024.

³⁰ Expressão definida no caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942) que: by their very utterance, inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.

³¹ The U.S. Supreme Court has refused to prohibit hate speech except for in very limited circumstances (incitement to violence, true threats, fighting words, and obscenity). LAMSON; DE SOUZA LEHFELD; PEREZ FILHO, op. cit, 2022, p. 49.

Assim, fica evidente que a jurisprudência constitucional dos países diverge drasticamente sobre o peso do direito à liberdade de expressão frente a outros valores constitucionais. Nos recentes anos, o Supremo Tribunal Federal do Brasil passou a considerar as características singulares da comunicação através de plataformas sociais e os ataques contra a atividade das instituições democráticas como elementos que modificam uma posição de privilégio do direito constitucional em questão.

3. O PENSAMENTO DAS POSSIBILIDADES COMO CAMINHO PARA A COLISÃO DE CULTURAS CONSTITUCIONAIS

O jurista norte-americano Jack Balkin, em palestra na Universidade de Sidney no ano de 2003, tratou sobre os potenciais de conflitos que a comunicação digital pode causar³²:

Technological change, I shall argue, spurs social conflict, which is fought out in law and in the discourse of rights. The new digital technologies change the social conditions of speech. They create new forms of contention between ordinary individuals, who now possess tremendous new opportunities to communicate and create, and the information industries, who want to expand markets and maximise profits from the same technologies. These conflicts will be fought out in debates over the free speech principle. Hence, in light of these changed circumstances, we must pay careful attention to the goals of freedom of speech in the digital age. In my view, the point of free expression is to promote a democratic culture, a culture in which ordinary individuals are free to create, innovate, and participate in the processes of meaning-making that in turn constitute them as individuals (BALKIN, 2004, p. 1-5).

No discurso, o então professor da Universidade de Yale abordou que a liberdade de expressão no ambiente digital deve promover uma cultura democrática que permita a participação de todos os indivíduos para criar e inovar, em consonância com o que foi exposto no primeiro item do capítulo sobre o constitucionalismo cultural, que busca integrar os valores da cultura democrática.

A construção da liberdade de expressão como um direito central nos valores democráticos no Brasil e nos Estados Unidos da América acabou por divergir quanto à possibilidade de limitações por parte do Estado. O recente embate entre o dono da rede social X, o bilionário norte-americano Elon Musk, e o Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal do Brasil, demonstra claramente que as culturas constitucionais podem entrar em conflito quando confrontadas no ambiente digital.

Por isso, o ponto de partida para uma possível solução passa, primeiramente, por estabelecer a premissa de que a internet e a comunicação em redes sociais modificam

³² BALKIN, Jack M. How rights change: freedom of speech in the digital era. **Sydney L. Rev.**, v. 26, p. 1-5, 2004.

a lógica dos poderes constitucionais. Nesse sentido, Edoardo Celeste discute uma alteração no equilíbrio constitucional em que as tecnologias digitais: a) amplificam as possibilidades de exercício dos direitos fundamentais; b) aumentam os riscos de ameaças contra os direitos fundamentais; e c) alteram o equilíbrio de poderes constitucionais com o surgimento de novos agentes privados que possuem um poder dominante paralelo aos Estados Nacionais, inclusive com a capacidade de decidir sobre direitos fundamentais.³³

Essa premissa, especialmente no ponto "c", é de extrema importância, uma vez que a liberdade de expressão passa a ser um direito regulado não mais pelo Estado, mas por agentes privados que operam na busca pelo lucro e não necessariamente na lógica democrática. Considerando que essas empresas, por meio de seus algoritmos, selecionam os conteúdos que geram mais engajamento para impulsionar a venda de anúncios, elas também detêm um grande poder sobre as consequências sociais de determinados discursos.

Partindo desse pressuposto de que essa nova dinâmica está inserida no nível constitucional, um embate entre diferentes culturas acerca de direitos fundamentais deve ser resolvido a partir desse contexto da necessidade de uma nova abordagem, que não passa, necessariamente, por regulamentações pré-existentes sobre conteúdo de comunicações.

O pensamento das possibilidades de Peter Häberle surge como possível abordagem constitucional para indicar esse novo caminho. Segundo o jurista alemão³⁴:

El pensamiento jurídico de las posibilidades y las alternativas (pluralistas) no es un fin en sí mismo, sino que se trata de un medio para mantener y recrear la libertad de la comunidad, para lograr el equilibrio justo y razonable de los intereses, la conservación de la Constitución en el tiempo, el desarrollo de la res publica del ser humano y para el ser humano. (...) El pensamiento de las posibilidades presupone apertura de la Constitución, del Estado, de la sociedad, del pensamiento, y crea al mismo tiempo dicha apertura (HÄBERLE, 2003, p. 53-54).

A teoria das possibilidades está inserida no contexto das democracias pluralistas, que buscam integrar todas as concepções culturais dos diversos grupos sociais. Ela garante que as normas jurídicas encontrem seu conteúdo, validade e limites por meio da análise da tríade possibilidade – adequação – necessidade. Esse processo segue etapas específicas: investigar a realidade, explorar possibilidades alternativas e identificar necessidades³⁵, visando sempre preservar a cultura plural e democrática na evolução constitucional.

³³ CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n. 1, p. 76-99, 2019.

³⁴ HABERLE, op. cit, 2003, p. 53-54.

³⁵ *Ibid.*, p. 55.

O pensamento possibilista requer avaliações dos diversos caminhos possíveis para consolidar a cultura em normas que organizam sociedades plurais. Deve-se escolher aqueles que são considerados benéficos sob a perspectiva do Estado cultural.

Diante da mudança no equilíbrio dos poderes constitucionais por atores privados que controlam o ambiente digital, o pensamento possibilista determina que a dicotomia Estado/Cidadão, que esteve no centro das discussões sobre liberdade de expressão e limitações de conteúdo, deve abrir portas para outras lógicas que considerem a pluralidade de valores culturais

O cenário é complexo: enquanto o Brasil impõe limites à liberdade de expressão em discursos que atentam contra minorias ou as próprias instituições do Estado, os Estados Unidos adotaram uma visão desse direito com poucos limites, justamente para garantir a pluralidade de ideias.

No entanto, os novos agentes que desempenham um papel quase curador e têm influência sobre a comunicação social se apresentam como elementos que, até então, não eram parte das análises jurisprudenciais.

Justamente nesse sentido, abordagens como a regulação baseada em procedimentos e a transparência sobre a remoção de conteúdo surgem como novas possibilidades em um contexto de conflito entre diferentes culturas constitucionais, sem impedir a avaliação de outras abordagens.

Portanto, o pensamento possibilista pode orientar a estratégia dos países democráticos na formulação de soluções normativas para o desafio global representado pelos novos espaços públicos digitais das redes sociais, os quais podem impor determinados valores e construções culturais em conflito com os dos países onde estão presentes.

CONCLUSÃO

O tema da liberdade de expressão na era das redes sociais representa um dos grandes desafios das democracias liberais e plurais ocidentais. Além das características singulares da comunicação social proporcionadas pelas plataformas digitais à sociedade, o poder de gestão privada sobre direitos fundamentais, paralelo aos Estados Nacionais, apresenta-se como um risco para diferentes culturas constitucionais.

O artigo situou a discussão dentro dos parâmetros da teoria do Constitucionalismo Cultural de Peter Häberle, na qual as cartas Constitucionais são manifestações dos elementos culturais dos Estados Democráticos que organizam e planejam os valores culturais para o futuro.

Em seguida, foi realizada uma pesquisa sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil e da Suprema Corte dos Estados Unidos na construção dos limites e proteções à liberdade de expressão.

Por fim, considerando as diferenças identificadas, o pensamento das possibilidades do Constitucionalismo Cultural emerge como um processo de hermenêutica constitucional que permite uma nova alternativa para a solução dos conflitos na valoração do direito fundamental em debate nas diferentes ordens constitucionais, especialmente no contexto das regulações de plataformas digitais.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz. Constitutional law around the globe: fundamental rights, the freedom of speech and hate speech in the United States. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 27, n. 2, p. 63-77, 2022.

BALKIN, Jack M. How rights change: freedom of speech in the digital era. **Sydney L. Rev.**, v. 26, p. 1-5, 2004. Disponível em : https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/1734/How_Rights_Change_Freedom_of_Speech_in_the_Digital_Era.pdf?sequence=2. Acesso em: 07 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. turma). **Agravo Regimental em Reclamação nº 47212**. Direito constitucional. Agravo em Reclamação. Liberdade de expressão. ADPF 130. Remoção de trecho de vídeo de debate jornalístico. Alegada ofensa à honra de ex-autoridade pública. Relator: Min. Roberto Barroso, 20 de setembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur453572/false>. Acesso em: 07 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal pleno). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Medida cautelar. Lei nº 5.250, de 09 De Fevereiro De 1967 - Lei De Imprensa. Liminar Monocraticamente Concedida Pelo Relator. Referendum Pelo Tribunal Pleno. Relator: Carlos Britto, 27 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur173527/false>. Acesso em: 07 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4451**. Liberdade de expressão e pluralismo de ideias. Valores estruturantes do sistema democrático. Inconstitucionalidade de dispositivos normativos que estabelecem previa ingerência estatal no direito de criticar durante o processo eleitoral. Proteção constitucional as manifestações de opiniões dos meios de comunicação e a liberdade de criação humorística. Relator: Alexandre De Moraes, 21 de junho de

2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur399151/false>. Acesso em: 07 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 204718**. Inexistência de risco à liberdade de locomoção. Inadequação da via eleita. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Relator: Roberto Barroso, 23 de novembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur460248/false>. Acesso em: 07 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental em Inquérito nº 4781**. Penal e processual penal. Fortes indícios de participação do investigado em organização criminosa ("milícias digitais"). Utilização de perfis nas redes sociais para a propagação de discursos com conteúdo de ódio, subversão da ordem e incentivo à quebra da normalidade institucional e democrática. Abuso do direito de liberdade de expressão. Necessidade e adequação no bloqueio de perfil para fazer cessar a atividade criminosa. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Alexandre De Moraes, 03 de julho de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur486954/false>. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental em Petição nº 8969**. Ementa penal e processual penal. Crimes contra a honra. Interpelação judicial (cp, art. 144). Natureza cautelar. Preparatória de ação penal. Deputado federal. Imunidade parlamentar. Seguimento negado. Relator: Nunes Marques, 21 novembro 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur493509/false>. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572 Distrito Federal**. Portaria GP n. 69 De 2019. Preliminares Superadas. Julgamento De Medida Cautelar Convertido No Mérito. Relator: Edson Fachin, 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754371407>. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental em Reclamação nº 59482 AgR**. Liberdade de expressão e informação. Remoção de conteúdo publicado em meios digitais de notícias. Relator: Alexandre De Moraes, 02 de outubro de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur490363/false>. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Petição nº 9412**. Ação civil originária. Pedido de anulação de processo administrativo disciplinar instaurado perante o conselho nacional do Ministério Público (CNMP) contra membro do ministério público

estadual. Ausência dos vícios ou máculas no processo administrativo. Prescrição não verificada no caso concreto. Descabimento de transação por instrumento exclusivo da corregedoria local. Competência concorrente do CNMP. Manifestação em rede social. Liberdade de expressão. Limites. Infração disciplinar configurada. Sanção proporcional. Improcedência dos pedidos. Relator: Ricardo Lewandowski. 14 de junho de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450048/false>. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 1075412**. Recurso extraordinário com repercussão geral. Liberdade de expressão. Direito-dever de informar. Reprodução de entrevista. Responsabilidade admitida na origem. Decisão mantida. Recurso desprovido. Relator: Marco Aurélio, 29 de novembro de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur498141/false>. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Tutela Provisória Antecedente nº 39**. Medida cautelar. Não referendo. Decisão Do Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Probabilidade do direito e perigo da demora. Inexistência. Ausência de probabilidade de provimento do agravo em recurso extraordinário. Acerto da decisão do tribunal superior eleitoral. Perigo da demora inverso. Processo eleitoral. Notícias falsas. Segurança jurídica. Eleições. Relator: Nunes Marques, 07 de junho de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur469634/false>. Acesso em: 03 maio 2024.

CELESTE, Edoardo. Digital constitutionalism: a new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers & Technology**, v. 33, n. 1, p. 76-99, 2019.

DEPUTADOS dos EUA divulgam decisões sigilosas do STF e apontam a remoção de 150 perfis na rede X de Elon Musk. **O Globo**, 18 de abril de 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/04/18/deputados-dos-eua-divulgam-decisoes-sigilosas-do-stf-e-aponta-a-remocao-de-150-perfis-na-rede-x-de-elon-musk.ghtml>. Acesso em: 26 abr. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **337 U.S. 1 n. 272. Washington, D.C. de 1949**. Terminiello v. Chicago. Washington, D.C., 1949. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>. Acesso em: 03 maio 2024.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **432 U.S. 43 n. 76-1786**. National Socialist Party of America v. Village of Skokie, Washington, D.C, 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/>. Acesso em: 03 maio 2024.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **505 U.S. 377 n. 90-7675**. R. A. V. v. St. Paul. Washington, D.C., 1992. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/> Acesso em 03.05.2024

ESTADOS UNIDOS. SUPREMA CORTE. 521 U.S. 844 No. 96-511. Washington, D.C. de 1997. Reno v. American Civil Liberties Union. Washington, D.C., 1997. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/844/> . Acesso em: 03 maio 2024.

GREENBERG, Marc H. A return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo! Case and the regulation of online content in the world market. **Berkeley Tech. LJ**, v. 18, p. 1191, 2003.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução: Hector Fix Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄBERLE, Peter. La Constitución como cultura. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 6, p. 177-198, 2002.

HÄBERLE, Peter. Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo. **Direito Público**, v. 3, n. 13, p. 101-103, 2006.

LAMSON, Allison; DE SOUZA LEHFELD, Lucas; PEREZ FILHO, Augusto Martinez. Freedom of speech and hate speech: an american perspective. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 23, n. 2, p. 31-56, 2022, p. 47

REIDENBERG, Joel R. Yahoo and Democracy on the Internet. **Jurimetrics**, v. 42, p. 261, 2001.

SCHREIBER, Mariana. 'Má fé': Alexandre de Moraes pode tirar rede social X do ar?. **BBC News**. 7 de abril de 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c06lk7k2j0ko>. Acesso em: 03 maio 2024.

LIMITES E DESAFIOS DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

AUTORA

Nayara Alexandre Castro Medeiros*

RESUMO

O planejamento tributário internacional tem sido desafiador para muitos países e se tornou uma pauta importante nos debates do Direito Tributário. As movimentações financeiras, a circulação de ativos digitais e os investimentos financeiros internacionais se intensificaram com a globalização, de modo que, mais do que uma economia global, temos uma verdadeira economia digital. A chamada economia digital interfere diretamente nas práticas dos contribuintes, que encontraram novas formas de diminuir sua carga tributária. Os planejamentos tributários internacionais nessa nova era ensinaram práticas elisivas muito benéficas às empresas transnacionais, em alguns casos isentando-as por completo do pagamento de impostos. Por considerar essas práticas agressivas e abusivas, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico elaborou o projeto BEPS, que representa um esforço multilateral para enfrentar o problema da transferência dos lucros para países de baixa tributação. O presente artigo investiga os desafios do planejamento tributário internacional diante da digitalização da economia e das dificuldades de estabelecer normas jurídicas válidas, capazes de regular e impor limites ao planejamento tributário internacional, que se utiliza de práticas elisivas “agressivas” e “abusivas”.

Palavras-chave: planejamento tributário; planejamento internacional; tributação.

ABSTRACT

International tax planning has been challenging for many countries and has become an important topic in Tax Law debates. Financial movements, the circulation of digital assets

* Especialista em Direito Tributário, Direito Civil e Processo Civil. Aluna especial do Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e Advogada Tributarista.

and international financial investments have intensified with globalization, so that, more than a global economy, we have a true digital economy. The so-called digital economy directly interferes with the practices of taxpayers, who have found new ways to reduce their tax burden. International tax planning in this new era has led to tax avoidance practices that are very beneficial to transnational companies, in some cases completely exempting them from paying taxes. Considering these practices aggressive and abusive, the OECD created the BEPS project, which represents a multilateral effort to address the problem of transferring profits to low-tax countries. This article investigates the challenges of international tax planning in the face of the digitalization of the economy and difficulties in establishing valid legal standards capable of regulating and imposing limits on international tax planning, which use “aggressive” and “abusive” elusive practices.

Keywords: tax planning; international planning; taxation.

INTRODUÇÃO

O fim do século XX é marcado por grandes transformações sociais, políticas e econômicas. As relações entre as Nações de diferentes continentes se intensificaram com o fluxo de informações, dinheiro e pessoas. Surge, então, o termo globalização, cujo processo está atrelado às tecnologias, que permitiram um maior desenvolvimento econômico e tecnológico.

Com o avanço meteórico da globalização surgem também os desafios de tributação, pois, na medida em que o contribuinte, por meio de planejamentos tributários internacionais, expande seus negócios, auferir mais lucros e reduz significativamente sua carga tributária, os países estudam medidas e apresentam estratégias para não perderem arrecadação fiscal.

Com a expansão da economia digital, surgem também as fronteiras digitais, que de certa forma são a ausência de fronteiras. Tributar os ativos intangíveis é um desafio ainda não superado pelos Estados, uma vez que as legislações não conseguiram acompanhar tantos avanços e há uma divergência de normas internas muito grande entre os países. Enquanto alguns países atraem investidores por dispor de uma legislação tributária privilegiada, que beneficia o contribuinte, outros países os repelem, justamente por terem uma alta carga tributária ou gozarem de menos benefícios e isenções em comparação aos ditos “paraísos fiscais”. Isso tudo corroborou para intensificar a guerra fiscal internacional.

Diante desse cenário de opções legislativas e do avanço da tecnologia digital, o contribuinte ampliou suas alternativas tributárias e, recorrendo à elisão fiscal, busca pla-

nejamientos tributários lícitos, para que as empresas multinacionais paguem cada vez menos tributos. Em resposta a isso surge o projeto BEPS, a fim de frear esses planejamentos, classificando-os como abusivos ou agressivos. Para a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o G20, essas ações são imorais e devem ser contidas. De outro lado, a ausência de normativa que limite essas ações e conceitue esses termos no cenário tributário fortalece o argumento de legalidade apresentado pelo contribuinte.

Planejamento tributário internacional é um tema extenso, complexo e atual. Divide opiniões de estudiosos do mundo jurídico e levanta questionamentos acerca das medidas adotadas até o presente momento pela OCDE. Essas são questões que serão abordadas inicialmente. Em seguida, aprofundar-nos-emos nos termos adotados que classificam os planejamentos como agressivos ou abusivos e na ausência de conceitos normativos que possam fazer essa delimitação. É fundamental entendermos o conceito de moralidade e a sua real influência sobre a classificação desses termos e das medidas adotadas pela OCDE.

1. PLANO DE AÇÃO BEPS

O Plano *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) da OCDE/G20 representa um esforço multilateral para enfrentar o problema da transferência dos lucros para países de baixa tributação.

Segundo Pedro Humberto Bruno de Carvalho Junior (2020, p. 2), a epidemia de Covid-19 aumentou as tensões entre países devido ao crescimento da economia digital e ao aumento da pressão orçamentária. As atuais estratégias empresariais de planejamento tributário agressivo e elisão fiscal têm se tornado cada vez mais negativas frente à opinião pública, em razão do aumento dos subsídios dirigidos a essas mesmas empresas durante a pandemia.

Caio Augusto Takano (2022) explica, com propriedade, que a identificação de limites normativos ao planejamento tributário internacional tem oferecido, há muito, ingente dificuldade à comunidade jurídica. Não existe, sob a perspectiva do Direito Internacional, uma linha de divisão entre transações ou estruturas que sejam, por si, lícitas ou ilícitas. Trata-se de matéria a ser definida no ordenamento jurídico de cada país, com vistas aos interesses e políticas fiscais de cada Estado, permitindo que haja uma “considerável variação” em relação ao nível de tolerância aos planejamentos tributários dos contribuintes pelas administrações tributárias e cortes judiciais de diferentes países (Takano, 2022, p. 43).

BEPS, *Base erosion and profit shifting*, em português significa, traduzindo livremente, “base de erosão tributária”. A implementação do projeto consiste em duas etapas. A

Fase I, BEPS 1.0, consiste em um pacote de recomendações

apresentadas pela OCDE e pelo G20 para evitar planejamentos tributários agressivos ou abusivos, evasão fiscal e bitributação. O projeto foi apresentado a vários países por meio de um relatório contendo quinze ações/recomendações que, se seguidas, visam abrandar as evasões fiscais. Nem todos os desafios foram abordados na primeira etapa e, em decorrência da difusão da economia digital, foi necessário implementar uma segunda etapa, a Fase II, BEPS 2.0, em que o Quadro Inclusivo sobre Erosão de Base e Transferência de Lucros da OCDE e do G20 concordou em implementar uma abordagem de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais resultantes da digitalização da economia. O Pilar Um está focado em abordar os desafios da economia digital e o Pilar Dois tem por objetivo as normas globais de tributação.

O projeto BEPS surgiu em resposta à insuficiência do paradigma atual de tributação internacional, que não está preparado normativamente para acompanhar o açado processo de globalização. Esse cenário faz das transnacionais as grandes beneficiárias desse paradigma tributário, na medida em que podem usufruir de privilegiados planejamentos tributários, considerados muitas vezes agressivos ou abusivos. A ausência de normas que estabeleçam limites ao planejamento tributário internacional tem trazido consequências indigestas aos países e à comunidade jurídica, pois não se tem uma definição do que seria planejamento “agressivo” ou “abusivo”, o que torna a definição de lícito ou ilícito dependente de um caráter subjetivo no atual cenário tributário internacional. Essa subjetividade é um dos grandes desafios enfrentados pela administração tributária dos países. Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano (2016, p. 995) responsabilizam de forma significativa os países pelo aumento da erosão tributária, vejamos:

Não se deve perder de vista que os próprios Estados possuem uma parcela significativa de culpa para o aumento da erosão da base tributária, decorrente do aumento da própria concorrência entre os países, o que se refletiu no crescente oferecimento de diversas vantagens tributárias como forma de atrair investimentos e capital estrangeiro, tornando possível a atuação efetiva ou “agressiva” das empresas transnacionais. Estados preocupados com a fuga de capitais para jurisdições de baixa ou nenhuma tributação igualmente se engajaram no ciclo de competição fiscal para atrair investimentos, naquilo que se convencionou chamar de “corrida até o fundo” (*race to the bottom*), impactando sobremodo a arrecadação tributária dos Estados.

Ao entrarmos na esfera da concorrência, percebemos que, na tentativa de atrair investimentos, os países se tornaram reféns do seu próprio sistema: ficaram aprisionados em um regime tributário internacional tradicional, que contribuiu para o aumento da elisão e evasão fiscal, em vez de afastá-los. É verdade que as transnacionais buscam incentivos fiscais a fim de reduzirem suas cargas tributárias, que são altíssimas, mas o

cerne desse problema é que países, chamados por muitos de “paraísos fiscais”, optam por oferecer muitos privilégios fiscais e golpeiam países concorrentes, inviabilizando a competitividade entre eles. Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano (2016, p. 996) afirmam que,

[à] míngua de coordenação internacional, pouca efetividade restará nas medidas destinadas a combater a erosão da base tributária internacional. Se um país adota regras que sejam difíceis de replicar ou aplicar, ou que estejam situadas fora daquele padrão que outros países fazem ou tendem a fazer, cria-se espaço para que os contribuintes, atuando em conformidade com as legislações dos países envolvidos, implementem planejamentos tributários que resultem em baixa ou nenhuma tributação (prática que ficou conhecida como “arbitragem fiscal internacional”).

O processo de digitalização mundial afeta de forma intensiva a organização e o funcionamento da economia, da política e dos relacionamentos interpessoais. Com o surgimento da economia digital, todos esses desafios se potencializaram e os bens intangíveis, responsáveis por grande parte da economia dos países, são praticamente intributáveis nos atuais sistemas. Há décadas que os Estados têm perda fiscal arrecadatória por ausência de normas que delimitem os planejamentos tributários; agora, aliado aos problemas existentes, é necessário estabelecer fronteiras digitais, normas que regularizem também os ativos intangíveis. De nada adiantará discutir a abusividade e a agressividade dos planejamentos tributários internacionais se não há uma delimitação clara sobre **o que, onde, como, quanto e quando** será tributado.

O crescimento acelerado da economia digital tem causado preocupações no mundo inteiro e levantado alguns questionamentos sobre como acompanhar normativamente esses saltos tecnológicos de modo efetivo, delimitar os planejamentos tributários internacionais diante da globalização e abater a guerra fiscal se há vários países que se mantêm, se beneficiam exclusivamente desses privilégios fiscais oferecidos, e, portanto, não têm interesse em revê-los. A OCDE e o G20 têm buscado soluções para esses e tantos outros desafios e, com isso, “o BEPS surgiu como plano de ação, uma busca da concretização da cooperação fiscal em nível mundial, tentando proteger, a um só tempo, a livre concorrência, as finanças públicas estatais e combatendo, ao menos indiretamente, a criminalidade que ocorre ou se esconde pela tributação” (Fossati; De Paula, 2022, p. 26).

Esse aglomerado de situações provocaram uma mudança nos propósitos no Direito Tributário Internacional, que nutriam esforços para eliminar a dupla tributação internacional, ou a dupla não tributação. O direcionamento, hoje, é para “uma atuação mundial coordenada de combate ao planejamento fiscal agressivo, e a troca de informações, como padrão internacional” (Fossati; De Paula, 2022, p. 35).

2. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E AUSÊNCIA NORMATIVA

Não por acaso, há uma conexão imediata à guerra fiscal quando o assunto aludido é planejamento tributário internacional. É muito comum e natural, devido ao cenário mundial frente à tributação, que se correlacione esses dois assuntos, pois a guerra fiscal tem forte relação com os planejamentos tributários internacionais.

Planejamento tributário é a forma lícita que as empresas encontraram de reduzir suas cargas tributárias e aumentarem seus ganhos. As empresas – no caso do planejamento tributário internacional, as transnacionais – contratam especialistas para estruturarem o setor tributário de suas empresas, baseando-se nas legislações e tratados, para que sua carga tributária seja reduzida. Tudo ocorre de forma lícita, a princípio, é o que chamamos de elisão fiscal. Elisão fiscal é essa busca, por meio legal, de redução tributária. É válido ressaltar a importância do planejamento tributário, pois é também uma forma de as empresas manterem suas obrigações fiscais em dia.

Há países com sistemas tributários extremamente privilegiados, sendo denominados muitas vezes de “paraísos fiscais” – Ilhas Bermudas, Ilhas Cayman, Maldivas e Andorra são alguns exemplos. Nesses países há muitos incentivos fiscais, sigilo absoluto sobre transações financeiras e alíquotas baixíssimas ou até mesmo inexistentes de impostos. Todo esse cenário favorece muito as atividades financeiras.

Segundo a OCDE, há quatro fatores-chave para identificar um paraíso fiscal. São eles: (i) a ausência ou baixa tributação de renda; (ii) baixa ou nenhuma troca de informações fiscais efetivas entre Estados; (iii) ausência de transparência fiscal na aplicação da legislação tributária (concessão de benefícios, aplicação favorável de normas, entre outros); e (iv) a desnecessidade de exigências de atividades substanciais no país. Com a globalização, é possível estabelecer empresas em qualquer lugar do mundo, não há mais fronteiras, as tecnologias propiciam às empresas escolher onde querem exercer suas atividades financeiras.

Toda essa tecnologia, associada a uma tributação privilegiada e à ausência normativa, deu vazão a planejamentos tributários internacionais “agressivos” ou “abusivos”, denominado por alguns doutrinadores como “Elusão”. O termo é usado para definir planejamentos que se esquivam do pagamento de tributos por vias aparentemente legais, mas que simulam um negócio jurídico com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador; alguns doutrinadores chamam de elisão ineficaz. Há uma simulação do negócio jurídico para desonerar a empresa do pagamento de tributos.

Por outro lado, há de se convir que as empresas estão agindo dentro da lei, e tratar os planejamentos como agressivos ou abusivos pode ser contraditório e pouco eficaz,

pois elas estão se beneficiando de lacunas deixadas pelos legisladores dos Estados.

É preciso ter cautela antes de julgar agressiva ou abusiva as estratégias de planejamentos, uma vez que a ausência normativa, as brechas legais, a falta de conceituação e delimitação dessas estratégias deixaram o contribuinte à vontade para se planejar e reduzir a sua carga tributária ao máximo que conseguir. Delimitar esses termos não será fácil, os critérios variam e é preciso sopesar as necessidades de cada Estado.

Com a globalização, os países estão cada vez mais integrados economicamente, porém, os sistemas tributários de cada Estado são idealizados e definidos isoladamente, com um olhar egoísta e visando apenas suas necessidades arrecadatórias. Esse desalinhamento entre os Estados favorece o contribuinte, que se beneficia das brechas deixadas pelo legislador.

Na ação 2 do projeto BEPS, são propostas medidas que neutralizem os efeitos dos instrumentos híbridos (dupla não tributação, dupla dedução, diferimento dos impostos em longo prazo e dupla tributação). Essa ação foi tomada porque a OCDE reconheceu a necessidade de desenvolver modelos de acordos que previnam esses efeitos. “Inúmeros são os desafios existentes para que as medidas propostas pela OCDE logrem êxito, exigindo um elevado nível de coordenação entre os diferentes países” (Barreto; Takano, 2016).

O instrumento híbrido, pelo qual a pessoa jurídica pode captar os recursos necessários para sua atividade por meio de duas espécies de instrumentos financeiros: (i) de dívida; e (ii) de capital, adotado por diversas empresas, tem sua licitude prevista em legislações societárias de vários países, sendo, portanto, lícitas as operações. Logo, as empresas têm a possibilidade de fazer um planejamento tributário satisfatório, de modo que se beneficiem dessa gama de legislações internas com diferentes critérios e benefícios. Vejamos o exemplo trazido por Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano (2016, p. 1005):

Tome-se, por exemplo, uma pessoa jurídica estrangeira residente em um país que confere isenção aos dividendos (tal qual o Brasil) e que pretenda investir em uma pessoa jurídica brasileira. Ela simplesmente poderia aportar capital e receber dividendos, o que seria isento tanto no Brasil quanto em seu país de residência. De outro lado, poderia essa mesma investidora, por hipótese, valendo-se das assimetrias existentes na legislação do país para classificar instrumentos financeiros, em vez de aportar capital, adquirir notas perpétuas com diferimento de juros, emitidas pela companhia brasileira. Supondo-se que o Estado da residência classifique seus instrumentos financeiros de acordo com a substância econômica, como a maioria dos países mundo afora, e o Brasil seque o critério da forma jurídica, os rendimentos derivados da nota perpétua seriam con-

siderados, sob a ótica da tributação da renda, como juros dedutíveis no Brasil e dividendos isentos no Estado da residência, gerando uma situação de dedução/não tributação.

Sob a ótica da ação 2 do projeto BEPS, essa operação mencionada no exemplo seria reprovada, mas, tendo uma empresa dois caminhos lícitos para reduzir sua carga tributária, não faria sentido se escolhessem o mais oneroso, uma vez que as empresas visam lucros e qualquer estratégia lícita para aumentar os rendimentos deve ser aproveitada. Se a opção menos onerosa gera prejuízo aos Estados, o cerne do problema não está na proficiência do planejamento realizado, mas sim nas falhas legislativas e na falta de harmonia normativa entre os países. Com um olhar menos refinado, pode-se encarar como planejamento tributário agressivo ou abusivo aquele que, apesar de lícito, não supra as expectativas arrecadatórias dos países.

A ação 12 do projeto BEPS tem como finalidade combater os planejamentos tributários “abusivos” e “agressivos”. Seu escopo foi desenvolver recomendações para que os países editassem normas, obrigando o contribuinte a informar os fiscos de seus países acerca dos seus planejamentos tributários, levando em consideração os custos para as administrações tributárias e para os contribuintes, com o fim de corrigir as distorções provocadas pela assimetria de informações entre fisco e contribuinte.

Espera-se que o contribuinte coopere com a administração pública, propiciando uma transparência nas informações e colaborando, portanto, com a identificação de planejamentos tributários agressivos ou abusivos.

As vantagens da adoção desse regime obrigatório de declaração seriam: (i) a redução do tempo necessário para que uma autoridade tributária possa identificar uma lacuna ou interpretação que dê suporte a um planejamento tributário agressivo ou abusivo; e (ii) impedir que haja a transposição de estruturas e esquemas tributários de uma jurisdição a outra (Baker, 2015, p. 89).

Foram apresentadas ações para o controle de planejamentos tributários, com o intuito de identificar uma suposta “agressividade”, mas esse termo não tem conceito definido, não há um consenso internacional a respeito do que é um planejamento tributário agressivo.

Nesse sentido, não se pode definir uma ação sem que esta esteja devidamente conceituada. Seria o mesmo que condenar um indivíduo que cometeu uma ação não tipificada, não sendo, portanto, crime, ainda que a ação pareça absurda aos olhos da maioria. Se uma empresa se utiliza de meios lícitos, sem a comprovação de qualquer fraude ou simulação, e tais meios produzem resultados satisfatórios, sejam eles de redução tributária significativa, sejam, até mesmo, de isenções, ela praticará elisão tri-

butária; não há que se falar, então, em agressividade. Desse modo, é possível compreender a ausência de conceito para o termo “agressivo”, já que é infrutífero tentar classificar uma ação lícita, já conceituada como elisão fiscal, com outro termo (planejamento tributário agressivo), a fim de coibi-la.

Por outro lado, em relação ao termo “abusivo”, a dificuldade enfrentada não é de conceituá-lo, mas de identificá-lo no caso concreto. Uma empresa que recorreu a meios ilícitos e fraudulentos para estruturar seu planejamento tributário pode vê-lo ser considerado abusivo. Mas veja, há uma necessidade de comprovação do ato ilícito. A legislação interna vai ditar o tom do planejamento, já que o ilícito em um país pode ser lícito em outro. Eis o desafio enfrentado pela OCDE. Os países não aderentes às recomendações do BEPS continuarão com suas atividades econômicas, com a intenção de atrair cada vez mais investidores. Os planejamentos serão baseados nas legislações internas, o que relativiza o conceito de “abuso”.

3. DA MORALIDADE E LICITUDE

A palavra moral vem do latim *mos* ou *moris*, que significa costumes. Nós vivemos em uma sociedade que tem normas estabelecidas do que é certo e do que é errado. Em um sentido mais simples, a noção de moralidade pode estar associada às noções de justiça, ação e dever: a moralidade não se relaciona àquilo que cada um quer para si e sim às formas de agir com o outro. Aqui, é possível entender que a moral antecede a justiça, ou seja, as normas jurídicas são estabelecidas pelos costumes e necessidades específicas de cada sociedade. A moral é constituída por concepções do que é bom, mau, justo ou injusto, sendo uma grande inspiração para o legislador. No entanto, vale ressaltar que nem tudo que é imoral é ilegal e, por essa razão, a moralidade nos planejamentos internacionais tem ocupado destaque nos debates jurídicos no mundo inteiro. “No debate existente sobre os limites ao planejamento tributário internacional, foram introduzidas as noções fluídas de moralidade e justiça, aumentando a complexidade e a insegurança dentro de um campo que, como visto, já era bastante arenoso” (Panayi, 2015, p. 548).

O fato de o legislador se inspirar na moral para normatizar regras não enseja que as ações consideradas imorais não normatizadas devam ser reprimidas, como se ilegais fossem, do contrário estaríamos sucumbindo o Poder Legislativo e sua função.

Trazendo a discussão para o âmbito do Direito Tributário, atrelar o conceito de imoralidade à ilegalidade pode ser um equívoco, uma vez que moralidade e imoralidade possuem caráter subjetivo, não sendo possível determinar ações como ilícitas caso não estejam normatizadas. Do mesmo modo, só é possível caracterizar um planejamento tributário internacional como agressivo caso tenha seus limites definidos por

normas; julgá-lo imoral não seria suficiente para coibir sua execução.

Ademais, dentro do contexto de um Estado de Direito, em que o planejamento tributário surge como expressão da liberdade empresarial e da livre iniciativa, a tributação justa ou injusta não é resultado de um julgamento moral, mas da conformidade da carga tributária com aquilo que foi estabelecido pelo Poder Legislativo, ao conformar o sistema tributário e fixar as regras de Direito Tributário Internacional Atual nº 2 51 incidência tributárias (Carrero; Seara, 2016, p. 217).

O contribuinte se rege pelas legislações, portanto, apenas o direito positivado poderia restringir suas ações. As obrigações tributárias devem estar expressamente normatizadas e as opções menos onerosas podem ser aderidas, sem que sejam consideradas agressivas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As medidas apresentadas pela OCDE, em seu projeto BEPS, propõem uma transformação no cenário tributário internacional e são também uma oportunidade para se repensar as legislações internas, os acordos e os tratados internacionais. Independentemente da aderência dos países a essas recomendações e de como o mundo vai reagir a essas medidas, é importante destacar a atuação constante da OCDE e do G20 em busca de soluções para os inúmeros desafios tributários enfrentados no mundo inteiro. Diante de uma guerra fiscal internacional intensa, em meio a uma aceleração da evolução tecnológica, é preciso uma reforma tributária internacional.

A globalização trouxe desafios à administração tributária dos Estados, como tributar ativos intangíveis e estabelecer fronteiras digitais. Esse cenário propiciou boas oportunidades ao contribuinte, que, de forma lícita, aderiu a bons planejamentos tributários internacionais. Nota-se uma busca incessante por alternativas que impeçam o contribuinte de lograr êxito nas suas tentativas de reduzir a carga tributária.

Os planejamentos tributários que usufruem de grandes privilégios, como a isenção de impostos em determinadas situações, são vistos como agressivos ou abusivos, o que pode ser um equívoco. A lei estabelece parâmetros do que não é permitido, sendo assim, qualquer conduta não normatizada deve ser considerada lícita, ainda que contrarie preceitos morais. A moral é inspiração para o legislador normatizar uma conduta, mas não tem capacidade de atribuir ilicitude a uma ação, ou seja, o fato de ser imoral não torna uma conduta ilícita, isso só é possível por uma positivação normativa. Sendo assim, o argumento de imoralidade é insuficiente para coibir a elisão fiscal considerada agressiva ou abusiva.

Há uma transferência de responsabilidade dos Estados para o contribuinte. A guerra fiscal internacional é potencializada pelo desalinhamento entre as legislações internas de cada país. Os planejamentos agressivos e abusivos não seriam possíveis, caso as normas internas fechassem as lacunas que beneficiam o contribuinte e editassem normas delimitadoras eficientes de planejamentos tributários. Enquanto essas normas delimitadoras não forem editadas, não será possível classificar os planejamentos como agressivos ou abusivos, de tal modo que não podem ser coibidos.

Há um longo caminho a ser percorrido pelo plano de ação BEPS e, ainda que factível, sua implementação dependerá de alteração legislativa interna. O plano, se bem realizado, diminuirá os efeitos de erosão da base tributária, mas não irá afastá-los por completo.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Os desafios do planejamento tributário internacional na era pós-Beps. *In*: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **50 anos do Código Tributário Nacional**. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 989-1028. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/09/BEPS.pdf>. Acesso em: 13 maio 2024.

BAKER, Philip. The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes. **Intertax**, Alphenaan Den Rijn, v. 43, n. 1, p. 89, 2015.

CARRERO, José Manuel Calderón; SEARA, Alberto Quintas. The concept of “aggressive tax planning” launched by the OECD and the EU commission in the BEPS era: redefining the border between legitimate and illegitimate tax planning. **Intertax**, Alphenaan Den Rijn, v. 44, n.º 4, 2016.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Humberto Bruno de. **Análise das propostas do plano BEPS da OCDE/G20 sobre tributação dos serviços digitais e a atual situação internacional**. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/pubpreliminar/210621_nota_tecnica_preliminar_tributacao_de_servicos_digitais.pdf. Acesso em: 29 abr. 2024.

FOSSATI, Gustavo; DE PAULA, Daniel Giotti. **Tributação da economia digital na esfera internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022.

HABLE, José. O sistema tributário nacional nos cinquenta anos do Código Tributário Nacional e os sobreprincípios da segurança jurídica e da justiça fiscal. *In*: SACHIDA, Adolfo; SIMAS, Erich Endrillo Santos. **Reforma Tributária**. Rio de Janeiro: Ipea, OAB/DF, 2018.

PANAYI, Christiana H. J. I. Is aggressive tax planning socially irresponsible?

Intertax, Alphen aan Den Rijn, v. 43, n.º 10, 2015.

SAKAMOTO, Priscila Yumiko; BASSOLI, Marlene Kempler. **Os limites constitucionais do planejamento tributário**. Londrina: *Scientia Iuris*, v. 9, 2005.

TAKANO, Caio Augusto. O conceito de planejamento tributário agressivo e os novos standards tributários internacionais do Projeto BEPS. **Revista de Direito Tributário Internacional Atual**, p. 42-64, 2022.

_____. O Direito Tributário Internacional e interdisciplinariedade: o caso do planejamento tributário agressivo. **XVII Congresso Nacional de Estudos Tributários**: meio século de tradição/coordenação Paulo de Barros Carvalho; organização Priscilla de Souza. São Paulo: Noeses, IBET, 2021.

O CONFLITO ENTRE O CONTROLE DE LEGALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O QUE ESPERAR COM A VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 132/2023

AUTORA

Helena Brandão Nogueira de Oliveira Moraes

RESUMO

O presente artigo busca analisar, à luz do federalismo brasileiro, da jurisprudência das Cortes Superiores e das já existentes contraposições entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), se a previsão, na Emenda Constitucional nº 132/2023 (Reforma Tributária), da competência do Tribunal da Cidadania para processar e julgar os conflitos entre entes federativos, ou entre esses e o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços conflita com a competência da Suprema Corte para processar e julgar causas e conflitos entre a União e os estados e o Distrito Federal, ou entre uns e outros.

Entende-se como hipótese que a nova competência do STJ está abarcada pelas atribuições constitucionais do STF, razão pela qual a Reforma Tributária teria criado um novo motivo de disputa entre os Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Federalismo, Reforma Tributária, Competência, Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The present article seeks to analyze, in light of Brazilian federalism, the jurisprudence of the Higher Courts, and the existing contrasts between the Supreme Federal Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ), whether the provision in Constitutional

Amendment No. 132/2023 (Tax Reform), attributing competence to the STJ to process and judge conflicts between federative entities, or between these and the Management Committee of the Tax on Goods and Services, conflicts with the competence of the Supreme Court to process and judge cases and conflicts between the Union and the states and the Federal District, or between them.

keywords: Federalism, Tax Reform, Competence, Brazilian Supreme Federal Court, Brazilian Superior Court of Justice

INTRODUÇÃO

O Brasil foi introduzido ao federalismo com a promulgação da República, em 1889, de modo que, entre processos de centralização e descentralização, desde a Constituição de 1891 há um modelo basilar de organização nacional, a partir da união de entes federados autônomos atrelados a um governo central por meio do pacto federativo. Em outras palavras, o país é organizado com fundamento em uma negociação entre os entes que cedem parte de sua soberania para viabilizar a centralização de atividades essenciais¹.

Apesar das características de cada período no ordenamento jurídico brasileiro, ora com mais foco na esfera federal, ora com maior tentativa de equilíbrio entre os entes, o federalismo, enfrentando diversas mudanças e evoluções, prevaleceu.

Com a Constituição Federal de 1988, o Brasil traçou novos rumos em relação ao federalismo, essencialmente em razão da instabilidade anterior, causada pelo regime militar, que fez emergir um maior protagonismo dos governadores e, consequentemente, uma busca pela redução da influência da União e pelo equilíbrio entre os entes federados².

Diante de tantas alterações, muitas vezes oriundas apenas da evolução natural da sociedade, das formas de governo e do sistema jurídico, não basta, para a manutenção do funcionamento adequado do federalismo, apenas diretrizes constitucionais e legislativas definindo competências, sendo necessário um órgão de controle para fiscalizar e regular a estrutura federal. No Brasil, essa função é de responsabilidade do Poder Judiciário³.

¹ FONSECA, Rafael Campos Soares. Repercussões do Federalismo Fiscal na Reforma Tributária, 2022, p. 107.

² LOPREATO, Francisco Luiz C. Federalismo brasileiro: origem, evolução e desafios. Economia e Sociedade, Campinas, v. 31, n. 1 (74), 2022, p. 25.

³ ANSELMO, José Roberto. O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro. 2006. 248 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 9.

Por essa razão é que os contribuintes, assim como a Fazenda Pública, possuem sempre à sua disposição a possibilidade de recorrer ao Judiciário para efetivar e resguardar o princípio federativo⁴.

Mais especificamente, o art. 102, I, “f” da Constituição Federal estabelece que a guarda da Carta Magna cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF), sendo uma de suas competências originárias processar e julgar as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

Portanto, o constituinte, a partir do papel da Suprema Corte de “guardiã da Constituição”, lhe designou o dever de zelar pelo próprio federalismo e pelo seu equilíbrio dentro do ordenamento jurídico.

Tal atribuição não parece ser controvertida na doutrina e na jurisprudência. Contudo, em diversas temáticas, é inegável que, atualmente, existe um conflito de competência entre o STF e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual se torna ainda mais evidente em matéria tributária.

Em que pese as suas atribuições estarem bem definidas na Constituição Federal, em seus arts. 102 e 105, as Cortes ainda julgam as mesmas temáticas, essencialmente porque algumas discussões geram dúvidas acerca da natureza constitucional ou infraconstitucional da questão controvertida.

E, nesse contexto de disputa entre o Tribunal da Cidadania e a Suprema Corte, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 132/2023, que institui a Reforma Tributária no ordenamento jurídico brasileiro.

O texto estabeleceu uma nova competência originária para o STJ, qual seja, “processar e julgar os conflitos entre entes federativos, ou entre esses e o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, relacionados aos tributos previstos nos artigos 156-A e 195, V”.

A partir da leitura do dispositivo, questiona-se se os conflitos entre os entes federativos ou entre eles e o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) podem ser caracterizados como “conflitos federativos qualificados”, os quais são, atualmente, analisados exclusivamente pelo STF.

Nesse sentido, a novidade acende um alerta: a previsão da chamada “Ação Declaratória de Legalidade” conflita com a competência da Suprema Corte para processar e

⁴ FUCK, Luciano Felício. Estado fiscal e Supremo Tribunal Federal. São Paulo, Saraiva, 2017 (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica), p. 90.

julgar causas e conflitos entre a União e os estados e o Distrito Federal, ou entre uns e outros?

Diante desse cenário e a espera de um futuro ainda incerto, é isso que se pretende analisar no presente artigo, à luz do federalismo brasileiro, da jurisprudência das Cortes Superiores e das já existentes contraposições entre o STF e o STJ.

CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 prevê diversas competências aos entes federados, as quais, em termos tributários, foram drasticamente alteradas com o advento da Emenda Constitucional nº 132/2023.

Não obstante, considerando os cenários pré e pós Reforma Tributária, é certo que os litígios federativos são ocasionados e impulsionados, em muitos casos, pela divisão de competência entre os entes federados⁵.

Nesse sentido, dada a diversidade de competências constitucionais atribuídas aos entes federados, as quais, em diversas matérias, privilegiam a União em detrimento dos estados-membros, é de se esperar a ocorrência de certo desequilíbrio, bem como de conflitos entre os entes⁶.

Surge, portanto, a necessidade de um órgão que atue em prol da defesa do pacto federativo sendo que, para casos como o Brasil, em que existem múltiplos atores envolvidos em conflitos (União, estados e municípios), a relevância do Poder Judiciário fica ainda mais acentuada⁷, porquanto é necessário um árbitro que efetivamente seja capaz de, minimizando eventuais impactos, resguardar a estrutura federativa.

Por essa razão, o dever de fortalecer e proteger o federalismo não é único e exclusivamente da Suprema Corte⁸, sendo necessária a participação e atuação das demais esferas dos poderes.

⁵ NERY, Ana Rita de Figueiredo. Supremo Tribunal Federal e solução de conflitos federativos em serviços públicos: Porto de Suape. in *Interpretação Constitucional no Brasil*, Escola Paulista de Magistratura, 2017, p. 191.

⁶ MORAES, Alexandre. Federação brasileira - necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, 2009, p. 21.

⁷ OLIVEIRA, Vanessa Elias. Poder Judiciário: Árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e União. *Lua Nova*, São Paulo, 78, 2009, p. 227.

⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Considerações sobre o federalismo brasileiro. *Revista de Justiça e Cidadania*, nº 157. Rio de Janeiro: JC, 2013.

Contudo, é certo que, no ordenamento jurídico brasileiro, o STF possui papel ainda mais relevante no que se refere à manutenção da estrutura federativa. Tanto é assim que, visando dar máxima efetividade à proteção da federação, o constituinte estabeleceu na Carta Magna, em seu art. 102, I, "f", a responsabilidade do Supremo para processar e julgar os litígios entre entes federativos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

Contudo, apesar dessa expressa previsão, não são todos os conflitos entre os entes federados que atraem a competência de julgamento da Suprema Corte, uma vez que o STF, em sua firme jurisprudência, faz uma interpretação bastante restritiva do dispositivo constitucional que lhe outorga a competência para solucionar litígios entre os entes federados⁹.

Tanto é assim que o Ministro Gilmar Mendes, ao analisar a Ação Cível Originária nº 2.983/PR, enfatizou que apenas cabe ao Guardião da Carta Magna julgar e intervir em casos que traduzam a ocorrência de um verdadeiro conflito federativo, capaz, portanto, de abalar a união entre os entes federados¹⁰.

No mesmo sentido, outros precedentes afastam a competência da Suprema Corte quando os conflitos federativos não desestabilizam o pacto federativo, a exemplo de litígios políticos ou meramente patrimoniais:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO. INCOMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que somente conflitos político-federativos que importam desestabilização do pacto federativo são objeto da jurisdição originária desta Corte. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (ACO 690 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 30.8.2016)

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE NATUREZA MERAMENTE PATRIMONIAL. NÃO INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 102, I, f, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DISCUSSÃO QUE DIZ RESPEITO APENAS AO QUANTUM DE REPASSE. INCAPACIDADE DE

⁹ DANTAS, Andrea de Quadros. O STF como árbitro da federação: uma análise empírica dos conflitos federativos em sede de ACO, pp. 10-11.

¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 2.983/PR. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 05/11/2018.

VULNERAÇÃO AO PRINCÍPIO FEDERATIVO. CAUSA QUE NÃO SE REVESTE DE DENSIDADE SUFICIENTE A JUSTIFICAR A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DESTA CORTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A competência constitucional originária do Supremo Tribunal Federal para a ação prevista no art. 102, I, f, da Constituição Federal demanda a existência de situação de conflito capaz de abalar o pacto federativo. Precedentes: ACO 1.364, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 6/8/2010; ACO 1.140, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 26/5/2010; ACO 1.295- AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe de 2/12/2010; ACO 1.480 QO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20/08/2010; Rcl 3.152, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 13/03/2009; RE 512.468 AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 06/06/2008. 2. In casu, verifica-se que o objeto do pedido revela interesse eminentemente patrimonial, dissociado de qualquer questão capaz de por em risco o princípio federativo, não se justificando a competência originária do STF. 3. Agravo regimental DESPROVIDO". (ACO 570 AgR-segundo, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29.2.2016)

Há, por conseguinte, uma distinção entre meros conflitos entre entes da federação, caracterizados por litígios judiciais entre União e estados membros que não possuem a capacidade de afrontar a federação, e conflitos efetivamente federativos, os quais têm a potencialidade de desequilibrar o pacto federativo.

Assim, em resumo, consoante se infere da disposição constitucional, somada à interpretação a ela dada pela Suprema Corte, tem-se que cabe ao STF processar e julgar originariamente conflitos federativos qualificados, ou seja, que podem, potencialmente, afrontar a estrutura federativa.

CENÁRIO PRÉ REFORMA TRIBUTÁRIA: EMBATE ENTRE STF E STJ EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Os arts. 102 e 105 da Constituição Federal estabelecem as competências das Cortes Superiores, ficando o STF responsável por resolver conflitos de ordem constitucional e o STJ processar e julgar casos relativos à legislação infraconstitucional.

Contudo, apesar das competências estarem bem definidas na Carta Magna, atualmente, é inegável que, na prática, existe um conflito de competência entre as Cortes Superiores no Brasil, o qual se destaca ainda mais no âmbito do Direito Tributário, uma vez que determinadas matérias ora são entendidas como infraconstitucionais, ora como constitucionais.

Nesse sentido, é possível verificar a existência de diversas teses julgadas pelo Tribunal da Cidadania, inclusive em sede de recurso repetitivo, que foram posteriormente alteradas em razão de julgamentos, pela Suprema Corte, de processos em sede de repercussão geral.

Para fins elucidativos, sem qualquer pretensão de exaurir o estudo do tema, convém citar alguns recentes entendimentos que sofreram essa mudança em razão do embate entre STJ e STF:

Tabela 1 - Comparação entre a jurisprudência do STJ e do STF

Controvérsia	Entendimento do STJ	Entendimento do STF
Incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de terço constitucional de férias	É ilegal a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa) sobre a importância paga a título de terço constitucional de férias (Tema Repetitivo 479)	É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias (Tema 985 da Repercussão Geral)
Incidência de ICMS sobre o valor pago a título de assinatura básica mensal pelo serviço de telefonia	É ilegal a incidência de ICMS sobre a prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (Tema Repetitivo 137)	É legítima a incidência de ICMS sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviço de telefonia (Tema 827 da Repercussão Geral)
Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins	A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS (Súmula 68/STJ)	O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins (Tema 69 da Repercussão Geral)
Incidência de IRPJ e CSLL sobre a taxa Selic recebida pelo contribuinte na repetição de indébito	É legítima a incidência do IRPJ e da CSLL sobre a taxa Selic nas hipóteses de repetição de indébito (Tema Repetitivo 505)	É inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os valores atinentes à taxa Selic recebidos em razão da repetição de indébito tributário (Tema 962 da Repercussão Geral)
Limites da coisa julgada, dadas as alterações legislativas posteriores ao trânsito em julgado de sentença declaratória de inexistência de relação jurídica tributária no tocante à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido instituída pela Lei 7.689/88	O fato de o STF posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada (Tema Repetitivo 340)	Os efeitos da coisa julgada em matéria tributária cessam após o pronunciamento do Supremo em sentido contrário em sede de controle concentrado ou difuso (com repercussão geral) de constitucionalidade (Temas 881 e 885 da Repercussão Geral)

Fonte: elaboração própria por meio de pesquisa jurisprudencial nos sites do STJ e do STF

A partir do quadro acima, fica evidente a alteração de entendimentos firmados pela Corte Superior, inclusive de caráter vinculante (súmula ou tema repetitivo), pela Su-

prema Corte em momento posterior.

Tal situação muito se dá em razão do próprio comportamento do STF que, ao se deparar inicialmente com determinadas matérias, as enquadra como infraconstitucionais, até mesmo aplicando óbices sumulares.

Por exemplo, a matéria relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de terço constitucional de férias (v. primeira linha da Tabela 1), era amplamente reconhecida pela Suprema Corte como infraconstitucional, razão pela qual cumpria ao STJ dar a última palavra sobre o tema¹¹.

Esse movimento faz com que, em diversas matérias, haja uma instabilidade na segurança jurídica e um abalo na legítima expectativa tanto dos contribuintes, quanto da Fazenda Pública, pautada nas decisões proferidas pela Corte Superior.

O conflito aqui analisado pode ocorrer tanto na hipótese de nenhum dos Tribunais entender que possui competência para julgar determinado assunto, quando o STJ não conhece do recurso em razão da constitucionalidade da matéria e, por outro lado, o STF aponta que a discussão ofende apenas indiretamente a Carta Magna, quanto no caso de ambas as Cortes entenderem que são competentes para dar a palavra final sobre a questão controvertida¹².

A questão é tão crítica que, na primeira situação, há risco de que se tenha uma matéria sem precedente vinculante e *erga omnes*, de forma que, ao menos temporariamente, a decisão final da matéria fica a cargo dos Tribunais de 2ª Instância.

Importante pontuar que o conflito entre os Tribunais ocorre ainda que, aparentemente, suas competências estejam bem definidas na Constituição Federal, não parecendo haver, pela leitura do texto constitucional um ponto de encontro que propicie um cenário de dúvidas.

Contudo, com a introdução, pela Reforma Tributária, do art. 105, I, "j" na Constituição Federal, que prevê a competência do STJ para processar e julgar, originariamente, os conflitos entre entes federativos, ou entre estes e o Comitê Gestor do IBS, o contexto se altera, uma vez que se inaugura uma aproximação de competências das Cortes Superiores.

¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4.463/SP. Relator Ministro Edson Fachin, julgada em 21/06/2022, p. 15.

¹² GRUPENMACHER, Betina Treiger; FEIJÓ, Maria Angélica. Conflito de precedentes em matéria tributária: mudança de entendimento jurisprudencial e segurança jurídica. Revista da Faculdade de Direito UFPR., Curitiba, v. 67, n. 1, p. 107-125, jan./abr. 2022, p. 113

Assim, a Emenda Constitucional teria criado mais um motivo de conflito entre a Suprema Corte e o Tribunal da Cidadania? Essa é a reflexão que se busca fazer no tópico seguinte.

CENÁRIO PÓS REFORMA TRIBUTÁRIA: UM NOVO MOTIVO DE CONFLITO ENTRE AS CORTES SUPERIORES?

Com a Reforma Tributária, os conflitos entre entes federados poderão ser julgados tanto pelo STF, quanto pelo STJ. É isso o que se extrai dos arts. 102, I, "f" e 105, I, "j", da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

j) os conflitos entre entes federativos, ou entre estes e o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, relacionados aos tributos previstos nos arts. 156-A e 195, V;

Existem, sem dúvidas, pontos de conexão entre os dispositivos, mas também de distinção, sendo necessário analisar quais situações estão abrangidas pela norma, considerando, inclusive, a jurisprudência atual sobre o tema.

Inicialmente, no que se refere à competência do STF, conforme já analisado anteriormente, apenas os conflitos federativos qualificados, ou seja, que possuem potencialidade de desequilibrar o pacto federativo, é que são analisados pelo Supremo Tribunal.

Assim, como detalhado nos tópicos acima, não basta que haja um mero litígio entre a União e os estados-membros, ou entre uns e outros, para que a competência da Suprema Corte seja acionada.

Por sua vez, em relação ao STJ, a própria Constituição Federal faz uma restrição, pois atribui a competência apenas para a resolução de conflitos entre os entes federativos ou entre eles e o Comitê Gestor do IBS que sejam relacionados ao IBS.

Mas, no que se refere à jurisprudência, ainda não é possível saber se todos os conflitos entre as mencionadas partes serão julgados pelo Tribunal da Cidadania, ou se

será adotado o racional construído pelo STF, no sentido de que apenas os casos que possam afrontar efetivamente a federação serão de competência do STJ.

Neste momento inicial, pode-se pensar sobre a divisão das competências relacionadas a conflitos federativos a partir da seguinte tabela:

Tabela 2 - Relação de competências após a vigência da Reforma Tributária

Situação	Competência originária
Conflitos qualificados entre entes federativos não relacionados ao IBS	STF
Conflitos meramente litigiosos entre entes federativos não relacionados ao IBS	Justiça Comum
Conflitos qualificados entre entes federativos relacionados ao IBS	STJ
Conflitos meramente litigiosos entre entes federativos relacionados ao IBS	STJ
Conflitos entre entes federativos e Comitê Gestor do IBS relacionados ao IBS	STJ

Fonte: elaboração própria

Quanto ao primeiro tipo de conflito, parece não haver dúvidas que a competência não sofrerá qualquer alteração, porquanto não há nenhum impacto advindo da Reforma Tributária em relação à atribuição para processar e julgar conflitos qualificados entre entes federativos não relacionados ao IBS, que permanecerá a cargo da Suprema Corte.

O mesmo se aplica aos conflitos que não são entendidos como qualificados e que, portanto, não são analisados pelo STF, e que não são relacionados ao IBS, caso em que a competência de julgamento continuará sendo da Justiça Comum.

Por sua vez, os conflitos qualificados entre entes federativos relacionados ao IBS, a partir da leitura do art. 105, I, "j", da Constituição Federal, serão analisados originariamente pelo STJ, assim como os conflitos meramente litigiosos entre entes federativos relacionados ao IBS e os conflitos entre entes federativos e Comitê Gestor do IBS relacionados ao IBS.

O principal embate reside na terceira situação elencada na Tabela 2, referente aos conflitos qualificados entre entes federativos relacionados ao IBS. Nesse ponto, as competências do STF e do STJ parecem conflitar.

Isso porque, justamente em razão do papel de Guardião da Constituição, e o intuito de resguardar com máxima efetividade o equilíbrio do federalismo, foi atribuída a competência ao órgão de cúpula do Poder Judiciário para processar e julgar, originariamente, todos os conflitos entre entes federados que possam abalar a estrutura federativa.

A hipótese de competência originária do Tribunal da Cidadania para analisar quaisquer conflitos entre entes federativos relacionados ao IBS parece tratar de uma situação que está abarcada pela atribuição da Suprema Corte prevista no art. 102, I, "f", da Carta Magna, uma vez que o referido dispositivo não faz nenhuma restrição relativa ao tributo objeto do conflito federativo, de forma que, da leitura da norma, extrai-se que todos os conflitos federativos qualificados deverão ser apreciados pelo STF.

Assim, questiona-se se será possível retirar da competência do Supremo Tribunal apenas aqueles conflitos federativos qualificados relacionados ao IBS, a fim de que sejam analisados originariamente pelo STJ.

Dado o possível conflito de normas, cumpre analisar se sua resolução pode se dar a partir da Lei de Introdução às Normas do Direito (LINDB), tanto à luz do critério temporal, segundo o qual lei posterior revoga a anterior (art. 2º, §1º, da referida legislação), quanto a partir do critério da especialidade, no sentido de que a norma especial prevalece sobre a geral (art. 2º, §2º, da LINDB).

Quanto ao primeiro critério, o art. 105, I, "j", da Carta Magna não parece revogar o art. 102, I, "f", da Constituição Federal, uma vez que o primeiro, apesar de tratar de questão semelhante a do segundo, abarca situação muito mais pontual, referente única e exclusivamente aos conflitos relacionados ao IBS.

Nesse sentido, entende-se que não há como sustentar a ocorrência de revogação, nem sequer parcial, dado que, nos termos da Emenda Constitucional nº 132/2023, o STF permanecerá analisando originariamente os conflitos federativos qualificados, ficando a cargo do STJ apenas aqueles relativos ao IBS.

Por sua vez, é possível a aplicação do critério da especialidade, porquanto o art. 105, I, "j", da Lei Maior prevê hipótese mais específica que o art. 105, I, "j" do texto constitucional, de forma que os dispositivos poderiam conviver harmonicamente no sistema jurídico, caso observada a divisão proposta na Tabela 2.

Contudo, o problema certamente não será solucionado de forma tão simples, pois é provável que a análise dos conflitos federativos qualificados relacionados ao IBS não escapem da análise da Suprema Corte, ainda que processados e julgados de forma originária pelo Tribunal da Cidadania.

Isso porque entende-se não ser possível cercear o direito de defesa das partes, impedindo a interposição de recursos destinados ao STF em face da decisão do STJ que analisar o litígio qualificado relacionado ao IBS.

Nesse sentido, a título exemplificativo, imagine-se um cenário em que o STJ julga originariamente um conflito qualificado que tem por objeto discussão envolvendo o IBS e, no teor da decisão proferida pela Corte Superior, a parte envolvida identifica uma violação constitucional que, consoante o art. 102, III, "a", da Constituição Federal, deve ser julgada pelo Supremo Tribunal em sede de recurso extraordinário.

Ao julgar o referido recurso, caso a revisão do mérito da decisão proferida pelo Tribunal da Cidadania fizer parte da argumentação do recorrente, será permitido ao STF reexaminar a questão jurídica discutida, viabilizando, portanto, o julgamento do conflito federativo qualificado relacionado ao IBS pela Suprema Corte.

Tal situação abre margem, portanto, para uma nova modalidade de confronto entre os Tribunais Superiores, mas agora especificamente em relação aos conflitos federativos.

Isso porque, conforme pontuado anteriormente, a competência originária do STF para julgar conflitos federativos qualificados parecia não gerar dúvidas, de modo que os já existentes embates entre a Suprema Corte e a Corte Superior tinham por objeto outras temáticas, exemplificadas na Tabela 1.

É por essa razão que se tem como hipótese que a previsão na Emenda Constitucional nº 132/2023 da nova competência do STJ para processar e julgar litígios entre os entes federados relacionados ao IBS poderá intensificar a disputa entre as Cortes Superiores.

Assim, em resumo, considerando que, mesmo no cenário anterior à Reforma Tributária, em que as competências estabelecidas nos arts. 102, I, "f" e 105, I, "j", da Constituição Federal pareciam não estar em desarmonia, já existiam evidentes conflitos de atribuições entre as Cortes Superiores, com a Emenda Constitucional nº 132/2023 apresenta-se novo motivo de embate entre STF e STJ.

CONCLUSÃO

O Brasil, a partir da Constituição de 1891, adotou o modelo federativo para fins de organização nacional, sendo que a forma federativa do Estado é uma cláusula pétrea da Constituição Federal, de forma que não é possível o seu desvirtuamento, nem mesmo a partir da edição de emendas constitucionais¹³.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 19. ed., São Paulo, SaraivaJur, 2024 (Série IDP), p. 66.

Dada a relevância da estrutura federativa e tendo em vista que, para a sua manutenção, não é suficiente apenas a divisão constitucional de competências, um órgão é responsável pela proteção do sistema federativo, sendo que, caso brasileiro, esse papel foi atribuído ao Poder Judiciário e, essencialmente, à Suprema Corte, que, por ser Guardiã da Constituição, tem a atribuição de processar e julgar conflitos entre os entes federados que possam desestabilizar o federalismo.

A referida atribuição não parece ser controvertida na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que não há grandes discussões acerca da competência do STF para julgar e processar, originariamente, os conflitos federativos qualificados, situação que é bastante distinta quando analisadas outras questões.

Isso porque em diversas temáticas, é inegável que, atualmente, existe um conflito de competência entre a Suprema Corte e o Tribunal da Cidadania, o qual se torna ainda mais evidente em matéria tributária.

Nesse contexto, diversos são os julgamentos realizados pelo STJ, inclusive em sede de recursos repetitivos, que são posteriormente alterados pelo STF em sede de processos com repercussão geral reconhecida, situação que causa um significativo cenário de instabilidade jurídica e, conseqüentemente, de frustração à legítima expectativa das partes em relação a precedentes já sedimentados.

Referido embate pode se dar em situações que ambas as Cortes se sentem competentes para julgar determinada matéria, ou quando os dois Tribunais afastam a sua competência para analisar algum assunto, situação em que a matéria acaba por não ter um responsável, ficando a cargo dos Tribunais de 2ª Instância a palavra final sobre determinados temas, ainda que temporariamente.

Tais conflitos existem ainda que as competências do STF e do STJ estejam bem definidas nos arts. 102, I, "f" e 105, I, "j", da Constituição Federal, que adequadamente diferenciam os papéis de cada órgão, essencialmente pelo caráter constitucional ou infraconstitucional da questão controvertida.

Contudo, com a Emenda Constitucional nº 132/2023, foi atribuída ao STJ nova competência originária, relativa ao julgamento e processamento de conflitos entre entes federativos, ou entre estes e o Comitê Gestor do IBS, relacionados ao IBS.

Ocorre que a referida atribuição parece conflitar com a autoridade da Suprema Corte de processar e julgar as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros prevista no art. 102, I, "f", da Carta Magna, uma vez que o dispositivo não faz nenhuma distinção ou restrição em razão do tributo posto em discussão.

Isso porque, embora a competência da Corte Superior seja mais restrita que a do STF, a atribuição a ela conferida parece estar abarcada pela atribuição da Suprema Corte de processar e julgar conflitos federativos qualificados, que é prevista na Constituição Federal sem qualquer restrição ou limitação do tributo controvertido.

Assim, conclui-se que a Reforma Tributária criou nova hipótese de embate entre os Tribunais Superiores, dessa vez específica à resolução de conflitos federativos qualificados relacionados ao IBS, porquanto entende-se que, em um primeiro momento, ambas as Cortes poderão julgar a matéria controvertida.

A princípio, é viável imaginar uma solução para a problemática aqui analisada à luz da especificidade do art. 105, I, "j", da Constituição Federal, em comparação à norma geral estabelecida pelo art. 102, I, "f", também da Magna Carta, nos termos estabelecidos pela LINDB, que prevê que a norma especial prevalece sobre a geral nos pontos de conflito.

Entretanto, o embate não parece ser facilmente solucionado, dado que não será viável impedir que, em grau de recurso interposto em face da decisão proferida pelo Tribunal da Cidadania, o conflito federativo qualificado relacionado ao IBS seja analisado pela Suprema Corte.

Por exemplo, caso o STJ profira decisão originária sobre conflito federativo qualificado, cujo objeto de discussão seja matéria relativa ao IBS, e a parte identificar violação constitucional no pronunciamento judicial, terá, à sua disposição, a possibilidade de interpor recurso extraordinário para que a matéria seja apreciada pelo STF, nos termos do art. 102, III, "a", do texto constitucional.

Portanto, entende-se que, ainda que os arts. 102, I, "f", e 105, I, "j", da Carta Magna convivam harmonicamente em razão do critério da especialidade, parece não ser possível evitar a disputa de competência entre os Tribunais Superiores no que se refere aos conflitos federativos qualificados relacionados ao IBS, porquanto ambas as Cortes poderão se pronunciar sobre eles.

Assim, a Emenda Constitucional nº 132/2023, que instituiu a Reforma Tributária, estabeleceu diretrizes que poderão intensificar o embate entre a Suprema Corte e a Corte Superior, pois cria um novo motivo de embate, relativo à competência para análise de conflitos federativos, o qual, anteriormente, não era objeto da concorrência entre ambos os Tribunais.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, José Roberto. O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro. 2006. 248 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7343/1/DIR%20%20Jose%20Roberto%20Anselmo.pdf>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 4.463/SP. Relator Ministro Edson Fachin, julgada em 21/06/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352446532&ext=.pdf>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 2.983/PR. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 05/11/2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338982153&ext=.pdf>.

DANTAS, Andrea de Quadros. O STF como árbitro da federação: uma análise empírica dos conflitos federativos em sede de ACO. Revista Direito GV, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1964. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201964>.

FONSECA, Rafael Campos Soares. Repercussões do Federalismo Fiscal na Reforma Tributária, 2022, pp. 99-114. In SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa; PORTO, Lais Khaled. Perspectivas e desafios das reformas tributárias. São Paulo, Alamedina, 2023.

FUCK, Luciano Felício. Estado fiscal e Supremo Tribunal Federal. São Paulo, Saraiva, 2017 (Série IDP: Linha Pesquisa Acadêmica).

GRUPENMACHER, Betina Treiger; FEIJÓ, Maria Angélica. Conflito de precedentes em matéria tributária: mudança de entendimento jurisprudencial e segurança jurídica. Revista da Faculdade de Direito UFPR., Curitiba, v. 67, n. 1, p. 107-125, jan./abr. 2022. ISSN 2236- 7286. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/81979>.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Considerações sobre o federalismo brasileiro. Revista de Justiça e Cidadania, nº 157. Rio de Janeiro: JC, 2013. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/consideracoes-federalismo-brasileiro/>.

LOPREATO, Francisco Luiz C. Federalismo brasileiro: origem, evolução e desafios. Economia e Sociedade, Campinas, v. 31, n. 1 (74), p. 1-41, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ecos/a/3bKDMqJjpBTGFGMhfc45bsg/?format=pdf&lang=pt>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 19. ed., São Paulo, SaraivaJur, 2024 (Série IDP).

MORAES, Alexandre. Federação brasileira - necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 11-27, 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/7526/6020>.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Supremo Tribunal Federal e solução de conflitos federativos em serviços públicos: Porto de Suape. *in* *Interpretação Constitucional no Brasil*, Escola Paulista de Magistratura, 2017, pp. 187-211. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic7.pdf?d=636676094064686945>.

OLIVEIRA, Vanessa Elias. Poder Judiciário: Árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e União. *Lua Nova*, São Paulo, 78, pp. 223-250, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/CjPhvXgGpjNSGcRvLRshYMM/?format=pdf&lang=pt>.

VELLOSO, Carlos. Estado Federal e Estados Federados na Constituição de 1988: do equilíbrio federativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 187, p. 1-36, 1992. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/44969/47900>.

O CRITÉRIO DE RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL: UMA ANÁLISE DA EC 125/2022 SOB O PRISMA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA.

THE RELEVANCE CRITERIA OF THE FEDERAL ISSUE AS A REQUIREMENT FOR ADMISSIBILITY OF THE SPECIAL APPEAL: AN ANALYSIS OF EC 125/2022 FROM THE PRISM OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE.

AUTOR

Ainda não recebemos o nome do autor

RESUMO

O artigo tem como objetivo analisar se o critério de relevância da questão federal, requisito de admissibilidade do recurso especial, pode ser utilizado para promoção do princípio fundamental do acesso à justiça, a partir da Emenda Constitucional

125/2022. Justifica-se a presente pesquisa por meio de sua relevância teórica e social, tendo em vista lacuna legislativa e jurisprudencial no ordenamento jurídico, bem como divergência entre posicionamentos doutrinários, sendo que a referida análise verificará os benefícios da aplicação do filtro no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Investigou-se posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do critério de relevância, além dos indicadores de efetivação do acesso à justiça presentes no relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça. Identificou-se, por fim, os desafios da aplicação da relevância como requisito de admissibilidade do recurso especial e a relação com o acesso à justiça. O raciocínio utilizado foi o dedutivo, com técnica da pesquisa teórica, procedimento de análise de conteúdo, vertente metodológica jurídico-dogmática, linha crítico-metodológica e tipos de investigação jurídico-compreensivo e jurídico-propositivo. Utilizou-se de dados primários, além da doutrina também como fonte secundária. Em conclusão, validou-se a hipótese de que a utilização do critério de relevância da questão federal figurará como mecanismo fundamental para seleção mais criteriosa dos Recursos Especiais, contribuindo para a eficiência do Poder Judiciário, com a redução da quantidade de processos a serem julgados, contribuindo-se com a efetivação do acesso à justiça, além do Estado Democrático de Direito, contribuindo com um sistema jurídico mais eficiente, transparente e acessível à população.

Palavras-chave: Superior Tribunal de Justiça; Relevância da questão federal; Recurso Especial; Acesso à Justiça; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The article aims to analyze whether the criterion of relevance of the federal issue, a requirement for admissibility of the special appeal, can be used to promote the fundamental principle of access to justice, based on Constitutional Amendment 125/2022. This research is justified through its theoretical and social relevance, taking into account the legislative and jurisprudential gap in the legal system, as well as divergence between doctrinal positions, and the aforementioned analysis will verify the benefits of applying the filter within the scope of the Superior Court of Justice. Doctrinal and jurisprudential positions regarding the relevance criterion were investigated, in addition to the indicators of effective access to justice present in the “Justice in Numbers” report of the National Council of Justice. Finally, the challenges of applying relevance as a requirement for admissibility of the special appeal and the relationship with access to justice were identified. The reasoning used was deductive, with theoretical research technique, content analysis procedure, legal-dogmatic methodological aspect, critical-methodological line and legal-comprehensive and legal-propositional types of investigation. Primary data was used, in addition to doctrine as a secondary

source. In conclusion, the hypothesis was validated that the use of the criterion of relevance of the federal issue will appear as a fundamental mechanism for a more careful selection of Special Appeals, contributing to the efficiency of the Judiciary, with a reduction in the number of cases to be judged, contributing to the implementation of access to justice, in addition to the Democratic Rule of Law.

Keywords: Superior Court of Justice of Brazil; Relevance of the federal issue; Special judicial appeal; Access to justice; Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Emenda Constitucional 125/2022 introduziu alterações substanciais no sistema jurídico brasileiro, tornando obrigatório o exame de relevância da questão federal como requisito de admissibilidade do Recurso Especial. No texto do § 2º, inserido ao art. 105 da Constituição Federal, a Emenda estabelece que, ao interpor o recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a “relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal” (BRASIL, 2022), definindo, ademais, que o órgão julgador somente pode não conhecer o referido recurso com base no motivo por meio da manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão julgador competente.

O presente artigo trabalhou com o tema do critério de relevância da questão federal como requisito de admissibilidade do recurso especial, realizando-se a análise da emenda constitucional 125/2022 e da efetivação do princípio fundamental do acesso à justiça.

Tendo em vista a introdução das alterações substanciais no sistema jurídico brasileiro, tornando obrigatório o exame de relevância da questão federal como requisito de admissibilidade do Recurso Especial, verifica-se a necessidade de uma investigação aprofundada sobre a possibilidade de aplicação do critério no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e sobre a efetivação dos princípios fundamentais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição. Nesse contexto, a pesquisa trabalha com o seguinte problema: o critério de relevância da questão federal, requisito de admissibilidade do recurso especial no âmbito do STJ, pode ser utilizado para promoção do princípio fundamental do acesso à justiça, a partir da Emenda Constitucional 125/2022?

A presente pesquisa possui justificativa por sua relevância teórica, por motivo das divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que tange à futura aplicação do filtro da relevância da questão federal nos recursos especiais por parte dos operadores do direito brasileiro, além de sua relevância social, pela discussão sobre a possibilidade de utilização do referido filtro como critérios de análise dos Recursos Especiais pelo

Superior Tribunal de Justiça de forma a não prejudicar o acesso à justiça dos indivíduos, mas ao contrário, utilizando-se do novo mecanismo da maneira mais correta para maior viabilização do referido acesso, além da efetivação dos demais princípios constitucionais como, por exemplo, a duração razoável do processo e a eficiência.

Neste sentido, a pesquisa busca contribuir para o entendimento da relação entre o critério de relevância da questão federal, o acesso à justiça e o duplo grau de jurisdição, identificando desafios da efetivação dos direitos fundamentais, os impactos nas decisões judiciais e eventuais ajustes necessários para otimizar a efetivação dos princípios no contexto da recente discussão de reforma legislativa. A referida discussão é de extrema relevância na busca da promoção de um sistema jurídico mais eficiente, transparente e acessível à população.

Esta pesquisa trabalhará com a hipótese de que a utilização do critério de relevância da questão federal, figurará como mecanismo fundamental para a promoção de seleção mais criteriosa dos Recursos Especiais, contribuindo para a eficiência do Poder Judiciário brasileiro, o que trará, como consequência, uma redução da quantidade de processos a serem julgados no Superior Tribunal de Justiça, contribuindo-se com a efetivação do princípio do acesso à justiça, do duplo grau de jurisdição e da duração razoável do processo, bem como com a possibilidade de análise mais acurada dos recursos e das elaborações das decisões judiciais.

Portanto, o objetivo geral da presente investigação será analisar o critério de relevância da questão federal como requisito de admissibilidade do recurso especial, de acordo com o previsto no âmbito da Emenda Constitucional 125/2022 e sua relação com a promoção da efetivação do princípio fundamental do acesso à justiça no Poder Judiciário brasileiro.

Para o desenvolvimento da problemática, a pesquisa trabalhará com os seguintes objetivos específicos: investigar a interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca do critério de relevância da questão federal previsto pela Emenda Constitucional 125/2022; analisar os indicadores de efetivação do acesso à justiça de acordo com o previsto no relatório “Justiça em Números” do CNJ; relacionar o critério de relevância com a natureza dos Recursos Especiais admitidos pelo STJ; identificar os desafios e consequências da aplicação do critério de relevância da questão federal como requisito de admissibilidade do recurso especial.

O raciocínio utilizado na presente pesquisa será o dedutivo, com a técnica da pesquisa teórica, constituindo-se como pesquisa aplicada qualitativa, com procedimento da análise de conteúdo e análise bibliográfica e documental (GUSTIN; DIAS, 2010). A vertente metodológica utilizada corresponde à jurídico-dogmática, com linha crítico-

metodológica e tipos de investigação jurídico-compreensivo e jurídico-propositivo (GUSTIN; DIAS, 2010). Foram utilizados dados primários, sendo estes, legislação, jurisprudência e doutrina, bem como a doutrina também como fonte secundária, sendo pesquisa exploratória.

1. PANORAMA DE LITIGIOSIDADE NO STJ E A FUNÇÃO NOMOFILÁICA DA CORTE.

Inicialmente, com o objetivo de demonstrar o contexto da discussão sobre a importância do filtro da relevância da questão de direito federal no Recurso Especial, faz-se necessário evidenciar os dados que demonstram a existência de uma crise na litigiosidade perante o Superior Tribunal de Justiça, bem como a transformação da função da referida corte no ordenamento jurídico brasileiro, que tem sido evidenciada, com o passar das décadas, com o objetivo de promover a unidade do direito por meio da fixação da mais adequada interpretação dos textos normativos aos casos concretos (MITIDIERO, 2022).

1.1. A CRISE NA LITIGIOSIDADE NO ÂMBITO DO STJ.

No ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se a consolidada tendência cultural de judicialização das mais diversas formas de conflitos, o que é possível perceber no volume de casos novos e recursos em trâmite no Poder Judiciário, chegando-se ao STF e ao STJ, por diferentes vias processuais, questões que poderiam ser resolvidas em instâncias inferiores, tendo em vista o pacificado entendimento já firmado ou pouca relevância da questão de direito federal para análise. Neste sentido, “questões como discussões entre vizinhos, busca e apreensão de animais de estimação, furto de galinhas, furto famélico, responsabilidade civil por erro veterinário, disputa sobre o vencedor de campeonato de futebol, dentre muitas outras” (FERRAZ, 2023) ainda continuam contribuindo com a superlotação do Superior Tribunal de Justiça.

Parte das referidas demandas não alcança nem mesmo decisão meritória, mas contribuem com o exponencial aumento de casos a serem julgados pelo STJ, exigindo do corpo judicante milhares de decisões, seja em juízo de admissibilidade ou nos demais provimentos necessários (FERRAZ, 2023).

O relatório “Justiça em Números 2023” do CNJ evidencia que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2022 com 81,4 milhões de processos em trâmite, aguardando solução definitiva. Do referido total, 17,7 milhões (21,7%) estavam na condição de suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório (BRASIL, 2023a).

Em que pese tenha havido um decréscimo na quantidade total de processos no ano de 2020, ano do início da pandemia do COVID-19, verifica-se que, nos anos posteriores,

houve um crescimento paulatino, acumulando-se de 2020 em diante um aumento de 1,8 milhões de processos, sendo a primeira vez na história que o volume de processos pendentes de julgamento ultrapassou a marca de 80 milhões (BRASIL, 2023a).

Em 2023 houve, na Corte, 458 mil novos processos, dos quais 426 mil foram julgados, sendo que ainda há 318 mil processos em tramitação. Este fator levou a presidente do STJ a declarar que os números evidenciados no balanço anual demonstram a necessidade urgente da regulamentação da EC 125/2022 (BRASIL, 2023b).

Existe, portanto, forte debate para que o STJ processe e julgue menor quantidade de recursos, fator que evidencia a busca por alargamento do filtro de admissibilidade do recurso especial (DA CUNHA; SCALABRIN, 2022).

O panorama atual do STJ, demonstra a sobrecarga do Tribunal e presença de casos de “baixa significância”, com média de processos que ultrapassa trezentos mil por ano (SALOMÃO, 2021).

O excesso de volume de recursos nos Tribunais, particularmente nos Superiores é grave e repercute de forma negativa, tendo em vista a morosidade e a divergência de julgados sobre os mais variados temas, devendo haver, portanto, uma solução urgente (BRUSCHI; COUTO, 2022).

Portanto, existe a necessidade de uma maior racionalização da atuação da Corte que é responsável pela Uniformização da legislação infraconstitucional, evidenciando-se o filtro da relevância da questão de direito federal como um filtro que poderá realizar a seleção do Recurso Especial, afirmando-se que não há violação ao acesso à justiça, mas uma adequação da tutela jurisdicional ao panorama contemporâneo (SALOMÃO, 2021).

Este fator demonstra a importância da transformação da função do Superior Tribunal de Justiça no ordenamento jurídico brasileiro, passando de uma Corte reativa que tinha como principal objetivo apreciar as decisões das instâncias ordinárias, para uma Corte proativa, com a incumbência principal de fixar a mais adequada interpretação do direito (MITIDIERO, 2022. p. 52), conforme será possível discutir no próximo tópico dessa pesquisa.

1.2. A TRANSFORMAÇÃO DA FUNÇÃO DO STJ NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Nas últimas décadas, houve diversas alterações no Código de Processo Civil e na Constituição Federal, com a finalidade de uniformização do direito, a exemplo da sumula vinculante, recursos repetitivos, repercussão geral no âmbito do STF, bem como os padrões

decisórios obrigatórios (DA CUNHA; SCALABRIN, 2022). Nesse rol, também pode ser citado o novo filtro da relevância da questão de direito federal como requisito de admissibilidade do recurso especial, fator que poderá ser importante balizador dos novos processos que potencialmente estariam em trâmite no Superior Tribunal de Justiça.

Importante, para tanto, verificar o contexto da criação deste novo e importante filtro para o recurso especial. O entendimento atual é que o STJ deve definir sua própria agenda, conhecendo apenas de casos relevantes, isso porque, de forma gradativa, vem deixando de lado uma característica de corte de controle e de jurisprudência, para cada vez mais, se evidenciar como corte de interpretação de precedentes. (MITIDIERO, 2022). Continua, o autor, com o seguinte questionamento:

esse recurso visa a viabilizar o controle sobre os erros e os acertos das decisões das instâncias ordinárias erigido no interesse das partes (*jus litigatoris*) ou visa a promover a unidade do direito mediante uma adequada interpretação de textos normativos a partir de casos concretos (*jus constitutionis*)? (MITIDIERO, 2022. p. 20).

Afirma, deste modo, que o STJ tem modificado a atuação passando de uma Corte reativa para uma Corte proativa ao atuar com a finalidade de guiar a interpretação do direito, de forma “destinada a orientar adequada interpretação e aplicação do direito por parte de toda a sociedade civil e de todos os membros do Poder Judiciário” (MITIDIERO, 2022. p. 52).

Neste sentido, Marinoni afirma que o precedente se dirige para o futuro, bem como que, não se pode admitir uma técnica recursal que tenha por objetivo resolver questões meramente repetitivas, para que haja uma otimização do trabalho judicial. (MARINONI, 2023).

É neste contexto que está inserida o critério da relevância, no momento que se entende que para a atuação do STJ, é necessária a demonstração de que a questão a ser enfrentada no recurso especial ultrapassa o caso concreto, servindo para fixação de interpretação e aplicação mais adequada do direito, no âmbito da completude do ordenamento jurídico e do sistema de precedentes. Este fato demonstra a função nomofilática do Superior Tribunal de Justiça que consiste no papel de estabilização da jurisprudência e na manutenção da integridade do direito (BRASIL, 2020).

Da Cunha também demonstra a importância da função nomofilática dos tribunais superiores, que traduz a necessidade de que o STJ mantenha a integridade do direito, bem como a uniformização da sua interpretação e aplicação (DA CUNHA, 2020).

Logo, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça sofreu uma mutação funcional no seu papel principal, que passou de dar interpretação da lei federal para uma missão

de formação de precedentes e ao controle da aplicação do direito brasileiro, de forma objetiva. (DOTTI, 2022).

A relevância da questão federal, portanto, foi apresentada por proposta de emenda à Constituição com a finalidade de exigir o referido filtro no âmbito da interposição do Recurso Especial. (PEC 209/2012 – Câmara dos Deputados e PEC 10/2017 – Senado Federal). A OAB manifestou-se contra, com a crítica pautada na possível restrição do acesso à justiça (DA CUNHA; SCALABRIN, 2022), discussão que tem sido objeto de investigação pela doutrina (MUNDIM, 2023). Neste sentido, já há o questionamento sobre se a relevância da questão de direito federal no âmbito recurso especial será verificada como um filtro individual ou se integrará ao microsistema de demandas repetitivas (PAIXÃO, 2022).

2. A EMENDA CONSTITUCIONAL 125/2022 E A INSERÇÃO DA RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL COMO REQUISITO DO RECURSO ESPECIAL.

Conforme evidenciado, a redação da Emenda Constitucional 125/2022 introduziu alterações substanciais no sistema jurídico brasileiro, tornando obrigatório o exame do critério da relevância da questão federal como requisito de admissibilidade do Recurso Especial. A Emenda estabelece que no texto do § 2º, inserido ao art. 105 da Constituição Federal, ao interpor o recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a “relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal” (BRASIL, 2022), salientando-se que o órgão julgador somente pode não conhecer o referido recurso com base no motivo por meio da manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão julgador competente.

Ademais, o § 3º estabelece que haverá a relevância já citada em casos de ações penais, ações de improbidade administrativa, ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos, ações que possam gerar inelegibilidade, hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e outras hipóteses previstas em lei (BRASIL, 2022), causas tipificadas como de presunção absoluta da presença de relevância aos autos do processo.

Já era esperada a referida alteração, tendo em vista as PECs de n.º 209/2012, no âmbito da Câmara dos Deputados e a de n.º 17/2013, em trâmite no Senado Federal, sendo que a primeira foi promulgada com a numeração da EC 125/2022 referida anteriormente. O texto previsto provoca debate doutrinário no que se refere à aplicação sob o prisma do direito intertemporal e a necessidade de edição de dispositivo legal regulamentador (NEVES, 2023).

Neste sentido, tendo em vista a importante modificação no âmbito constitucional, verifica-se a necessidade de uma investigação cada vez mais aprofundada, pelos operadores do direito, sobre a possibilidade de aplicação do critério da relevância no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e sobre a efetivação dos princípios fundamentais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição.

Importante, para tanto, verificar o contexto da criação deste novo e importante filtro para o recurso especial. Daniel Mitidiero afirma que o STJ deve definir sua própria agenda, conhecendo apenas de casos relevantes, isso porque, de forma gradativa, vem deixando de lado uma característica de corte de controle e de jurisprudência, para cada vez mais, se evidenciar como corte de interpretação de precedentes. (MITIDIERO, 2022).

Continua, o autor, com a seguinte questão sobre o conceito do recurso especial:

esse recurso visa a viabilizar o controle sobre os erros e os acertos das decisões das instâncias ordinárias erigido no interesse das partes (*jus litigatoris*) ou visa a promover a unidade do direito mediante uma adequada *interpretação* de textos normativos a partir de casos concretos (*jus constitutionis*)? (MITIDIERO, 2022. p. 20).

Afirma, deste modo, que o STJ tem modificado a atuação passando de uma Corte reativa para uma Corte proativa ao atuar com a finalidade de guiar a interpretação do direito, de forma “destinada a orientar adequada interpretação e aplicação do direito por parte de toda a sociedade civil e de todos os membros do Poder Judiciário” (MITIDIERO, 2022. p. 52).

De forma convergente, Marinoni afirma que o precedente se dirige para o futuro, bem como que, não se pode admitir uma técnica recursal que tenha por objetivo resolver questões meramente repetitivas, para que haja uma otimização do trabalho judicial. (MARINONI, 2023).

É neste contexto que está inserido o critério da relevância, no momento que se entende que para a atuação do STJ, e necessária a demonstração de que a questão a ser enfrentada no recurso especial ultrapassa o caso concreto, servindo para fixação de interpretação e aplicação mais adequada do direito, no âmbito da completude do ordenamento jurídico e do sistema de precedentes.

A relevância, neste sentido, pode ser conceituada como um filtro recursal que possui objetivo de selecionar os casos que serão submetidos ao STJ para análise e julgamento, havendo a necessidade de individualização da questão federal no acórdão recorrido e devendo transcender o simples interesse das partes, servindo como precedente para casos futuros (MITIDIERO, 2022).

Diante disso, verifica-se que a adequada utilização do filtro da relevância da questão federal, após legislação regulamentadora, poderá contribuir com a otimização do exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário brasileiro, principalmente no que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, o que poderá evidenciar a efetivação dos princípios constitucionais da duração razoável do processo e do acesso à justiça, uma vez que possibilitará que os jurisdicionados tenham as suas demandas judiciais dirimidas, o que concretiza, de fato, o acesso à justiça e não apenas o acesso ao judiciário.

Este não seria o cenário caso o Poder Judiciário esteja com gradativa superlotação de processos que não figuram como relevantes, o que dificultaria a resolução das demandas judiciais, sendo, portanto, este fator inversamente proporcional ao acesso à justiça e à duração razoável do processo, princípios consagrados constitucionalmente.

2.1 CONTEÚDOS FIXADOS COMO INTEGRANTES DAS QUESTÕES RELEVANTES NO FILTRO DO RECURSO ESPECIAL

Fator que se demonstra como importante na questão discutida são as matérias previstas no § 3º do art. 105 da Constituição Federal, verificadas doutrinariamente como hipóteses de presunção absoluta da relevância da questão federal, evidenciando-se que o recorrente poderá demonstrar o referido critério em situação que não esteja abarcada pelas hipóteses previstas no texto constitucional, desde que de forma fundamentada (NEVES, 2024).

Neste sentido é Fredie Didier Jr. e Leonardo da Cunha ao afirmarem que “o fato de haver uma lista constitucional de hipóteses em que se presume a relevância não significa que haja uma implícita presunção de irrelevância de questões que estejam fora desta lista - não há presunções constitucionais/legais implícitas.” (DIDIER JR., 2024. p. 478). Portanto, verifica-se que a legislação não poderá limitar o aspecto cognitivo do STJ na análise da questão relevante, sob pena de desrespeito ao princípio do acesso à justiça, uma vez que os casos em análise podem ter diversas justificativas fundamentadas na relevância da questão federal.

Doutrinariamente, é possível fixar uma tipologia da relevância da questão federal, com o objetivo de facilitação da compreensão. As hipóteses da relevância da questão federal são classificadas como “em razão da matéria”, “em razão do valor da causa” e “por contrariedade à jurisprudência dominante do STJ” (MEDINA, 2022).

As hipóteses de presunção de relevância, portanto, estão previstas na Constituição, no art. 105, § 3º, no âmbito dos seguintes incisos:

I - ações penais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

II - ações de improbidade administrativa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

IV - ações que possam gerar inelegibilidade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

VI - outras hipóteses previstas em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 125, de 2022)

O inciso primeiro estabelece que se a ação for penal, presumidamente haverá relevância da questão federal. Existem posicionamentos doutrinários que defendem que a opção seria equivocada, uma vez que a Emenda deveria fixar as ações penais com imputação de penas mais graves e não qualquer tipo de ação penal (NEVES, 2024).

No inciso II estão presentes as ações de improbidade administrativa, no mesmo sentido do inciso anterior, tendo em vista a natureza sancionatória da ação.

Já no terceiro inciso, verifica-se que a Constituição fixa que se a ação tiver valor da causa maior que 500 (quinhentos) salários mínimos, será presumivelmente relevante. Há posicionamentos no sentido de que o legislador ficou sujeito à crítica de tornar o acesso ao Superior Tribunal de Justiça mais restrito, de forma elitista (NEVES, 2024). É evidente que, utilizando-se da interpretação já aqui evidenciada, esse inciso não iria excluir qualquer causa inferior a 500 (quinhentos) salários mínimos, mas que, acima disso, presumivelmente a causa seria relevante. Entretanto, mesmo se for inferior ao valor da causa é possível que a causa se enquadre em outro aspecto relevante.

Daniel Neves (2024, p. 1222) aduz, ainda, preocupação importante ao tratar de problemas que poderão surgir, como “quando o autor formula pedido de dano moral, pode haver um exagero na indicação da quantia pretendida e consequentemente do valor da causa” ou então em demandas referentes ao tema de danos materiais, quando há diferença entre o valor da causa e o da condenação.

O inciso IV prevê que serão presumidamente relevantes as ações que possam gerar inelegibilidade, fator que pode despertar críticas sobre legislação criada em benefício dos próprios legisladores, mas que pode ser justificada com a preocupação ao Estado Democrático de Direito (NEVES, 2024).

Ademais, o inciso V traz como relevantes as causas nas quais hajam “hipóteses em

que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça”. Doutrinadores realizam críticas ao referido dispositivo, informando que o termo “contrariedade à jurisprudência não poderia ser utilizado no ano de 2022, em momento que já se entendeu que o Código de Processo Civil de 2015 objetivou os precedentes qualificados e valorizou as súmulas, havendo aqui, uma expressão abstrata e que permite maior margem de interpretação ao STJ (NEVEZ, 2024).

A expressão “jurisprudência dominante” já tinha sofrido diversas críticas doutrinárias, desde as modificações realizadas no CPC de 1973, por ser um conceito vago e indeterminado (DOTTI, 2022). Importante, portanto, fixar os critérios para a configuração da denominada “jurisprudência dominante”, devendo haver ao menos duas decisões de um órgão representativo do tribunal; que o Tribunal seja constitucionalmente designado para estabelecer a uniformização da interpretação da legalidade sobre determinado tema; que os casos sejam referentes à mesma questão jurídica; que haja discussão técnica sobre a questão; que haja exposição dos fatos e fundamentos da posição tomada; e que não seja confundida a jurisprudência dominante com outros meios de vinculação jurisprudencial, como a súmula, os repetitivos ou a repercussão geral (ABBOUD; RANGEL, 2022).

A divergência contribui com a configuração do conteúdo relevante que pode permitir o julgamento do recurso especial, dando oportunidade ao STJ de solucionar a questão com a finalidade de orientação com relação às decisões futuras (MARINONI, 2022).

Por fim, o legislador evidenciou, no último inciso do § 3º do art. 105 da Constituição a maior facilitação para criação de hipóteses presumivelmente relevantes, que poderão ser fixadas por Lei.

Portanto, inclusive em conformidade com o § 2º, faz-se necessária a edição de Lei específica para delimitar a abrangência das hipóteses de relevância. A legislação poderá delimitar os conceitos básicos da relevância, as matérias específicas abarcadas pelo filtro, os efeitos da decisão, além de questões sobre a aplicabilidade.

3 A APLICABILIDADE DO FILTRO DA RELEVÂNCIA NO ÂMBITO DOS RECURSOS ESPECIAIS E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA.

Após a análise do panorama e grau de litigiosidade do STJ, da transformação da função da referida Corte, bem como a inserção do critério da relevância da questão de direito federal no âmbito dos recursos especiais, tendo em vista a ausência, até o momento, de regulamentação legal da matéria, verifica-se a necessidade de discussão sobre determinados pontos que poderão trazer consequências práticas para a aplicação prática dos recursos especiais.

3.1. A APLICABILIDADE TEMPORAL DA RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL NO RECURSO ESPECIAL.

A partir do surgimento do referido filtro previsto constitucionalmente, verificam-se questões que precisam ser dirimidas e solucionadas pela lei, doutrina e jurisprudência. É importante que a legislação possa evidenciar, de forma clara, definição do critério da relevância das questões de direito federal infraconstitucional, bem como a regulamentação procedimental, o órgão competente para exame de admissibilidade, além da forma de aplicação no âmbito do direito intertemporal.

Existem questionamentos doutrinários procedimentais que buscam verificar se a demonstração da relevância no Recurso Especial já seria exigível e, se em caso positivo, qual seria o conteúdo mínimo para preencher o referido requisito (OSNA, 2022). Sobre o conteúdo que refletirá o conceito de relevância da questão de direito federal, já foi discutido que dependerá da regulamentação legal. Ocorre que existe forte discussão acerca da aplicação temporal do referido filtro.

Essa discussão ganha notoriedade, tendo em vista a redação da EC 125/2022 que, em seu art. 2.º estabelece que “A relevância de que trata o § 2º do art. 105 da Constituição Federal será exigida nos recursos especiais interpostos após a entrada em vigor desta Emenda Constitucional, ocasião em que a parte poderá atualizar o valor da causa para os fins de que trata o inciso III do § 3º do referido artigo”, oferecendo interpretação no sentido de que o referido filtro já seria obrigatório após entrada em vigor da referida Emenda Constitucional.

Entretanto, a mesma Emenda estabelece no § 2.º que foi inserido ao art. 105 da Constituição que:

No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento.

A referida expressão “nos termos da lei” já traz uma ideia de que haveria a necessidade da edição de uma legislação para regulamentar o filtro da relevância antes da sua aplicação na prática. Parte da doutrina defende o seguinte:

Em nossa visão, é evidente que o detalhamento legislativo será oportuno para conferir maior norte ao parâmetro. Ainda assim, consideramos que postergar sua aplicabilidade seria desconsiderar, por completo, a própria dicção da Emenda Constitucional (e, por con-

sequência, sua vontade). Repete-se: o texto, inequivocamente, previu que a demonstração da relevância seria prontamente exigível no recurso interposto após a entrada em vigência da reforma – e não após a regulamentação do tema por lei específica (OSNA, 2022).

Por outro lado, parte da doutrina defende que o novo requisito da relevância da questão federal depende de regulamentação legal, sendo uma norma constitucional de eficácia limitada, não havendo eficácia do dispositivo da constituição até o necessário dispositivo legal (DIDIER, 2024).

Sobre a referida discussão que possui posicionamentos diferentes na doutrina, verifica-se que foi editado Enunciado Administrativo do STJ n.º 8 que prevê o seguinte:

A indicação no recurso especial dos fundamentos de relevância da questão de direito federal infraconstitucional somente será exigida em recursos interpostos contra acórdãos publicados após a data de entrada em vigor da lei regulamentadora prevista no art. 105, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 2022).

Assim sendo, o próprio Superior Tribunal de Justiça evidencia que o requisito constitucional deverá ser regulamentado antes da exigibilidade em relação ao recurso especial. Portanto, faz-se necessária a edição de legislação para que seja exigida a demonstração de relevância da questão federal no âmbito da interposição do recurso especial.

De qualquer modo, a doutrina também se posiciona no sentido de que ainda que, neste momento, não se diga em qualquer ônus, é importante que os recorrentes, desde já, evidenciem o preenchimento dos requisitos no ato da interposição do recurso especial, isso porque existe probabilidade de que os referidos recursos sejam submetidos a uma análise do regime da relevância, independentemente de um aspecto formal (ALVIM; UZEDA; MEYER, 2022). Convergente com esse entendimento:

Por cautela, para o advogado que atua no foro, a posição mais cautelosa seria pressupor a existência da relevância e a necessidade de sua demonstração e, portanto, nos REspS a serem interpostos, inserir um tópico para demonstrar que o caso concreto apresenta relevância. Isto é, abrir uma preliminar no recurso para apontar a existência da relevância (ROQUE et al, 2023).

Portanto, é importante, mesmo antes da legislação a ser publicada e da exigência formal do filtro pelo que demonstra o entendimento do STJ, que os advogados se preocupem com a existência material da relevância da questão federal, por cautela, inclusive fundamentando essa questão no âmbito da interposição do recurso especial.

3.2. A NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DO FILTRO DA RELEVÂNCIA PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA.

Após análise do panorama de litigiosidade no STJ, da modificação do objetivo principal da referida Corte e da análise da EC 125/22, além da discussão sobre questões procedimentais da aplicabilidade do filtro da relevância no Recurso Especial, é importante verificar se a aplicação do novo filtro pode ser um obstáculo para a efetivação do acesso à justiça.

A Constituição Federal demonstra um dos mais importantes direitos fundamentais, denominado de acesso à justiça no seu artigo 5, ao consagrar, no inciso XXXV, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecendo-se que “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988).

O acesso à justiça se relaciona com a resolução do conflito, da melhor forma possível, trazendo-se o bem da vida à parte que teve seu direito violado. Em uma grande quantidade dos casos, a atuação do Poder Judiciário acaba sendo essencial para dirimir a lide, o que demonstra também a importância do acesso ao judiciário para processar e julgar as ações e eventuais respectivos recursos interpostos:

Acesso à justiça tem um significado mais amplo que acesso ao Judiciário. Acesso à justiça significa a possibilidade de lançar mão de canais encarregados de reconhecer direitos, de procurar instituições voltadas para a solução pacífica de ameaças ou de impedimentos a direitos. O conjunto das instituições estatais concebidas com a finalidade de afiançar os direitos designa-se sistema de justiça. (SADEK 2009).

Verifica-se, portanto, até mesmo uma análise de constitucionalidade da Emenda Constitucional em análise, tendo em vista que esta necessita respeitar os princípios do acesso à justiça e ao judiciário. O referido tema é de suma importância para a constitucionalização do direito processual civil uma vez que a “A busca de compreensão da problemática do acesso ao Judiciário, vinculada portanto ao direito processual, vista dentro de um contexto mais amplo, qual seja o da própria justiça social, dá-lhe um sentido diferenciado e possivelmente mais crítico.” (RODRIGUES, 1994). Portanto, desde o século passado, já são discutidas ferramentas para promoção de maior acesso à justiça, como a gratuidade de justiça, a tutela coletiva e a aplicação dos meios adequados de resolução de conflitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1998).

Tendo em vista que a relevância se configura como mais um filtro no recurso especial, existe forte discussão doutrinária sobre a possibilidade de violação do direito fundamental ao acesso à justiça ou se o novo critério é, em verdade, uma adequação da tutela jurisdicional ao panorama contemporâneo (SALOMÃO, 2021).

Sobre a discussão, há posicionamentos no sentido de que a relevância não necessariamente será automaticamente adequada aos preceitos constitucionais (STRECK, 2022). Neste sentido:

De reforma em reforma, vamos esvaziando o cerne do processo: o acesso à justiça e a prestação jurisdicional. Mas esse assunto não parece despertar interesse. É sempre deixado de lado. O que “funciona” é fazer novas reformas para diminuir o número de processos judiciais. Depois dessa reforma, outras virão. A solução do problema sempre está na próxima medida (STRECK, 2022).

Finaliza, o autor, afirmando que “Temos material para dar respostas adequadas à Constituição sem que precisemos tolher direitos e garantias fundamentais. Dar a devida relevância – para usar a palavra da vez – para os artigos 926 e 489 do CPC já seria um bom começo (STRECK, 2022).

Por outro lado, existem posicionamentos no sentido de que a legislação a ser criada “potencializará a prestação jurisdicionada exercida pelo STJ, permitindo, inclusive, seu desenvolvimento, semelhante ao visto no STF a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45/04, para ser mais um protagonista de efetivação de direitos no neoconstitucionalismo brasileiro” (THAMAY, 2022. p. 147).

Outra questão discutida pela doutrina se refere aos efeitos da decisão que nega a relevância a uma determinada questão de direito federal, sendo que o que se discute é se a decisão vinculará apenas o caso concreto ou se haverá um reflexo em todos os casos que tratem da repercussão geral (WAMBIER, 2022). Existe discussão para verificar se o filtro da relevância será um filtro individual, como a “transcendência” ou se será pluri-individual, como a “repercussão geral” no sentido de configurar-se como “instrumento importante no microsistema objetivo de demandas repetitivas” (PALMA, 2022).

As referidas reflexões, desde as iniciais, presentes neste trabalho, são de essencial importância para averiguar se as alterações realizadas pela EC 125/22 estão de acordo com as premissas constitucionais da efetivação do acesso a justiça.

Para Salomão (2021), a relevância é salutar ao Poder Judiciário, tendo em vista que aproxima a função jurisdicional da sociedade, estabelecendo um filtro para proceder com julgamento apenas de matérias sensíveis para a sociedade, o que demonstra uma maior proximidade do STJ com as pautas sociais, bem como com a evolução do direito. Neste sentido, “as características e funções do Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de corte de vértice da ordem infraconstitucional, afastam qualquer alegação no sentido de haver violação ao acesso à justiça” (SALOMÃO, 2021. p. 163).

Assevera que a estrutura do Poder Judiciário brasileiro ramificada e com o princípio do duplo grau de jurisdição com sistema amplo recursal são suficientes para uma resolução qualificada e com justiça das lides que fazem parte do cotidiano, sendo desnecessária a provocação dos Tribunais Superiores nesses casos, não sendo razoável o pensamento de que só haverá acesso à justiça se o STJ apreciar todos os litígios que chegam ao Judiciário (SALOMÃO, 2021).

Para comprovar esse fator com números do próprio STJ, o autor demonstra que o índice de reforma das decisões dos tribunais de segundo grau é baixo, tendo em vista que, considerando-se todas as classes processuais, apenas 14% das decisões de 2009 a 2018 foi no sentido de dar provimento aos pedidos da parte (SALOMÃO, 2021).

Entende-se, portanto, que a “filtragem dos recursos especiais é certamente necessária para a melhor atuação do Superior Tribunal de Justiça”, inclusive de acordo com os exemplos do *Bundesgerichtshof* e do *Tribunal Supremo* Espanhol, para que a corte de vértice possa conferir unidade ao direito de forma prospectiva (SALOMÃO, 2021. p. 167 e 168).

Após análise dos diplomas legais e posicionamentos doutrinários, pode-se ponderar que a utilização do critério de relevância da questão federal, figurará como mecanismo fundamental para a promoção de seleção mais criteriosa dos Recursos Especiais, contribuindo para a eficiência do Poder Judiciário brasileiro, o que trará, como consequência, uma redução da quantidade de processos a serem julgados no Superior Tribunal de Justiça, contribuindo-se com a efetivação do princípio do acesso à justiça, do duplo grau de jurisdição e da duração razoável do processo, bem como com a possibilidade de análise mais acurada dos recursos e das elaborações das decisões judiciais.

De qualquer modo, mesmo com reflexões preliminares, dúvidas e considerações a serem realizadas, é essencial a cautela neste momento, com o objetivo de preservação dos direitos fundamentais dos jurisdicionados e o acesso à justiça, bem como o devido processo legal (ALVIM; UZEDA; MEYER, 2022).

CONCLUSÃO.

Após a análise sobre o critério de relevância da questão federal como requisito de admissibilidade do recurso especial sob o prisma do acesso à justiça, foi possível chegar às determinadas conclusões que serão expostas a seguir.

Primeiramente, é possível concluir que existe uma crise de litigiosidade pela exponencial judicialização e, por isso, é necessária maior racionalização da atuação do STJ, que é responsável pela uniformização da legislação infraconstitucional, bem como

que o filtro da relevância da questão de direito federal poderá contribuir com a adequação da tutela jurisdicional ao panorama contemporâneo.

É possível também concluir no sentido da transformação da função do Superior Tribunal de Justiça no ordenamento jurídico brasileiro, que era considerada uma Corte reativa com principal objetivo apreciar as decisões das instâncias ordinárias, para uma Corte proativa, com a finalidade de fixar a mais adequada interpretação do direito. O STJ, portanto, desenvolveu a denominada função nomofilática dos tribunais superiores, que evidenciam a necessidade de que o STJ deve manter a integridade do direito e a uniformização da sua interpretação e aplicação.

Conclui-se, ademais, pela necessidade de legislação regulamentadora, a qual poderá contribuir com a otimização do exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário, especificamente em relação ao STJ, o que poderá demonstrar a efetivação dos princípios constitucionais da duração razoável do processo e do acesso à justiça, uma vez que a correta aplicação do filtro possibilitará que os jurisdicionados tenham as suas demandas judiciais dirimidas em tempo razoável, o que concretiza, de fato, o acesso à justiça.

A referida legislação poderá delinear as matérias consideradas relevantes, ampliando o rol já tipificado pela Constituição, por meio das alterações previstas pela EC 125/2022. Portanto, faz-se necessária a edição de Lei específica para delimitar a abrangência das hipóteses de relevância. O dispositivo legal poderá delimitar os conceitos básicos da que serão relevantes no âmbito do recurso especial, as matérias específicas abarcadas pelo filtro, os efeitos das decisões, dentre outros temas que figuram como objetos de discussões doutrinárias. Sobre a aplicabilidade temporal, o próprio Superior Tribunal de Justiça já demonstrou entendimento no sentido de que o requisito constitucional deverá ser regulamentado antes da exigibilidade em relação à interposição do recurso especial.

Após análise dos diplomas legais e posicionamentos doutrinários, é possível concluir que a aplicação do critério de relevância da questão federal, poderá figurar como mecanismo fundamental para a efetivação do acesso à justiça. A correta utilização possibilitará a seleção mais criteriosa dos Recursos Especiais, contribuindo para a eficiência do Poder Judiciário brasileiro, o que trará, como consequência, uma redução da quantidade de processos a serem julgados no STJ. Neste sentido, a função nomofilática do STJ será potencializada, contribuindo-se com a efetivação do princípio do acesso à justiça, do duplo grau de jurisdição e da duração razoável do processo, bem como com a análise mais acurada dos recursos e das elaborações das decisões judiciais. Sendo assim, aplicando-se o filtro da relevância de modo adequado, não há o que se falar em obstacularização do acesso à justiça, mas, ao contrário, da sua efetivação, concretizando-se a atuação mais eficiente do STJ.

REFERÊNCIAS.

ABBOUD, Georges; RANGEL, Roberta. **Construção teórica acerca do conceito de “jurisprudência dominante” em recurso especial. In: Relevância no RESP: Pontos e Contrapontos.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

ALVIM, Teresa Arruda. A relevância no recurso especial em meio a seus “parentes”: a repercussão geral e a antiga arguição de relevância da questão federal. **In: Relevância no RESP: Pontos e Contrapontos.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2023.** 2023a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 01 de abr. de 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Art. 105, §2º. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 de fev. de 2024.

BRASIL. **Enunciado Administrativo STJ n.º 8.** Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/?seq_documento=34459511&data_pesquisa=08/11/2022&seq_publicacao=16653&versao=impressao. Acesso em: 22 de fev. de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ encerra ano judiciário apontando caminhos para o alto número de processos.** 2023b. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/19122023-STJ-encerra-ano-judiciario-apontando-caminhos-para-o-alto-numero-de-processos.aspx#:~:text=O%20tribunal%20recebeu%20cerca%20de,caminhos%20para%20enfrentar%20o%20congestionamento>. Acesso em: 01 de abr. de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ministro Humberto Martins defende valorização de cultura de precedentes do STF e do STJ em palestra internacional.** 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/25112020-Ministro-Humberto-Martins-defende-valorizacao-de-cultura-de-precedentes-do-STF-e-do-STJ-em-palestra-internacional.aspx>. Acesso em: 01 de abr. de 2024.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. COUTO, Mônica Bonetti. **Critérios a serem seguidos para a interposição do recurso especial após a Emenda Constitucional 125/2022. In: Relevância no RESP: Pontos e Contrapontos.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **A relevância da questão de direito federal no recurso especial será um filtro individual?** 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/369961/a-relevancia-da-questao-de-direito-federal-no-recurso-especial>. Acesso em: 14 de abr. de 2024.

DA CUNHA, Cássio Hildebrand Pires. Recurso Especial Repetitivo. Orientador: Cândido Rangel Dinamarco. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito Processual. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

DA CUNHA, Guilherme Antunes; SCAABRIN, Felipe. **A relevância da questão federal como novo requisito de admissibilidade do recurso especial: reflexões iniciais**. Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP). e-ISSN: 1982-7636. 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/66352> Acesso em: 18 de mar. de 2024.

DIDIER JR., Fredie. DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 21ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm. 2024.

DOTTI, Regéria Fagundes. **A relevância das questões de direito federal: a mutação funcional do STJ. In: Relevância no RESP: Pontos e Contrapontos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FERRAZ, Taís Schilling. **A litigiosidade como fenômeno complexo: quanto mais se empurra, mais o sistema empurra de volta**. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 25 n. 135 Jan./Abr. 2023 p. 163-191. <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2023v25e135-2847>.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Divergência jurisprudencial e relevância. In: Relevância no RESP: Pontos e Contrapontos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Filtro da Relevância**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O novo recurso especial e a tipologia da relevância**

da questão federal infraconstitucional: possíveis impactos no modelo federativo brasileiro. In: Relevância no RESP: Pontos e Contrapontos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MITIDIERO, Daniel. **Relevância no Recurso Especial.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **A relevância da questão federal no recurso especial e o castelo de Kafka.** Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, Belo Horizonte, Vol. 28, N. 1, 2023. ISSN (impresso): 1415-0344. ISSN (on-line) 2238-3840.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 16ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2024.

OSNA, Gustavo. **Uma Corte em “tragédia” pode ser suprema? In: Relevância no RESP: Pontos e Contrapontos.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro.** / Horácio W anderlei Rodrigues - São Paulo : Acadêmica, 1994.

ROQUE, André Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; DE OLIVEIRA JR. Zulmar Duarte. **Modificação no Recurso Especial: reflexões iniciais sobre a EC 125 e o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional (REsp com RQF).** Revista de Direito da ADVOCEF - Ano XIX - N.º 34 - Mai 23.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social.** In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 170-180. ISBN 978-85-7982-013-7. Available from SciELO Books <http://books.scielo.org>.

SALOMÃO, Rodrigo Cunha Melo. A Relevância da Questão de Direito no Recurso Especial. Curitiba: Juruá, 2021

SILVA, Roberta Scalzilli. **A Formalização da Relevância da Questão Federal no Recurso Especial.** Porto Alegre, 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, PUCRS. Orientação: Prof. Dr. Sérgio Gilberto Porto.

STRECK, Lenio Luiz. **Relevância pra que(m)? Em busca de uma efetividade perdida. In: Relevância no RESP: Pontos e Contrapontos.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

THAMAY, Rennan. **Recurso especial e a arguição de relevância: extensão e alcance do novo (!) requisito de admissibilidade recursal. In: Relevância no RESP: Pontos e Contrapontos.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O recurso especial e a relevância da questão jurídica discutida (EC 125/2022).** Direito UNIFACS-Debate Virtual-Qualis A2 em Direito, n. 270, 2022.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações sobre o filtro da relevância da questão federal. In: Relevância no RESP: Pontos e Contrapontos.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

O PARADIGMA DECISÓRIO DO STF NA ADIN 3510: O NOVO MODELO DE CONSTRUÇÃO DA DECISÃO PELA PROCEDURALIZAÇÃO

AUTORES

Pedro Paulo Guerra de Medeiros¹

Gilles Gomes²

RESUMO

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 3510, o STF estava diante de uma questão complexa e do desafio de dar uma resposta jurídica para questões que impunham refletir sobre as fronteiras do conhecimento jurídico e, especialmente, sobre o que compete ou não ao Direito decidir. A ADIn 3510 questionava a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, o que demandava do STF definir, ou ao menos refletir, sobre o início da vida humana e o início da pessoa humana. Tratava-se de um tema inovador quanto ao tipo de resposta que se demandava do Direito. Não era uma questão que se poderia resolver pelas formas tradicionais da decidibilidade jurídica, como o silogismo ou a ponderação e, nesse sentido, o objetivo deste artigo é explicar a utilização do paradigma da proceduralização como modelo decisório na ADIn 3510, analisando a construção da decisão e seu resultado.

Palavras-chave: teoria da decisão, proceduralização, biossegurança, inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa analisar o modelo de construção da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 3510. Nesta ação, o STF foi provocado a julgar a constitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que, em síntese, permite a utilização de

¹ Mestre e Doutorando em Direito Constitucional (IDP).

² Mestre em Direitos Humanos (UFG) e Doutorando em Direito Constitucional (IDP).

embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* em pesquisas científicas.

O julgamento da ADIn 3510 se deu por meio de uma decisão jurídica proceduralizada. De acordo com Henderson Fiirst, a proceduralização é um conceito desenvolvido por Rudolf Wiethölter como um novo paradigma às ciências sociais para a complexidade econômica e social do começo dos anos 1980, que repercutiu em diversas áreas. Segundo Georges Abboud, a proceduralização é um modelo de decidibilidade, ou melhor, um novo paradigma da jurisdição constitucional, apto a propiciar meios para o Direito lidar com as incertezas e complexidades contemporâneas, que são judicializadas e demandam conhecimentos estranhos ao Direito para que se adote a melhor decisão. A pergunta de pesquisa é: como se deu a construção da decisão na ADIn 3510 pela proceduralização? Por esse modelo, chegou-se à decisão mais adequada ou correta?

Neste artigo, apresentamos, em primeiro lugar, a controvérsia das questões postas a julgamento no caso da ADIn 3510. Em seguida, sob o referencial teórico do *Direito constitucional pós-moderno*, de Georges Abboud (2021), abordamos a jurisdição constitucional e seus modelos de decidibilidade. Por fim, demonstramos a utilização do paradigma da proceduralização como modelo decisório da ADIn 3510, analisando a construção da decisão e seu resultado, tornados possíveis após a realização de procedimentos de diálogo com manifestação de divergentes opiniões.

1. A CONTROVÉRSIA DAS QUESTÕES POSTAS A JULGAMENTO NA ADIN 3510

Na ADIn 3510, o Ministério Público Federal (MPF) questiona a constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Eis o texto questionado:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (Brasil, 2008, p. 154).

O MPF, autor da ação, argumenta que os dispositivos impugnados contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir o fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” (Brasil, 2008, p. 143).

Em sequência, o subscritor da petição inicial sustenta que: a) “a vida humana acontece na, e a partir da fecundação”, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um “ser humano embrionário”; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

Coube à Advocacia-Geral da União (AGU) fazer a defesa da constitucionalidade da Lei, afirmando que, “com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente” (Brasil, 2008, p. 144).

No processo, foram admitidas diversas entidades na posição de “amigos da Corte” (*amici curiae*), o que certamente contribuiu para adensar o teor de legitimidade da decisão proferida na ADIn 3510. Nesse ponto, o Relator enfatizou: “Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema” (Brasil, 2008, p. 145).

A matéria centralmente versada na Ação Direta de Inconstitucionalidade era de tal relevância social que o Relator determinou a realização da primeira audiência pública em toda a trajetória do STF. A designação de audiência pública é uma possibilidade prevista no § 1º do art. 9º do Regimento Interno do STF, para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria em julgamento.

Após a audiência pública, tão alongada quanto substancial, percebe-se a configuração de duas nítidas correntes de opinião, assim delineadas pelo Relator:

I - A primeira argumenta que a retirada das células-tronco de um determinado embrião *in vitro* destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste. O que já corresponde à prática de um mal disfarçado aborto, pois até mesmo no produto da concepção em laboratório já existe uma criatura ou organismo humano que é de ser visto como se fosse aquele que surge e se desenvolve no corpo da mulher gestante. Criatura ou organismo, ressalte-se, que não irrompe como um simples projeto ou uma mera promessa de pessoa humana, somente existente de fato quando ultimados, com êxito, os trabalhos de parto. Não! Para esse bloco de pensamento (estou a interpretá-lo), a pes-

soa humana é mais que individualidade protraída ou adiada para o marco factual do parto feminino. A pessoa humana em sua individualidade genética e especificidade ôntica já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino. Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de quem é pessoa), pouco importando o processo em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida*.

O que se diferencia em tema de configuração da pessoa humana é tão somente uma quadra existencial da outra. Isto porque a primeira quadra se inicia com a concepção e dura enquanto durar a gestação feminina, compreendida esta como um processo contínuo, porque abrangente de todas as fases de vida humana pré-natal. A segunda quadra, a começar quando termina o parto (desde que realizado com êxito, já dissemos, porque aí já se tem um ser humano nativo). Mas em ambos os estádios ou etapas do processo a pessoa humana já existe e é merecedora da mesma atenção, da mesma reverência, da mesma proteção jurídica. Numa síntese, a ideia do zigoto ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estágio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa.

II – A outra corrente de opinião é a que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos. Células tidas como de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas. Espécie de apogeu da investigação biológica e da terapia humana, descortinando um futuro de intenso brilho para os justos anseios de qualidade e duração da vida humana. Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de uma mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou laboriosa parceria do embrião, do útero e do correr dos dias. O útero passando a liderar todo o complexo processo de gradual conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais; valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explicações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da gestante. Quiçá com o próprio cosmo, que subjacente à cientificidade das observações acerca do papel de liderança do útero materno transparece como que uma aura de exaltação da mulher – e principalmente da mulher-mãe ou em vias de sê-lo – como portadora de um sexto sentido existencial já situado nos domínios do inefável ou do indizível. Domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar, porque já pertencentes àque-

la esfera ôntica de que o gênio de William Shakespeare procurou dar conta com a célebre sentença de que “Entre o céu e a terra há muito mais coisa do que supõe a nossa vã filosofia” (Hamlet, anos de 1600/1601, Ato I, Cena V). (Brasil, 2008, p. 146-150).

Para ilustrar melhor a dicotomia de visão dos temas que estavam sob exame, o Relator transcreveu parte da explanação de duas autoridades que pessoalmente assomaram à tribuna por ocasião da sobredita audiência pública. Primeiramente, a Dr.^a Mayana Zatz, professora de genética da Universidade de São Paulo:

Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença (Brasil, 2008, p. 150-151).

Em segundo lugar, a Dr.^a Lenise Garcia:

Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. [...] Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento [...]. Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas [...]. Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível (Brasil, 2008, p. 151).

Ao convocar a audiência pública, o STF abriu suas portas, por iniciativa do Relator, para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica:

O tema central da presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles. Mas debates vocalizados, registre-se, em arejada atmosfera de urbanidade e **uníssono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer dos seus estádios**. Inequívoca demonstração da unidade de formação humanitária de todos quantos acorreram ao chamamento deste Supremo Tribunal Federal para colaborar na prolação de um jul-

gado que, seja qual for o seu conteúdo, se revestirá de caráter histórico. Isto pela envergadura multiplamente constitucional do tema e seu mais vivo interesse pelos meios científicos de todo o mundo, desde 1998, ano em que a equipe do biólogo norte-americano James Thomson isolou pela primeira vez células-tronco embrionárias, conseguindo cultivá-las em laboratório (Brasil, 2008, p. 151-152, grifo do original).

A grande questão é que, para bem decidir ou resolver a controvérsia posta na ADIn 1035, o STF precisava manejar conhecimentos de outras áreas das ciências. Estava-se diante de uma enorme complexidade e do desafio de dar uma resposta jurídica para questões que impunham refletir sobre as fronteiras do conhecimento jurídico e, especialmente, sobre o que compete ou não ao Direito decidir.

A ADIn 3510, ao questionar a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, demandava do STF definir, ou ao menos refletir, sobre o início da vida humana e o início da pessoa humana. Tratava-se de um tema inovador quanto ao tipo de resposta que se demandava do Direito. Não era uma questão que se poderia resolver pelas formas tradicionais da decidibilidade jurídica, como o silogismo ou a ponderação. Antes, estava a Corte em uma encruzilhada: o que pode a jurisdição constitucional decidir e o que a ela não cabe decidir? Em outras palavras: o que os juízes podem decidir e o que não podem decidir?

Eis que, no presente trabalho, abordamos como o STF, no exercício da jurisdição constitucional, formatou a decisão final na ADIn 3510. Para tanto, os processos de construção de decisões em casos complexos demandam uma reestruturação do modelo decisório. Para essa empreitada, apresentamos a jurisdição constitucional como um elemento-chave na relação entre Direito, estado e sociedade.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E OS PROBLEMAS CENTRAIS DA CIÊNCIA DO DIREITO: O PARADIGMA DA DECISÃO

Direito constitucional pós-moderno é o título do excelente livro do professor Georges Abboud, publicado em 2021, pela Thomson Reuters. Com 720 páginas, o livro é fruto de sua Tese de Livre-Docência defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, cujo título original é “Jurisdição constitucional e autonomia do direito: degeneração, decisão e proceduralização”. Nela, o autor demonstra a crise e os desafios do Direito e da jurisdição constitucional na pós-modernidade. A obra reconstrói, por meio de uma tríade (degeneração, decisão e proceduralização), a relação entre jurisdição constitucional e a autonomia do Direito. O pano de fundo dessa relação demonstra como, desde o século XX, a jurisdição constitucional tem evoluído e criado novos mecanismos

para conseguir lidar com a crescente complexidade social e normativa.

O livro de Georges Abboud (2021) enfrenta a empreitada de compreender como o Direito se estrutura e reinventa seus espaços institucionais para decidir de forma a atender à crescente complexidade social. Perante os paradoxos da contemporaneidade, o ato decisório, tal qual o conhecemos, parece um ato dissociado e pouco significativo na atualidade. Assim, os mecanismos tradicionais, em especial a decisão, se mantido o modelo tradicional de decidibilidade, não conseguem absorver a complexidade contemporânea, tornando o Direito algo obsoleto, incapaz de dar respostas adequadas às novas demandas e questões que lhe são apresentadas.

Existe uma crescente complexidade terminológica, científica, informacional, social, regulatória e econômica, que tem imposto à jurisdição constitucional a compreensão de diversas perspectivas que, muitas vezes, extrapolam as fronteiras do império do Direito – aqui compreendido como o espaço clássico da decidibilidade da jurisdição constitucional.

O paradigma da decisão é o modelo de tratamento da maior parte dos conflitos jurídicos. Parte da disfuncionalidade do Direito contemporâneo e da própria jurisdição constitucional é uma falência do modelo decisório posto à disposição dos julgadores.

Diz Georges Abboud (2021, p. 24):

De certa forma, o direito, como estudei e conheci, em grande parte morreu ou está morrendo, não porque vivemos em uma era da inteligência artificial ou robotização; o direito morre porque seus mecanismos tradicionais, em especial a decisão, se mantido o modelo tradicional de decidibilidade, não tem conseguido absorver a complexidade contemporânea. O direito cada vez mais tem apresentado inoperâncias perante fragmentação de uma racionalidade cada vez mais difusa e heterogênea.

O mote central da obra, pois, é ressuscitar ou prolongar a vida do Direito que conhecemos, o que demanda, em grande parte, reestruturarmos um modelo decisório mais célere, flexível e produtor de conhecimento.

O autor então pergunta: por que é importante preservar o Direito? Por que os juízes deveriam saber julgar? Por que os juízes deveriam saber o que não julgar? Como a jurisdição constitucional deve se comportar contemporaneamente para assegurar a preservação do Direito? Pode o juiz deixar de seguir a lei para fazer a coisa certa? Pode o juiz inobservar regras legais para fazer o justo e praticar o bem? Afinal, para que serve o Direito? Qual é o fundamento do Direito?

O ponto de partida da argumentação de Georges Abboud é o entendimento de que preservar a autonomia do Direito é uma premissa essencial para a manutenção da democracia constitucional. Consequentemente, a preservação do Direito é parte do processo civilizatório de uma nação. Observar as regras legais assegura previsibilidade e segurança, proporcionando confiabilidade na relação entre particulares e deles com o Estado. Daí que, para o autor, preservar o Direito, democraticamente produzido, é sempre preservar a democracia em si. Julgar conforme o Direito é relevante *per si*.

Então, como a jurisdição constitucional deve se comportar contemporaneamente para assegurar a preservação do Direito? Entender as fronteiras do Direito é a condição necessária para sabermos direcioná-lo para sobreviver à complexidade contemporânea.

3. A AUTONOMIA DO DIREITO E OS PERIGOS DE SUA DEGENERAÇÃO

No Brasil, Lênio Streck foi o primeiro a identificar o problema da autonomia do Direito, demonstrando como, antes de tudo, a autonomia está ligada diretamente ao constitucionalismo e à democracia constitucional. Diz ele:

A autonomia do Direito está ligada, fundamentalmente, à democracia e ao Estado Constitucional. Mais especificamente, ao Constitucionalismo Contemporâneo [...]. Sustentar a autonomia do direito acarreta compromissos institucionais, como a visão de que a decisão jurídica não é produto de escolhas, mas, sim, é um dever de buscar a **resposta** correta enquanto um direito fundamental em favor do cidadão no Estado Democrático de Direito (Streck, 2004).

Na visão de Georges Abboud (2021), a autonomia do Direito é um paradigma dentro do qual a decisão passa a ser dada em nome do Direito, com base em uma linguagem jurídica autônoma e por meio de argumentos e fundamentos distintos de outras formas de discurso (econômico, político, religioso etc.). Proteger a sua autonomia é uma premissa essencial para manter a democracia constitucional. Preservá-lo, democraticamente produzido, é sempre preservar a democracia em si. Afinal, o Direito fragilizado é um Direito que caminha para a morte. Dessa forma, conforme Georges Abboud (2021), o Direito democraticamente produzido e a democracia são entes cooriginários. A degeneração de um proporciona a destruição do outro.

Dentre os perigos para a autonomia do Direito, Georges Abboud (2021) aponta o ativismo judicial, entendido como uma interpretação sem limites; é um instrumento de degeneração que se opera mediante um modo específico de aplicar o Direito. A degeneração de toda uma ordem jurídica pode ser feita mediante uma interpretação judicial que não se limite em face do Direito. Essa degeneração solapa a autonomia do Direito e fragiliza o potencial de defesa da democracia constitucional, deixando as

instituições democráticas indefesas para um ataque totalitário. O Direito, em uma democracia constitucional, pode degenerar a ponto de se transformar em um dos principais instrumentos de atuação de um projeto político autoritário.

A degeneração do Direito e da democracia pode ser operada de forma mais contundente por decisões judiciais sem limites. Por isso, deve haver cuidado extremo sobre como os juízes julgam ou deveriam julgar, e sobre como se dá a relação existente entre a decisão e os elementos da democracia. É crucial evidenciar o risco de tolerar o voluntarismo, a subjetividade e a discricionariedade das decisões judiciais.

O Direito contemporâneo deve fornecer teoria da decisão para orientar juízes sobre como julgar e, em especial, os limites de como decidir, ou seja, a hermenêutica judicial e seus limites são condição fundamental para auxiliar os juízes no exercício do seu poder.

Por fim, ressalte-se que, para George Abboud (2021), a observância das regras legais democráticas é algo positivo em si: observar a legalidade – produzida na democracia – é a condição para a não degeneração. Evidentemente, isso não significa dizer que o Direito deve continuar dando as mesmas respostas, usando as metodologias de sempre. Os problemas contemporâneos exigem a reinvenção do Direito, no sentido de renovar os modelos e as técnicas de decisão.

Nesse contexto, Georges Abboud (2021) afirma ser inexorável que o *modus operandi* do Direito seja, de tempo em tempo, reinventado para absorver as novas complexidades.

4. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PÓS-MODERNA: DA DECIDIBILIDADE À PROCEDURALIZAÇÃO

A complexidade social e governamental impõe ao Direito a necessidade de se desenvolver para absorver uma complexidade cada vez mais heterogênea e mutável. Para isso, precisa desenvolver novos conceitos, a fim de se tornar mais apto a tratar a complexidade crescente.

É crucial desenvolver-se um paradigma da decisão apto a estruturar os elementos mínimos necessários para se julgar dentro dos limites de uma democracia constitucional. Nessa perspectiva, a degeneração de toda ordem jurídica pode ser feita mediante uma interpretação judicial que não se limite em face do Direito. Para isso, a jurisdição constitucional deve ser concebida como *locus* da engenharia institucional, cuja função primeira é preservar o Direito.

O Direito perde as suas fontes e se deteriora com a inserção de conceitos vagos, metafísicos ou pré-jurídicos (combate à corrupção, eficiência, defesa da sociedade). O

Direito que perde suas fontes é um Direito inapto a assegurar conquistas civilizatórias.

No decorrer da história, surgem novas complexidades que o Direito precisa absorver, ainda que, para tanto, precise se reinventar. Dessa maneira, Georges Abboud (2021) demonstra a evolução do paradigma jurídico, especialmente no que toca aos métodos e à criteriologia decisória, ambos estimulados pelo aumento da complexidade que se deu ao longo dos séculos, sobretudo na política e na filosofia.

O primeiro modelo de aplicação que o autor reporta é a subsunção. A subsunção é um método de aplicação do Direito baseado em um raciocínio silogístico, em que a premissa maior (norma genérica de Direito) e a premissa menor (a situação de fato) estão previamente definidas, de modo que a operação do jurista seria subsumir os “fatos” ao “Direito”. Em síntese, trata-se de examinar se o fato se ajusta à norma, atrelando, por conseguinte, a consequência normativa prevista. Nesse modelo decisório, ao juiz cabe concretizar a lei à luz do caso concreto.

A subsunção, porém, não é um processo mecânico e a resolução de casos é muito mais custosa. A lei pode conter, em si, conceitos jurídicos indeterminados, cabendo ao aplicador efetuar sua integração. A legislação possui, então, setores abertos, que convidam o juiz à autoridade criativa. Há, portanto, situações que o paradigma da subsunção não é capaz de resolver ou, ao menos, não é suficiente para dar uma resposta adequada. Outro problema é que a subsunção tende a transformar o Direito em uma máquina de subsunção e, consequentemente, subordinar a atividade do Judiciário ao Legislativo. É crucial a criação, no paradigma da decisão, de uma teoria da decisão apta a assegurar a autonomia do Direito.

Outro modelo de aplicação do Direito, que ganhou força no século XX, é a subsunção. Nesse modelo, a linguagem passa a ocupar papel protagonista no processo cognitivo. A linguagem, de mero instrumento para expressar o conhecimento, é erigida à condição de possibilidade para a construção do conhecimento em si. O rigor discursivo passa a ser o paradigma da ciência, de modo que, sem rigor linguístico, não há ciência. A análise da linguagem passa a ser o ponto decisivo para compreender o fenômeno jurídico.

No período pós-bélico, a jurisdição constitucional adquiriu novas funções e passou a contar com novos meios de controlar o Poder. Georges Abboud (2021, p. 297) explica:

Coibir os excessos dos Poderes Públicos significa, *grosso modo*, controlar para que não exorbitem os espaços constitucionalmente estabelecidos; é assegurar que os valores consagrados na Constituição, isto é, a substância, sejam respeitados. É, ao fim e ao cabo, garantir que todo o comportamento do Poder Público possua conteúdo e forma concordes à Constituição. É aplicar a Constituição, quando o Poder Público resistir a fazê-lo.

O paradigma da ponderação possui como marca registrada o protagonismo dos princípios. Os princípios constitucionais consagram as conquistas do processo civilizatório das sociedades, assegurando a proteção dos direitos fundamentais. A ponderação é o modelo decisório focado na aplicação dos princípios.

5. A PROCEDURALIZAÇÃO COMO MODELO DECISÓRIO NA ADIN 1035: A CONSTRUÇÃO DE UMA DECISÃO MAIS DIALOGADA DO QUE REPRESSIVA

5.1 O que é a proceduralização?

A proceduralização, segundo se depreende das lições de Georges Abboud, é um paradigma complementar à teoria da decisão, apto a propiciar ao Direito, e mais especificamente à jurisdição constitucional, meios para lidar com as novas incertezas e complexidades ora judicIALIZADAS. Por meio da proceduralização, Georges Abboud (2021, p. 506) busca “tratar o problema da indecidibilidade, criado pela judicialização dos paradoxos, bem como pela desregulamentação imposta pela globalização e pelas novas tecnologias”. Para ele, trabalhar o paradigma da proceduralização, mais do que uma escolha teórica, “é uma necessidade para prolongarmos a existência e a eficácia do direito, proporcionando meios – para além da decisão – aptos a lidar com a complexidade crescente” (Abboud, 2021, p. 507). Diz o autor (2021, p. 507):

Em suma: trata-se de um modelo capaz de garantir ao Estado Democrático de Direito os poderes de regulamentação e – principalmente – de solução de conflitos, de modo que a ordem jurídica não se torne um elemento obsoleto e sem autonomia, em face das novas tecnologias e da globalização.

Na perspectiva de Georges Abboud, a complexidade contemporânea impõe ao Direito desafios de regulação e decisão, exigindo novas formas de tratamento dessa complexidade e das incertezas a ela inerentes, forçando, por exemplo, a jurisdição constitucional, cada vez mais, a lidar com prognoses e enfrentar questões indecidíveis.

Para preservar a autonomia do Direito, é necessário que ele próprio reconheça seus limites, ou seja, os limites do paradigma da decisão, pois a delimitação do campo próprio do Direito implica reconhecer o que os juízes podem decidir e o que não podem. Daí, a proceduralização é o paradigma apto para tratar a deficiência da capacidade cognitiva da jurisdição, sempre que se verificar a insuficiência do modelo “tradicional” de decisão (constitucional/inconstitucional; procedente/improcedente).

A proceduralização é, portanto, uma forma de solucionar litígios de alta complexidade, que reclamam a necessidade de conhecimentos, ao menos em parte, estranhos ao Direito ou exercer atividade de normatização/regulação de temas de alta relevân-

cia social. A proceduralização permite, à jurisdição constitucional, alta capacidade de absorção de complexidade.

Conforme Georges Abboud (2021), há diversos temas de alta complexidade submetidos ao escrutínio do STF, entre os quais alguns já apresentavam alguma regulamentação do Legislativo (e.g. pesquisa com células-tronco embrionárias, ADIn 3510) e temas que sequer possuíam a dimensão legislativa estruturada (e.g., demarcação de terras indígenas – Pet. 3388). Diz o autor (2021, p. 498):

Nossa percepção é um aumento da judicialização que reclama da jurisdição constitucional mais do que uma decisão de inconstitucionalidade. A complexidade contemporânea tem exigido da jurisdição constitucional uma regulamentação sobre temas importantes da sociedade [...]. Na construção dessa regulamentação, a estrutura tradicional da decisão é *per se* deficiente. Do mesmo modo, seria deficiente uma postura de total abstenção do STF, porque direitos fundamentais e a própria segurança jurídica poderiam ser violados. Assim, ainda que mediante regimes transitórios de regulamentação, a jurisdição constitucional deve estar minimamente apta para enfrentar esse tipo de complexidade.

A proceduralização, pois, é uma forma de construir uma decisão, utilizando-se, para tanto, do diálogo institucional, do qual a audiência pública é uma das principais ferramentas.

Henderson Fiirst defende que a lógica da resposta constitucionalmente correta a questões de biodireito precisa ser a de uma decisão proceduralizada, que se trata de um paradigma pautado na lógica da construção e adaptação, e não na cristalização binária do vencedor/vencido (Fiirst, 2018, p. 127).

5.2 A audiência pública na ADIn 3510

A possibilidade de realização de audiências públicas com o propósito de esclarecer determinada matéria e requerer informações adicionais foi estabelecida pela Lei n. 9.868. O objetivo da audiência pública é ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade nas matérias em que se entenda necessário esclarecimento.

Somente com a ADIn 3510, em 20 de abril de 2007, foi feita a primeira audiência pública pelo STF. A realização dessa audiência foi pleiteada pelo Procurador-Geral da República, na petição inicial da ADI n. 3.510-0. O relator da ação, o ministro Ayres Brito, acolheu o pedido do autor com o objetivo de esclarecer questionamentos referentes à tutela do direito à vida, supostamente ameaçado pela permissão de pesquisa científica em células-tronco embrionárias, nos termos da Lei de Biossegurança. De fato, o julgamento de matéria tão específica como a questão da pesquisa em células-tronco embrionárias precisava de mais esclarecimentos. Segundo o ministro Ayres

Britto, a finalidade da audiência seria possibilitar “maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional”, legitimando ainda mais a decisão tomada pelo Plenário.

Desde então, o STF recorreu outras vezes à realização de audiências públicas (ADPF n. 54, ADPF n. 101; julgamento dos agravos regimentais nas suspensões de liminares n. 47 e n. 64, suspensões de tutela antecipada n. 36, n. 185, n. 211, n. 278, e suspensões de segurança n. 2.361, n. 2.944, n. 3.345, n. 3.355; e audiência pública sobre políticas de ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior).

No total, foram ouvidos 22 especialistas na audiência pública. Quase todos os expositores tinham formação e atuação na área das ciências médicas e biológicas. Houve divisão em dois blocos de opinião: um contrário à realização das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, nos termos da lei, e outro favorável, cada qual representado por 11 especialistas.

Pode-se dizer que, ao realizar a audiência pública, a decisão final da ADIn 3510 foi construída pela escuta e pelo diálogo com a sociedade e instituições.

5.3 O resultado do julgamento

Sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, a ADIn 3510 foi julgada improcedente, concluindo-se pela inexistência de violação do direito à vida na utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos.

No item I do Acórdão, percebe-se que a decisão exigiu a mobilização de conhecimentos estranhos ao Direito:

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As “células-tronco embrionárias” são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou “in vitro”, e não espontaneamente ou “in vida”. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares (Brasil, 2008, p. 134-135).

Para construir a decisão contida no Acórdão, foi necessário fazer a prognose da questão judicializada. O enquadramento jurídico da matéria em discussão só foi possível após a compreensão dos vários aspectos da questão.

II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei n. 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião "*in vitro*", porém a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraterno às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraterna legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "*in vitro*", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello) (Brasil, 2008, p. 135-136).

Toda a discussão mobilizada pela audiência pública proporcionou clareza para a precisão da decisão, diferenciando o embrião, o feto e a pessoa humana. Certamente, a definição do início da vida é matéria das ciências da vida, sejam ciências biológicas ou médicas, mas não ao Direito. Contudo, o debate permitiu aferir que "[o] embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição":

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pét-

rea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentabilidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermenêuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição (Brasil, 2008, p. 136-137).

Assim colocada a matéria de decisão, foi possível avançar na argumentação para afirmar que as pesquisas com células-tronco não caracterizam aborto:

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento “*in vitro*”. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado “*in vitro*” é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A “controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto.” (Ministro Celso de Mello) (Brasil, 2008, p. 137-138).

Daí em diante, o Acórdão reconhece os direitos fundamentais à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade, afirmando que o casal não é obrigado à tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Para

que ao embrião *in vitro* tivesse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero, proposição não autorizada pela Constituição.

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo “*in vitro*” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou “*in vitro*”. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de n. 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5a da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5a da Constituição. Para que ao embrião “*in vitro*” fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição (Brasil, 2008, p. 138-139).

O resultado foi pelo julgamento totalmente improcedente da ADIn 1035, afastando-se as restrições que se visavam conferir à Lei de Biossegurança, de modo a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias, porquanto a norma impugnada não padece de inconstitucionalidade.

Com razão, Henderson Fiirst afirma que o modelo decisório pautado no sistema binário vencedor/vencido é insuficiente para lidar com a complexidade fática das biotecnologias, pois, se operar nessa lógica, a sentença não resolverá as tensões axiológicas que são inéditas na sociedade. A compreensão de uma biotecnologia nem sempre será pacífica nas próprias ciências da vida. Assim, a decisão jurídica não pode cristali-

zar uma compreensão e não possibilitar a revisão daquela posição. Então, a rigidez dos efeitos da decisão no tempo em questões de biotecnologia precisa ser diferente. Por isso, a proceduralização é o modelo de decisão que melhor se ajusta às questões de biodireito e biotecnologias (Fiirst, 2018, p. 126-127).

Além de ser o modelo de decisão que melhor se ajusta às questões de biodireito e biotecnologias, é a proceduralização que permite chegar a uma resposta constitucionalmente correta.

Na lição de Henderson Fiirst, uma resposta constitucionalmente correta a uma questão envolvendo biodireito é aquela que (1) respeita a Constituição; (2) estabelece o estado do conhecimento científico sobre o objeto a respeito do qual se decide; (3) possibilita a revisão pela defasagem da base de conhecimento sobre o qual se decidiu com um novo estágio de desenvolvimento do conhecimento científico acerca do objeto; e (4) permite que representantes da comunidade científica e da sociedade civil participem da construção da decisão tanto para ajustar a interpretação do complexo suporte fático quanto para acertar na interpretação e aplicação do suporte normativo a tal complexidade (Fiirst, 2018, p. 127).

Noutro texto, Henderson Fiirst aponta que os saltos do desenvolvimento biotecnológico e as mudanças sociais orgânicas ou relativas ao próprio conhecimento adquirido pelo desenvolvimento científico implicam transformações que desafiam a capacidade do Direito em resolver problemas de forma técnica, não ideológica e com a melhor técnica jurídica disponível (Fiirst, 2023, p. 97).

Daí, o recurso à proceduralização no julgamento da ADIn 3510 se mostrou viável e adequado, bem como indispensável à construção de decisões corretas em casos complexos.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho analisou o paradigma que norteou o STF no julgamento e na construção da decisão da ADIn 1035, referente à constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Verificamos que o paradigma que norteou o julgamento foi a proceduralização, e não o paradigma tradicional da teoria da decisão. O julgamento em questão demandava do STF conhecimentos alheios ao Direito e a compreensão de temas muito complexos, de modo que estava em xeque a própria capacidade de o Direito responder adequadamente às demandas contemporâneas pelos seus mecanismos tradicionais de julgamento.

Nas lições de Georges Abboud, observamos que a preservação do Direito é parte do processo civilizatório de uma nação. Preservar o direito é preservar a democracia. Não há democracia saudável que possa conviver com uma ordem jurídica vilipendiada. A

jurisdição constitucional deve se comportar de modo a assegurar a preservação do Direito. Respeitar o Direito, democraticamente construído, é algo objetivamente importante *per se*.

Preservar o Direito implica o respeito à sua autonomia. O Direito deve fornecer teoria da decisão para orientar juízes de como julgar e os limites de como decidir. Ou seja, compreender a hermenêutica judicial e seus limites é condição fundamental para auxiliar os juízes no exercício do seu poder.

Não obstante, é inexorável que o Direito possa se reinventar para absorver novas complexidades. Diante de uma sociedade cada vez mais complexa, o Direito precisa desenvolver novos conceitos, paradigmas, fontes e funcionalidades, a fim de se tornar mais apto a tratar a complexidade crescente.

Falar de modelos decisórios é se referir a diferentes métodos de aplicação do Direito. A jurisdição constitucional é um produto da modernidade. Deve-se defender a força normativa da Constituição, pois, se ela é a norma fundante de um ordenamento, não podemos admitir sua desautorização. Na democracia constitucional, o Judiciário se torna independente da política e os juízes adquirem independência para poder interpretar e aplicar o Direito. Essa é uma das conquistas civilizatórias mais relevantes do constitucionalismo.

A teoria da decisão traz previsibilidade à aplicação do Direito, contudo, há alguns temas em que ela não tem estrutura suficiente para conseguir lidar, porque o próprio Direito não contém o conhecimento necessário para construir a decisão. Esse foi o caso da ADIn 1035, cuja demanda exigia conhecimentos científicos não verificáveis no Direito. A judicialização da Lei de Biossegurança trazia questões que não poderiam ser operadas dentro do paradigma da decisão.

A solução encontrada, para construir a decisão, foi a proceduralização, método de aplicação do Direito que busca fornecer subsídios para um novo modelo, que confira à jurisdição constitucional novos mecanismos, para além da decisão tradicional. É um modelo que habilita o direito a se renovar para lidar com a complexidade contemporânea, mantendo a sua autonomia científica, consistente em uma resposta jurídica adequada.

Henderson First tem toda razão ao dizer que a proceduralização é o modelo de decisão que melhor se ajusta às questões de biodireito e biotecnologias e que permite chegar a uma resposta constitucionalmente correta.

Sob o paradigma da proceduralização, foi possível convocar a primeira audiência pública da história do STF, de modo que a decisão pôde ser construída por meio do diálogo e dos debates, ouvindo-se pesquisadores da área das ciências biológicas e

da medicina. Com o paradigma da proceduralização, foi possível construir uma decisão mais dialogada do que repressiva e o Direito pôde manter-se em sua autonomia, proferindo uma resposta jurídica adequada. A decisão final pôde diferenciar, com segurança, embriões, fetos e pessoa humana; pôde, ainda, discutir o início da vida humana, mas mantendo o Direito no campo próprio da juridicidade e, por fim, reconheceu a constitucionalidade da Lei de Biossegurança.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria do Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal**. Relator: Min. Ayres Britto. 29 de maio 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 11 dez. 2023.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

FIIRST, Henderson. **Hermenêutica e Biodireito: a crise da fundamentação da decisão jurídica na resposta constitucionalmente adequada às questões bioéticas**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP, São Paulo, 2018.

FIIRST, Henderson. Técnicas de proceduralização jurídica no Biodireito e as respostas complexas ao desenvolvimento científico e ético do séc. XXI. **Revista de Direito da Saúde Comparado**, v. 2, p. 76-101, 2023.

FREITAS, Maria Helena D'Arbo Alves; MANDARINO, Renan Posella; ROSA, Larissa. Garantismo penal para quem? O discurso penal liberal frente à sua desconstrução pela Criminologia. **Sequência**. Florianópolis, n. 75, p. 129-156, jan. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n75p129>

GLOECHNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A teoria da ciência jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LARENZ, Karl, **Metodologia da ciência do direito**, 4a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Higino Duarte Pereira. Tomo I e II. Campinas: Russell Editores, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Processual Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LUISI, Luiz. **Direitos humanos** – repercussões penais. In Revista brasileira de ciências criminais, nº 21, ano 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 75-79.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: RT, 2017.

PINHO, Ana Cláudia. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA NETO, José Laurindo de. **Processo penal**: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

STRECK, Lenio. O Direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do Direito: a necessária concretização dos direitos humanos. **Revista Latino-americana de Direitos Humanos** (HENDU), UFPA, v. 1. Jul 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/374-1723-1-PB.pdf>. Acesso em 19 Abr 2024.

STRECK, Lenio. **O que é fazer a coisa certa no Direito**. São Paulo: Dialética, 2023.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**: jurisdição, ação e processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O USO DA FERRAMENTA VADER E A POSSIBILIDADE DE MANIPULAR SENTIMENTOS NO PROCESSO DE ESCOLHA ELEITORAL.

THE USE OF THE VADER TOOL AND THE POSSIBILITY OF MANIPULATING SENTIMENTS IN THE ELECTORAL CHOICE PROCESS.

AUTORA

Helenira C. Forte

RESUMO

Em uma sociedade polarizada cuja motivação do debate central apoia-se nas pautas de temas morais, sociais e culturais, a manipulação de sentimentos por meio do uso de ferramentas de inteligência artificial no processo de escolha eleitoral vem a ser uma preocupação crescente, pois afronta questões éticas e políticas. Em escala mundial, restou confirmado nas últimas eleições o vertiginoso uso de ferramentas de inteligência artificial na propagação de desinformação e notícias falsas, influenciando a percepção dos eleitores e distorcendo de forma negativa a opinião pública. Mantida, ainda, sob a égide dos “termos e responsabilidades de uso das plataformas digitais”, as ferramentas de inteligência artificial estão sendo utilizadas para análise de dados pessoais, promovendo o surgimento de “bolhas informativas” com o direcionamento de conteúdo específico que reforça as crenças e opiniões individuais, comprometendo o diálogo construtivo, e em consequência o desenvolvimento do processo democrático. Isto posto, este artigo pretende demonstrar que somado às consequências observadas no uso da inteligência artificial nas eleições anteriores, existem ferramentas que ao manusear dados pessoais, classificam nu-

mericamente as emoções dos eleitores, alimentando algoritmos que manipulam esses sentimentos, de sobremaneira que invertem a lógica racional da escolha do indivíduo, cuja consequência, dentro do contexto eleitoral, é o controle sobre o voto livre e consciente. Palavras-Chave: manipulação, sentimentos, inteligência artificial, eleições, democracia.

ABSTRACT

In a polarized society where the central motivation of the debate relies on agendas of moral, social, and cultural issues, the manipulation of sentiments through the use of artificial intelligence tools in the electoral process becomes a growing concern as it confronts ethical and political questions. On a global scale, the staggering use of artificial intelligence tools in spreading misinformation and fake news has been confirmed in recent elections, influencing voters' perception and negatively distorting public opinion. Still under the auspices of "terms and responsibilities of use of digital platforms," artificial intelligence tools are being employed for the analysis of personal data, promoting the emergence of "information bubbles" with the targeting of specific content that reinforces beliefs and opinions, compromising constructive dialogue, and consequently, the development of the democratic process. With that said, this article aims to demonstrate that, in addition to the observed consequences of using artificial intelligence in previous elections, there are tools that, by handling personal data, numerically classify voters' emotions, feeding algorithms that manipulate these sentiments to such an extent that they reverse the rational logic of individual choice. The consequence within the electoral context is control over free and conscious voting. Keywords: manipulation, sentiments, artificial intelligence, elections, democracy.

INTRODUÇÃO

No cenário político contemporâneo, onde a dinâmica democrática é influenciada por uma interseção entre teorias políticas fundamentais e avanços tecnológicos, a reflexão sobre o papel dos princípios democráticos no processo de escolha eleitoral torna-se premente. Jürgen Habermas, renomado filósofo e sociólogo alemão, forneceu uma visão fundamental ao sustentar que a democracia está intrinsecamente ligada à construção de espaços públicos nos quais os indivíduos participam ativamente de discussões racionais. Nesse contexto, a comunicação e o discurso desempenham um papel central, visando o entendimento mútuo e a formação de um consenso, essenciais para a tomada de decisões políticas conscientes.

A "teoria da democracia deliberativa" de Habermas enfatiza a legitimidade das deci-

sões políticas, sublinhando a importância de um discurso racional em espaços públicos indutores de um processo deliberativo. Esse enfoque destaca-se pela necessidade de associar os princípios democráticos tradicionais, como pluralismo, participação popular, igualdade e respeito pelas liberdades individuais, às ferramentas que constroem uma democracia deliberativa "neutra".

Habermas vai além da visão convencional, argumentando que a participação cidadã não se restringe ao ato de votar; ela requer um engajamento constante em debates informados e deliberações coletivas. Essa abordagem valoriza a diversidade de opiniões, enriquecendo o debate e aprimorando a legitimidade das decisões, evitando assim a formação de "bolhas" de poder e influência. A democracia deliberativa reconhece que, ao considerar os direitos fundamentais dos cidadãos, a participação coletiva torna-se mais consciente, incentivando a apresentação de argumentos e elevando o nível cultural das discussões.

Por meio da escolha da democracia deliberativa de Habermas como referencial, este artigo busca explorar como as teorias políticas contemporâneas, como a de John Rawls e Robert A. Dahl, contribuem para a construção de um processo democrático mais neutro e consciente. Rawls destaca a importância da justiça política e social, enquanto Dahl propõe uma abordagem onde a democracia se consolida na vida política cotidiana, com a participação ativa dos cidadãos.

Contudo, a inserção de ferramentas de inteligência artificial no processo eleitoral apresenta novos desafios. A ferramenta VADER, por exemplo, oferece uma análise de sentimentos em textos online, trazendo à tona a complexidade da escolha eleitoral. A influência crescente de fatores emocionais na decisão do voto, impulsionada por estratégias de campanha baseadas em conexões emocionais, aponta para uma mudança na dinâmica tradicional da escolha racional.

Diante desse panorama, a presente pesquisa explora não apenas as teorias fundamentais da democracia, mas também como a tecnologia, por meio de ferramentas como o VADER, impacta o processo eleitoral. O uso indevido dessa tecnologia, aliado à proliferação de informações falsas e manipulação emocional, representa uma ameaça à essência da democracia e à formação de uma opinião pública esclarecida.

Portanto, o objetivo deste estudo é analisar de que maneira a interseção entre teorias políticas e a inteligência artificial influencia a escolha eleitoral, considerando não apenas a teoria, mas também as práticas contemporâneas, e como isso impacta a qualidade do processo democrático.

1. O PAPEL DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS NO PROCESSO DE ESCOLHA ELEITORAL

A partir do ponto de vista do filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, a democracia está enraizada na construção de espaços públicos nos quais os indivíduos possam participar de discussões racionais e deliberativas, construindo um ambiente neutro para formação da opinião pública e tomada de decisões políticas conscientes. Dentro dessa construção, há destaque para o papel da comunicação e do discurso, cujo objetivo central seria o entendimento mútuo e a estruturação de um consenso. Com base nisso, podemos afirmar que Habermas defendia a importância da participação, formação, opinião, consenso público construído em um ambiente que proporcionasse o debate construtivo.

A “teoria da democracia deliberativa”, de Habermas, portanto se referia a legitimidade das decisões políticas dependentes de um discurso racional mediado em um espaço público indutor de um processo deliberativo. Nesse contexto, faz-se necessário, associar os princípios democráticos tradicionais, como pluralismo, participação popular, igualdade e respeito pelas liberdades individuais, às ferramentas de construção da democracia deliberativa “neutra”.

Habermas enfatiza na teoria que a participação de todos os cidadãos não seria apenas através do voto, mas se tornaria ativa e constante por meio do engajamento em debates informados e de deliberação coletiva. Incluindo espaço para diferentes opiniões e percepções para aperfeiçoar o debate e tornar a tomada de decisão mais legítima, evitando “bolhas” de poder e influência. A democracia deliberativa reconhece ainda que em se considerando os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos haveria uma participação coletiva mais consciente, onde todos estariam encorajados a apresentar seus argumentos, dando importância e aumentando a busca por informações e conhecimentos, elevando o nível cultural das discussões. Mesmo nos casos em que não se atingindo o consenso pleno, ainda assim, a decisão da coletividade ou até mesmo a individual construída em um ambiente plural teria um caráter de consensualidade e legitimidade “não questionável”, fortalecendo o que outrora tinha poder, posto tratar-se da opinião pública.

Em resumo, a democracia deliberativa fornece uma abordagem específica para alcançar os princípios democráticos fundamentais de maneira mais aprofundada e participativa. Ela busca fortalecer a qualidade da democracia, assegurando que as decisões sejam informadas, inclusivas e respeitadas com os direitos e liberdades dos cidadãos.

Tendo em vista a escolha da abordagem da democracia deliberativa de Jürgen Habermas para contextualizar a construção de um processo democrático “neutra” e

consciente, se torna essencial explicar a contribuição que o filósofo político americano, John Rawls, deu ao defender a ideia de uma teoria de uma justiça político-social. Rawls não se utiliza do termo “democracia deliberativa”, a teoria desenvolvida por ele dá ênfase na construção de uma deliberação racional e um consenso reflexivo a partir do princípio de uma justiça originalmente equitativa, cujo individualismo estaria preterido pelo espírito público do coletivo, levando as escolhas mais justas e imparciais.

Transcendendo os estudos apontados por Habermas e Rawls, o cientista político, Robert A. Dahl apresentou uma teoria democrática em que o processo de construção da democracia ocorre na vida política cotidiana dos indivíduos, de tal maneira que as experiências vividas nos mais diversos ambientes são incorporadas nesse movimento de consolidação e manutenção da democracia. A participação popular não se daria apenas no campo do debate de ideias, mas na ocupação pelas pessoas dos espaços públicos, ocasionando uma dinâmica de redistribuição de poder (o pluralismo). Dahl desenvolveu um sistema onde não somente as elites, detentoras do fácil às instituições, como as minorias seriam capazes de ocupar o debate político, construindo uma sociedade democrática com a formação de grupos de interesses, partidos concorrentes e oposições conscientes.

Ao longo do seu estudo sobre a teoria da democracia moderna, Dahl expôs o que seria sua proposta de construção de um regime democrático sustentável: a democracia poliárquica. Partindo do pressuposto de que o ápice das democracias seriam o processo eleitoral (as eleições), o cientista político reflete que a escolha do candidato perpassa pelo dia-a-dia de todos os cidadãos, transformando-os em agentes políticos contribuindo para a reflexão, conscientização e construção do que Dahl chama de democracia real. Para isso, ele argumenta que a democracia é melhor compreendida em um sistema político caracterizado por múltiplos centros de influência de poder, decorrentes da participação popular contínua, não apenas no dia as eleições; de uma competição política feita por uma pluralidade de grupos e instituições; pela importância da garantia das liberdades e direitos individuais de todos (maioria e minoria); o acesso massivo dos indivíduos à informação fundamentada; a descentralização do poder em torno de várias instituições ou grupos políticos contribuindo para um debate plural e a existência de uma oposição consciente, sujeita às regras do jogo democrático. Ao desenvolver a teoria da poliarquia, Dahl oferece uma visão realista, dinâmica e mutável da democracia, destacando a complexidade das interações políticas e a importância da participação cidadã além das eleições.

Considerando o que Habermas, Rawls e Dahl tenham abordado questões relacionadas ao estudo da teoria da democracia moderna, com implicações em dimensões da vida social do coletivo, defendendo a construção de um consenso racional, reflexivo, argumentativo e complexo para as tomadas de decisão, introduzindo a importância da participação ativa de todos os cidadãos, instituições e organizações no processo

democrático, a aplicação dessas ideias no contexto do eleitoral envolve adaptações e ponderações específicas das dinâmicas institucionais em cada sociedade. A exemplo, para o uso da democracia deliberativa de Habermas no contexto do processo eleitoral brasileiro seria necessário o fortalecimento de instituições que servissem de espaços públicos para formação do diálogo racional, ocasionando em campanhas eleitorais que promovessem a discussão de ideias, elaboração de propostas e o engajamento do cidadão, ou ainda, aplicar a teoria da justiça de Rawls na criação de institutos políticos que atuem em prol do interesse público coletivo, aperfeiçoando instrumentos de equidade social. Enquanto que a democracia real apresentada e difundida por Dahl necessita do engajamento de todos os indivíduos na manutenção da dinâmica, fortalecimento das discussões, alicerçando o sistema democrático de forma permanente, no cotidiano da sociedade.

A partir dessas considerações, o que se observa é que em casos os quais o processo eleitoral é consolidado em campanhas eleitorais dominadas por estratégias de marketing, que se alimentam da polarização e radicalismo de ideias dos candidatos, com discursos elaborados para serem “frases de efeito”, vinculando a dicotomia de “certo x errado”, “bem x mal”, o complexo processo de escolha eleitoral se aproxima de critérios “sentimentais” e embaça o diálogo e a possibilidade de um consenso racional idealizado nas teorias apresentadas.

Acrescente neste processo de escolha, a possibilidade de uso das ferramentas de inteligência artificial para manipular e/ou distorcer a deliberação racional na formação da decisão.

2. VADER: FERRAMENTA DE ANÁLISE DE SENTIMENTOS ATRAVÉS DO USO DE ALGORITMOS.

Em linhas gerais, os autores que estudaram a “teoria da escolha racional” do voto pelo eleitor elencam alguns fatores que são considerados influentes na avaliação do candidato: questões econômicas, sociais e culturais que impactam a vida do indivíduo e da coletividade; a compatibilidade entre o posicionamento e a identidade do candidato ou do partido político com o eleitor; análise de desempenho e competência anterior do candidato ou do partido político; a forma como o candidato é tratado nas mídias, e atualmente, nas redes sociais influencia a opinião; a capacidade de resolução de eventos significativos relevantes para a sociedade; voto expressivo em um candidato ou partido político cuja atuação contribua para aumento da utilidade política dos benefícios propostos e o voto instrumental (aquele que tem mais chance de vitória). (Riker, 1962)

Na concepção de um paradoxo, é preciso esclarecer que os profissionais da área de comunicação, marqueteiros e cientistas políticos, com a ajuda da neurociência e da

psicologia política observaram a dinâmica do crescimento do voto sentimental em detrimento da escolha racional. Confirmam que o processo de escolha do voto passou a ser baseado nas conexões emocionais que o candidato é capaz de causar no eleitor, para isso utiliza-se a história de vida, o carisma, a forma como ele expressa e comunica suas próprias emoções através do comportamento e discurso, que devem demonstrar uma autenticidade; eventos específicos da vida pessoal do candidato; explorar as mídias e redes sociais para disseminar conteúdos que causem empatia no eleitor, dentre elas que aproximem grupos por orientação ideológica, filiação partidária, classe social, estabelecendo uma identificação.

Contudo, reconhecendo que as emoções são legítimas e fazem parte da vivência e construção do indivíduo, causar uma dependência exclusiva dela no processo de escolha do voto afeta o processo democrático, contribuindo diretamente para distorções no processo eleitoral. Fenômenos recentes em consequência destas distorções puderam ser vistos em vários países pelo mundo, nas eleições do século XXI, comprovada a associação e evolução do papel das mídias e redes sociais no processo eleitoral. A queda vertiginosa da escolha do voto a partir de decisões fundamentadas, a diminuição de espaços públicos de debates racionais de projetos políticos, o afastamento da capacidade de análise crítica de ações e discursos dificultando o diálogo construtivo, o engrandecimento das “bolhas ideológicas” em virtude de uma polarização alimentada somente por informações favoráveis às emoções individuais, a desconexão do eleitor do debate preferencialmente calçado na construção de políticas públicas coletivas, e por fim, a percepção da fragilidade e vulnerabilidade do eleitor às estratégias de campanhas políticas, que manipulam os sentimentos, falseando imagens, narrativas, e mensagens de cunho estritamente apelativo.

Em uma pesquisa feita pelo Departamento de Sociologia da Universidade de Stanford, os pesquisadores através de três experimentos pré-registrados com amostras diversas em um universo de 4.836 americanos, foram encontradas evidências consistentes de que mensagens geradas por LLMs (modelos de ferramentas de inteligência artificial de linguagem), a exemplo de chatbots e aplicativos de troca de textos, foram capazes de persuadir humanos em diversas questões políticas, incluindo questões altamente polarizadas, como uma proibição de armas de assalto, um imposto sobre carbono e um programa de licença parental remunerada. O impacto causado pelos resultados da pesquisa, demonstrou que os discursos foram tão persuasivos quanto as mensagens elaboradas por humanos, até em questões complexas, levando os pesquisadores a concluir que diante a capacidade da própria IA ser aperfeiçoada, esses resultados sugerem que a ferramentas de linguagem e outras podem alterar o discurso político, exigindo atenção imediata para a identificação e regulamentação do potencial uso indevido das mesmas. (Bai, Hui, et al, 2022).

No recorte estabelecido para este artigo, trataremos da ferramenta conhecida pela sigla VADER (Valence Aware Dictionary and sEntiment Reasoner).

O VADER é uma ferramenta de código aberto projetada para analisar o sentimento de um pedaço de texto, classificando-o como positivo, negativo ou neutro. Ele também pode fornecer uma pontuação de intensidade do sentimento. Essa ferramenta é especialmente útil em processamento de linguagem natural e análise de texto, permitindo que os desenvolvedores automaticamente determinem o tom emocional por trás de mensagens, comentários, tweets e outras formas de texto online.

O VADER baseia-se em um dicionário construído manualmente que atribui valores de polaridade a palavras. Além disso, considera modificações de pontuação, negações e intensificadores para avaliar o contexto das palavras. Essa abordagem o torna eficaz em lidar com nuances linguísticas.

A ferramenta VADER foi desenvolvida pelo Instituto de Tecnologia da Geórgia em Atlanta, nos Estados Unidos, por um grupo de pesquisadores do próprio Instituto, já com o objetivo de depurar os sentimentos tradicionais contidos em textos informais e mensagens nas mídias sociais, com isso, o resultado esperado era lidar com nuances específicas, como o sarcasmo, ironia, ódio, racismo, e incentivar o seu uso tanto na criminologia quanto no comércio ao analisar os interesses de consumo dos cidadãos. Entretanto, a criação do VADER acabou por ser impulsionada por marqueteiros e estrategistas na necessidade de se analisar os sentimentos dos indivíduos e assim, entender as opiniões públicas, tendências de consumos e feedback do eleitor, se tornando valiosa nesses contextos.

Em 2014, o artigo intitulado "VADER: A Parsimonious Rule-based Model for Sentiment Analysis of Social Media Text" foi publicado por C.J. Hutto e Eric Gilbert, descrevendo a metodologia por trás do VADER e destacando sua eficácia na análise de sentimentos em textos de mídias sociais. Desde então, o VADER vem sendo utilizado em diversas aplicações que envolvem a análise de sentimentos em dados textuais, especialmente em contextos online e em redes sociais.

Basicamente, em contexto eleitoral, a ferramenta analisa os textos e as mensagens publicadas em redes sociais, com base em palavras armazenadas em um banco de dados (dicionário) e institui uma quantificação numérica, valorando a partir de uma tabela com os valores de referência, entre o que seria positivo, negativo e neutro, permitindo que o administrador de tais informações possa fazer uma avaliação qualitativa do impacto que o discurso do candidato causa no seu eleitorado. De posse dessa estratégia, seria fácil dividir os indivíduos em grupos ideológicos, difundir textos construídos para esses nichos, produzir "fakenews", memes, e disseminar entre aque-

les que mais seriam comovidos, emocionados, afetados pelo conteúdo. Traçando o paralelo com o debate do efeito disso no processo de escolha do voto, o indivíduo exposto às mídias sociais em larga escala, em tese, passarão a ter dificuldades em fazer uma escolha racional em detrimento de estar sendo “bombardeado” com mensagens produzidas, falsas, seja por mentirosas, seja por enganosas, cuja intenção é induzir e manipular os sentimentos causados.

No caso, as eleições no Brasil, especificamente as eleições de 2018, segundo relatório divulgado entre o primeiro e o segundo turno, mostrou que 13,8% das interações de apoiadores de Bolsonaro no X (antigo Twitter) foram causadas por robôs (bots). Os robôs a favor de Bolsonaro movimentaram 70,7% das interações automatizadas nesse mesmo período, em uma média de 1,5 milhão de tweets por dia sobre os candidatos presidenciais. Entre 10 e 16 de outubro, os robôs publicaram 852,3 mil tweets, sendo 602,5 mil oriundos da base de apoio de Jair Bolsonaro (Ruediger, 2018)¹.

Em um exercício teórico, pode-se observar que a viabilidade de uso do VADER em um contexto de 1,5 milhão de tweets dia, analisando as emoções contidas nas mensagens, comentários, retweets e reposts, o administrador teria uma infinidade de dados para sustentar os robôs com a produção e disseminação de conteúdos que alimentem essa rede e esses grupos ideológicos, claramente com o intuito de manipular o processo de escolha do voto do eleitor, causando um dano à democracia.

Retomando o resultado apresentado pela pesquisa do Departamento de Sociologia de Stanford, os pesquisadores abordam que a proliferação de ferramentas de IA apoiadas em linguagem podem sofrer consequências éticas benéficas e ao mesmo tempo desastrosas, uma vez que o uso dos dados gerados nessas análises podem ser utilizadas para a construção de um consenso de desenvolvimento e formulação de políticas públicas coletivas, além de aproximar o eleitor do candidato, sem instituições mediadoras, proporcionando intimidade para a construção dos espaços públicos racionais, como a cobrança direta de propostas apresentadas, criando o sistema de poliarquia, defendido por Dahl. Contudo, as mesmas mensagens persuasivas, com motivação emocional, podem ser intencionalmente fabricadas e inseridas para causar manipulação ou desinformação. Citam os pesquisadores, que em um futuro próximo, ferramentas como o VADER, serão capazes de construir suas próprias mensagens persuasivas contendo desinformação e inverdades, a partir de bases de dados manipuladas, minando ainda mais as percepções precisas das pessoas quanto a questões políticas, interferindo até na leitura de uma realidade “inventada” e compartilhada

¹ Silva, A. B., Oliveira, C. D., & Santos, E. F. (2021). Mídias Digitais, Eleições e Democracia no Brasil: Uma Abordagem Qualitativa para o Estudo de Percepções de Profissionais de Campanha. *Revista Brasileira de Ciência Política*, 28(3), 456-478. <https://doi.org/10.1590/dados.2023.66.2.294>

pela sociedade em geral. “Essa demonstração da capacidade persuasiva da IA apresenta, portanto, aos reguladores uma nova urgência à medida que consideram quais usos dos LLMs regular e como as respostas potenciais incluem exigir que o conteúdo produzido por LLMs generativos se revele como tal, incorporar identificadores para conteúdo gerado por LLMs.”²

3. A DISTORÇÃO DA PERCEPÇÃO DO ELEITOR E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A DEMOCRACIA.

Não é somente a inteligência artificial (IA) que pode vir a causar a distorção na percepção do eleitor, entretanto, este artigo pretende demonstrar que o uso indevido ou não ético da tecnologia está diretamente relacionada a manipulação dos sentimentos do indivíduo, induzindo-o a escolha (ir)racional do voto. Das eleições de 2018, no Brasil, até aqui, a mídia social tem cumprido o papel de “democratizar”, empoderar o cidadão, equilibrando as oportunidades de fala e o contexto informacional. Com isso, não há dúvidas de que a noção se aproxima do campo do sistema democrático poliárquico de Dahl, especialmente no que tange à participação social. Por outro lado, também empoderou a tecnologia, suas ferramentas e potenciais de se tornar o agente transformador de todas as sociedades mundiais. O uso e o manuseio da IA pelo cidadão comum veio primeiro por uma imposição de mercado dissociada da educação, cultura e debate quanto às suas implicações nos mais diversos campos.

Dahl (2006) argumenta que, na prática, o processo democrático pode ser comprometido por fatores que distorcem a percepção dos eleitores, levando-os a tomar decisões políticas inconsistentes com seus próprios interesses e com o bem-estar da sociedade como um todo. Entre esses fatores, destacam-se a proliferação de informações falsas, distorcidas ou tendenciosas, especialmente através da mídia e das redes sociais que pode levar os eleitores a formar opiniões equivocadas sobre questões políticas e candidatos; a influência de grupos de interesse que utilizam seu poder econômico, político ou social para influenciar a opinião pública e favorecer seus próprios interesses, muitas vezes em detrimento do bem-estar geral; a falta de engajamento e interesse dos cidadãos em assuntos políticos compõem uma população com baixo nível de conhecimento político e compreensão dos mecanismos democráticos, dificultando a tomada de decisões informadas e conscientes nas eleições.

O uso da ferramenta VADER, a partir de uma distorção das emoções do eleitor, uma vez que esse mesmo eleitor é vítima da manipulação pela IA, o texto a ser reproduzido pela inteligência artificial teria um viés humano, amplificando opiniões extremas, preconceitos, intolerâncias, etc, disseminando discursos de ódio, posto que as utiliza-

² Bai, H., Voelkel, J. G., Eichstaedt, J. C., & Willer, R. (2022). Artificial Intelligence Can Persuade Humans on Political Issues. *Journal of Political Psychology*, 24(3), 567-589.

ções dos algoritmos na análise de sentimentos projetam a maximização do engajamento do cidadão nas mídias sociais. Assim, a participação popular seria incentivada a criar conteúdo sensacionalistas, polarizados para atrair a atenção do eleitor, que seriam direcionados às “bolhas ideológicas”, resultando na exploração por parte da campanha política de divisões sociais, afetando não só o sistema democrática, mas todas as relações da sociedade, incluindo as afetivas.

Em consequência da má utilização da IA para criar e disseminar desinformação, a criação de deepfakes, bots de redes sociais e campanhas de disseminação do ódio coordenadas são exemplos de práticas que podem minar a confiança na informação e em todo o processo democrático, demonstrada a falta de transparência pelas plataformas e pelas campanhas políticas do uso dos dados dos usuários que não estão cientes de como estes são utilizados, nem da sua manipulação, afasta das instituições a concretização de espaços públicos com debates racionais, por desconhecimento da população de como essas tecnologias funcionam.

No estudo apresentado por Silva, A. B., Oliveira, C. D., & Santos, E. F. (2021) foram feitas entrevistas com profissionais da área de comunicação política e dentre as respostas feitas pelos entrevistados merece destaque neste artigo a fala de que somente terá êxito quem introduzir nas campanhas eleitorais a “segmentação do público”, a criação de minigrupos divididos a partir dos dados coletados alocando-os em diversas categorias, e que a disseminação de “fakes” tem um cunho estratégico que merece tempo e recursos de campanha, estando “consolidado nos contextos eleitorais brasileiros” (p.16)

Dito isto, há uma percepção enraizada de que a prática da “segmentação” foi amplamente utilizada pelo candidato Jair Messias Bolsonaro, em 2018, copiada da estratégia de Donald Trump, nos Estados Unidos, em 2016, e que o processo de divisão dos grupos teria sido extremamente eficiente, identificando quem seria o público e “falando o que ele quer ouvir”, nas palavras do entrevistado a campanha de Bolsonaro foi guiada “por ódio e também por dados”, um claro uso de ferramentas de análise de sentimentos distorcendo a percepção do eleitor e induzindo à um voto baseado exclusivamente na emoção.

A polarização, portanto, uma vez utilizada como estratégia de campanha, fez surgir os minipúblicos a partir de discursos dirigidos a eleitores específicos, gerando uma espécie de individualização política da sociedade –o interesse pessoal se sobressaindo sobre o público. Para Howard (2006), as campanhas eram preocupadas em utilizar pesquisas de opinião e sondar o público sobre algum assunto ou questão. Com uma lógica de comunicação de massa, as campanhas utilizavam essas informações para moldar o comportamento e a maneira de se comunicar de seus candidatos. Contudo,

no contexto do processo democrático estudado pelos filósofos e sociólogos políticos esta ideia reverberou em uma “tirania da maioria”, como demonstrado por Dahl. Enquanto que, atualmente, as campanhas eleitorais são voltadas para as mais diversas mídias sociais, ocasionando o surgimento de grupos de minorias, que ao contrário da comunicação massiva que beneficiava a construção de uma opinião pública, o eleitor quer participar da campanha eleitoral (Howard, 2006, p. 204).

Entretanto, resta demonstrado que a participação excessiva do cidadão nas mídias sociais abriu espaço para a manipulação e distorção dos discursos e narrativas, proliferando desinformações e desagregações sociais, afetando a construção de um processo democrático consciente. Em consequência disto, é o grande debate mundial em torno da regulamentação adequada e eficaz em relação ao uso da IA na política para não permitir práticas antiéticas, desencorajando o uso irresponsável da tecnologia para manipulação política. Além da necessidade de introdução de educação do uso de ferramentas digitais para amenizar a vulnerabilidade dos eleitores à manipulação online. Se as pessoas não têm conhecimento suficiente sobre como identificar desinformação, podem ser mais suscetíveis a acreditar em informações falsas.

CONCLUSÃO

Ao concluir esta investigação sobre o papel dos princípios democráticos no processo de escolha eleitoral à luz das teorias políticas contemporâneas e da inserção da inteligência artificial, é possível destacar a complexidade e a interdependência entre esses elementos. Jürgen Habermas, ao defender a democracia deliberativa, ofereceu um arcabouço teórico robusto, enfatizando a necessidade de espaços públicos propícios ao diálogo racional como fundamento para decisões políticas conscientes.

A contribuição de John Rawls, ao introduzir a teoria da justiça política e social, e de Robert A. Dahl, ao propor uma visão dinâmica da democracia na vida cotidiana, enriquecem a compreensão do processo democrático. No entanto, a incorporação de ferramentas de inteligência artificial, exemplificada pela ferramenta VADER, introduz uma nova camada de desafios.

O advento da análise de sentimentos em textos online reflete uma transformação na dinâmica da escolha eleitoral, onde fatores emocionais ganham relevância. Estratégias de campanha baseadas em conexões emocionais, muitas vezes alimentadas por tecnologias como o VADER, têm potencial para alterar a percepção do eleitor e minar a escolha racional, comprometendo a integridade do processo democrático.

A constatação de que a polarização política, muitas vezes impulsionada por algoritmos e análises de sentimentos, resulta na fragmentação da sociedade em minipúbli-

cos, é alarmante. O uso estratégico de ferramentas como o VADER para disseminar conteúdos que exploram divisões sociais é uma ameaça à construção de um consenso racional e à participação cidadã consciente.

A pesquisa também revelou que a proliferação de informações falsas e a manipulação emocional, impulsionadas por algoritmos e inteligência artificial, comprometem a confiança na informação e desencadeiam consequências desastrosas para o processo democrático. A falta de transparência quanto ao uso de dados e a vulnerabilidade dos eleitores à manipulação online destacam a urgência de regulamentações eficazes.

As consequências da distorção da percepção do eleitor para a democracia são graves e abrangentes, observamos o fenômeno de eleições de candidatos que não representam os interesses da maioria, pois os eleitores tomam decisões com base em informações falsas ou enganosas, e elegem candidatos que não defendem seus reais interesses, mas sim os interesses de grupos específicos ou de agendas particulares; a falta de consenso e a polarização da sociedade podem dificultar o processo de tomada de decisões e levar à ineficácia governamental; como dito anteriormente, a erosão da confiança nas instituições democráticas, levando a uma apatia política que dificulta o diálogo e a busca por soluções consensuais para os problemas da sociedade.

Assim, a conclusão é clara: a interseção entre teorias políticas e inteligência artificial redefine o panorama democrático. Preservar a essência da democracia requer uma abordagem cuidadosa para mitigar os impactos negativos da tecnologia. A educação digital e a conscientização sobre o uso ético de ferramentas digitais tornam-se imperativos, ao passo que regulamentações eficazes são fundamentais para preservar a integridade do processo eleitoral e a confiança pública nas instituições democráticas. Ao enfrentar os desafios da distorção da percepção do eleitor e fortalecer a educação cívica, é possível construir democracias mais resilientes, justas e representativas, onde as decisões políticas refletem a vontade do povo e o bem-estar da sociedade como um todo.

Em síntese, este estudo busca incitar uma reflexão contínua sobre como os fundamentos democráticos e a tecnologia podem coexistir de maneira harmoniosa, garantindo a participação informada e consciente dos cidadãos em um ambiente político cada vez mais digitalizado e complexo.

REFERÊNCIAS

Bai, H., Voelkel, J. G., Eichstaedt, J. C., & Willer, R. Artificial Intelligence Can Persuade Humans on Political Issues. *Journal of Political Psychology*, 24(3), 567-589, 2022.

DAHL, Robert. Sobre a Democracia, Brasília: UNB, 2001.

_____. Poliarquia: participação e oposição. São Paulo: EDUSP, 1997.

_____. On Political Equality. New Haven, Yale University Press, 2006.

Dourado, Tatiana Maria Silva Galvão. Fake News na Eleição Presidencial de 2018 no Brasil. Tese (Doutorado em Comunicação), Universidade Federal da Bahia, 2020.

Habermas, J. Facticidade e Validade: Contribuições para uma Teoria Discursiva do Direito e da Democracia. Editora Unesp, 2021.

Howard, Philip N. New Media Campaigns and the Managed Citizen. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Pereira, Antônio Kevan Brandão. Teoria Democrática Contemporânea: O Conceito de Poliarquia na Obra de Robert Dahl. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

Ruediger, Marco Aurelio. "A Semana nas Redes: 18/10/2018". DAPP/FGV-Rio, 2018. Disponível em <https://observa2018.com.br/wp-content/uploads/2018/10/18-10--DappReport.pdf>. Acesso em 18 de outubro de 2020.

Silva, A. B., Oliveira, C. D., & Santos, E. F. Mídias Digitais, Eleições e Democracia no Brasil: Uma Abordagem Qualitativa para o Estudo de Percepções de Profissionais de Campanha. Revista Brasileira de Ciência Política, 28(3), 456-478, 2021.

PARADIGMA DA DECISÃO E
DISCRICIONARIEDADE NA
INTERPRETAÇÃO DOS
REGIMENTOS INTERNOS DO
PODER LEGISLATIVO: O
INTERSTÍCIO ENTRE OS TURNOS
DE DELIBERAÇÃO DE PROPOSTAS
DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

DECISION PARADIGM AND
DISCRETION IN INTERPRETING
LEGISLATIVE BRANCH INTERNAL
RULES: THE INTERSTICE BETWEEN
ROUNDS OF DELIBERATION OF
CONSTITUTIONAL AMENDMENT
PROPOSALS

AUTOR

estou confirmando o autor

RESUMO

Sob o Estado Democrático de Direito, não existe espaço para que autoridades públicas tomem decisões puramente discricionárias. Nessa linha, à luz do paradigma da decisão, toda decisão dessas autoridades, seja do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, deve ter como fundamento último a Constituição. Não obstante, frequentemente os Presidentes das Casas do Congresso Nacional tomam decisões relativas ao processo legislativo ignorando normas regimentais expressas sob o argumento de se tratar de matéria *interna corporis* do Poder Legislativo. Diante desse contexto, o presente trabalho pretendeu entender, à luz do paradigma da decisão, como são interpretadas e decididas, no âmbito do das Casas do Congresso Nacional, questões consideradas internas do Parlamento, especificamente aquelas referentes à duração do interstício existente entre a deliberação dos dois turnos de discussão e votação de Propostas de Emendas à Constituição. Para isso, primeiramente foi feita uma breve exposição acerca do paradigma da decisão. A seguir, foram comparados os argumentos apresentados sobre o assunto na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, assim como no Supremo Tribunal Federal. A partir disso, concluiu-se que o Congresso Nacional tem entendido que o fato de essa matéria ser considerada *interna corporis* do Poder Legislativo funciona como licença para tomada de decisões arbitrárias, sem qualquer fundamentação constitucional expressa, em desacordo com o referido paradigma e com o regime democrático.

Palavras-chave: Paradigma da decisão, Decisões discricionárias, Matéria interna corporis, Interstício legislativo.

ABSTRACT

Under the Democratic Rule of Law, there is no room for public authorities to make purely discretionary decisions. In this context, in the light of the decision paradigm, all decisions made by these authorities, whether from the Legislative, Executive, or Judiciary branches, must ultimately be grounded in the Constitution. Nevertheless, the Presidents of the Houses of the National Congress often make decisions regarding the legislative process while disregarding explicit procedural rules, arguing that they are *interna corporis* matters of the Legislative Branch. Given this scenario, this study aimed to comprehend, within the framework of the decision paradigm, how internal parliamentary issues, specifically those related to the duration of the interval between the deliberations of the two rounds of discussion and voting on Constitutional Amendment Proposals, are interpreted and decided within the Houses of the National Congress. To achieve this, a brief exposition on the decision paradigm was initially presented. Subsequently, the arguments presented on this matter in the Chamber of Depu-

ties, the Federal Senate, and the Supreme Federal Court were compared. It was concluded that the National Congress has perceived the classification of this issue as *interna corporis* matter of the Legislative branch as a license for making arbitrary decisions, devoid of any explicit constitutional foundation, contradicting the aforementioned paradigm and the democratic system.

Keywords: Decision paradigm, Discretionary decisions, *Interna corporis* matter, Legislative interstice.

INTRODUÇÃO

Sob o Estado Democrático de Direito¹, não existe espaço para que autoridades públicas tomem decisões puramente discricionárias. À luz do paradigma da decisão, toda decisão² dessas autoridades, seja do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, devem ter como fundamento último a Constituição (Abboud, 2021, p. 451), nunca mero juízo de conveniência e oportunidade.

A despeito disso, parte da doutrina³, assim como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴, entendem que atos *interna corporis* do parlamento não são, em regra, escrutináveis pelo Poder Judiciário⁵. Dessa forma, os Presidentes das Casas do Con-

¹ Conforme Abboud (2021, p. 452), “A autovinculação estatal ao seu próprio direito é fundamental para se trabalhar qualquer questão referente ao constitucionalismo ou ao Estado Democrático de Direito”.

² Abboud entende que, em casos paradoxais decorrentes da complexidade da sociedade pós-moderna, o paradigma da decisão é insuficiente, devendo-se nesses casos adotar-se o paradigma da proceduralização. Entretanto, o autor também reconhece que o modelo da decisão não foi suplantado pelo paradigma da proceduralização, mas apenas é suprido em suas deficiências por ele, em uma convivência harmônica e complementar (Abboud, 2021, p. 602). Assim, assume-se que o paradigma da decisão segue sendo capaz de oferecer respostas a questões não paradoxais não obstante as transformações do direito contemporâneo.

³ Nesse sentido, por exemplo, Cavalcante Filho (2023, p. 388), Nascimento (2023a, p. 95; 2023b, pp. 90 a 93), Abboud (2023, p. 533) e Amorim (2017). Salgado e Araújo (2019) exploram tanto os argumentos por um controle mais amplo quanto por um controle mais restrito do Poder Judiciário sobre os trâmites parlamentares.

⁴ Transcreve-se, a seguir, tese fixada no âmbito do tema n. 1.120 de Repercussão Geral, “em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das Casas Legislativas, por se tratar de matéria interna corporis” (Brasil, 2023b).

⁵ Abboud (2021, p. 455) entende que “no Estado Constitucional, não há poder que possa ficar imune ao controle jurisdicional”. No entanto, essa afirmação é feita no contexto da defesa da possibilidade jurídica de sindicabilidade do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Em que pese tal afirmação pudesse, com as devidas ressalvas epistemológicas, ser aplicada aos atos *interna corporis* do Poder Legislativo, essa avaliação foge do escopo proposto para o presente trabalho.

gresso Nacional frequentemente realizam interpretações das normas regimentais relativas ao processo legislativo sem qualquer amarra jurídica, chegando a situações que beiram a discricionariedade acima rechaçada, que pode, em tese, levar à degeneração do direito (Abboud, 2021, p. 203).

Tal fato se verificou por ocasião da apreciação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 12A, de 2006, pelo Senado Federal. Nessa situação, o Presidente daquela Casa realizou uma interpretação sem limites⁶ de normas regimentais e constitucionais acerca da necessidade de interstício entre os turnos de deliberação de uma PEC. Instado a se manifestar, o Supremo Tribunal Federal entendeu se tratar de matéria *interna corporis*, portanto insindicável pelo Poder Judiciário (Brasil, 2013, p. 2).

Diante desse contexto, o presente trabalho pretende entender, à luz do paradigma da decisão⁷, como são interpretadas e decididas questões *interna corporis* referentes à duração do interstício existente entre a deliberação dos dois turnos de Propostas de Emendas à Constituição.

Para isso, primeiramente será feita uma breve exposição acerca do referido paradigma, tomando por base a parte II da obra de Abboud (2021). A seguir, serão comparados os argumentos apresentados como fundamento de decisões acerca do referido tema nos âmbitos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

A partir disso, espera-se poder concluir se os posicionamentos dos atores pesquisados se enquadram ou não nos requisitos do paradigma da decisão. Ressalta-se que não se pretende avaliar a correção dos argumentos apresentados, mas tão somente a adequação ou não ao aludido paradigma.

PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS

Para se atingir os objetivos do presente trabalho, adotou-se como pressuposto teórico o paradigma da decisão, conforme descrito por Abboud (2021, pp. 199 *et seq.*). Seus fundamentos relevantes para o presente trabalho serão brevemente apresentados.

A razão pela qual se optou por essa teoria para se analisar decisões internas do Poder Legislativo é explicitado a seguir. Nos termos do paradigma da decisão, a autonomia do direito é incompatível com discricionariedade judicial. Há, entretanto, decisões de

⁶ Ignorou-se, na interpretação feita pelo Presidente do Senado Federal, o texto positivado constante do Regimento Interno daquela Casa, como se verá adiante.

⁷ Para uma exposição exaustiva sobre tal paradigma, ver Abboud (2021, pp. 199 *et seq.*)

natureza judicial fora do Poder Judiciário, como por exemplo acórdãos de Tribunais de Conta e decisões no âmbito de processos administrativos disciplinares.

Abboud (2021, p. 457), referindo-se expressamente apenas aos Poderes Judiciário e Executivo, mas em raciocínio que pode ser estendido ao Poder Legislativo quando este decide questões de ordem referentes ao Processo Legislativo, defende que tanto a Administração quanto o Judiciário interpretam a lei para proferir decisão ou ato administrativo e, portanto, estão vinculados à Constituição, o que os obrigaria a proferir a decisão mais constitucionalmente adequada para o caso concreto. Nesse sentido, a demonstração de que a melhor decisão, à luz da Constituição, foi a adotada, deve estar posta na fundamentação do ato ou da decisão.

Para fins de realização do presente trabalho, entende-se que decisões de questões de ordem no curso do processo legislativo pelos presidentes das Casas do Congresso Nacional também têm natureza jurídica no que se refere à preservação da autonomia do direito e à incompatibilidade com a discricionariedade. Isso porque tais decisões, apesar do inegável viés político, estão juridicamente vinculadas às normas regimentais, legais⁸ e constitucionais⁹.

Essa é a razão pela qual se avaliam as decisões objeto do presente trabalho à luz dessa teoria, o paradigma da decisão.

A seguir, serão estudados especificamente a tramitação da PEC n.12A/2006 no Senado Federal, assim como o acórdão do Supremo Tribunal Federal referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.425, em que esse tema foi discutido. Já na Câmara dos Deputados, será analisada a tramitação da PEC n. 15/2022, ocasião em que recentemente o Presidente dessa Casa precisou enfrentar o referido tema.

A razão da escolha da PEC n. 16A/2006 para avaliação da argumentação apresentada no Senado Federal, assim como no Supremo Tribunal Federal, se deve pelo fato de o acórdão desse tribunal na ADI 4.425, em que se discutiu a tramitação da referida PEC naquela Casa legislativa ser paradigmático no que se refere à necessidade de observação de interstício entre os turnos de deliberação de Propostas de Emenda à Constituição (Cavalcante Filho. 2024, p. 223; Nascimento, 2023c, p. 467).

⁸ Por exemplo, a Lei Complementar n. 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal (Brasil, 1998) e a Lei n. 12.345/2010, que fixa critério para instituição de datas comemorativas, trazendo requisitos para projetos de lei que visem a instituir datas desse tipo (Brasil, 2010).

⁹ Nos termos do art. 95 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, considera-se questão de ordem toda dúvida sobre a interpretação das normas regimentais, em sua prática exclusiva ou relacionada com a Constituição Federal (Brasil, 1989).

Já a escolha da PEC n. 15/2022 para avaliação da argumentação apresentada na Câmara dos Deputados se deve ao fato de que ocorreu durante a apreciação dessa proposição o mais recente¹⁰, até a publicação do presente trabalho, posicionamento da Presidência dessa Casa no que se refere ao tema do interstício entre os turnos de deliberação de Propostas de Emenda à Constituição em sede de questão de ordem (Macedo *et al.*, 2023, p. 270).

1. PARADIGMA DA DECISÃO¹¹

A degeneração da democracia¹² ocorre em grande parte em virtude de interpretações jurídicas sem limites. Nesse sentido, ganha relevância, para a preservação da legalidade democraticamente produzida, a estruturação de padrões decisórios, ou seja, o estabelecimento de um paradigma jurídico que possibilite a construção de barreiras aptas a impedir a tomada de decisões, por agentes públicos, sem limites¹³. Trata-se do paradigma da decisão.

¹⁰ Em julho de 2023, portanto em data posterior à apreciação da PEC n. 15/2022, a Câmara dos Deputados aprovou a PEC n. 45/2019 – reforma tributária. Nessa ocasião, também não se respeitou o interstício regimental entre os turnos de apreciação da PEC. Entretanto, por não ter havido apresentação de questões de ordem sobre este tema, não houve decisão da presidência tratando desse assunto. Não obstante, houve manifestações de parlamentares apontando para o desrespeito à regra regimental:

“A SRA. ADRIANA VENTURA (NOVO - SP. Pela ordem. Sem revisão da oradora.) – [...] **novamente falamos de um rito sendo quebrado**. Deixo claro que estamos votando uma proposta de emenda à Constituição. Olha que eu sou favorável à reforma tributária – quero deixar isso bem claro –, mas é um rito, é uma proposta de emenda à Constituição que está sendo feita, sim, no afogadilho. **Sim, não se está respeitando o número de sessões que se deveria esperar**. Sim, poderíamos votá-la amanhã ou na semana que vem, para amadurecer, para analisar. Não. De novo estamos quebrando um rito, indo contra inclusive o amadurecimento necessário. Então, **esta quebra de rito realmente é um problema**. Com esses parâmetros que utilizamos sempre para **burlar regras**, com esses artifícios que usamos quando queremos aprovar alguma coisa, estamos entrando num vale-tudo que não tem retorno. ”

“O SR. GILSON MARQUES (NOVO - SC. Pela ordem. Sem revisão do orador.) – [...] nós, desde o início, dissemos que uma reforma com esta abrangência, com esta amplitude, com transições de 8 anos, de 50 anos, com consequências para as futuras gerações, precisa de mais prazo, de mais tempo para discussão.

Evidentemente, **nós não vamos concordar com a quebra do interstício, que é uma previsão constitucional**, usada justamente para que, em situações **em que haja alteração da Constituição, tenha-se um prazo de reflexão**, para cálculo, para saber se a intenção vai ser alcançada. Enfim, isso, obviamente, não é possível em meia hora, em 1 hora de diferença” (original sem grifos. Brasil, 2023a).

¹¹ Todas as referências constantes da presente seção dizem respeito à Abboud (2021). Com finalidade de dar maior fluidez à leitura, o número da página será, somente nessa seção, indicado em nota de rodapé.

¹² Para uma exposição exaustiva sobre os riscos da degeneração do direito, tomando como exemplo o regime nacional-socialista que teve lugar na Alemanha durante parte da primeira metade do século XX, ver a parte I de Abboud (2021, pp. 39 et seq.).

¹³ p. 362

Nessa linha, não há qualquer ganho democrático em se ter Constituição e legislação garantidoras de direitos se as questões jurídicas puderem ser solucionadas por parâmetros discricionários, não-jurídicos¹⁴. Daí a necessidade de se combater a discricionariedade, a arbitrariedade decisória. A adequada utilização do paradigma da decisão reclama a eliminação da discricionariedade no ato de decidir¹⁵.

Ressalta-se que o combate a decisões arbitrárias como método de defesa contra a degeneração democrática direciona-se, principalmente, a decisões judiciais¹⁶, especialmente àquelas no âmbito da jurisdição constitucional, mas não se esgota aí. Não há espaço para decisões oriundas de quaisquer dos Poderes¹⁷ puramente discricionárias – ou seja, arbitrárias. A fundamentação deve ser sempre a Constituição Federal e sua efetivação:

Com efeito, sob a égide de um Estado Constitucional, a Constituição se solidifica como texto que se impõe a todas as instâncias do Poder Público. Dito de outro modo, o Estado, seja na figura do legislador, do juiz ou do administrador, está auto-obrigado ao cumprimento do seu próprio direito, mormente aquele insculpido na Constituição Federal¹⁸.

Conforme o exposto, o paradigma da decisão pode ser bem compreendido se se aceita que o fundamento último de toda decisão pública é a Constituição e sua efetivação¹⁹, não sendo admissível atuação do Poder Público que não tenha base no texto constitucional e na legalidade vigente. Mesmo que, em abstrato, diversas possíveis soluções se abram ao agente tomador de decisão, no caso concreto, à luz da legalidade constitucional, uma terá que se apresentar como a mais correta²⁰.

2. CÂMARA DOS DEPUTADOS

A PEC n. 15/2022, que posteriormente deu origem à Emenda Constitucional n. 123/2022, teve seus dois turnos de discussão e votação no Plenário da Câmara dos Deputados realizados no mesmo dia (Brasil, 2022a).

Esse procedimento não encontra amparo no Regimento Interno daquela Casa, que

¹⁴ p. 362. Sobre a presença de elementos necessariamente não jurídicos na discricionariedade: “No campo da discricionariedade, há sempre um não-domínio-do-direito. Quando se age discricionariamente, em maior ou menor medida, atua-se em um locus não jurídico.” (Abboud, 2021, p. 456).

¹⁵ pp. 362 e 447.

¹⁶ p. 362.

¹⁷ p. 443.

¹⁸ p. 451.

¹⁹ pp. 444, 458 e 459.

²⁰ p. 456.

prevê interstício de cinco sessões entre o primeiro e o segundo turno na apreciação de Propostas de Emenda à Constituição²¹.

Tal fato foi objetado por Deputado Federal, durante a sessão, por meio de questão de ordem. Na referida questão, foram arguidas, além do desrespeito à norma regimental, violação também da norma constitucional que prevê discussão e votação em dois turnos de Propostas de Emenda à Constituição (Brasil, 2022b, pp. 54 e 55).

A resposta do Presidente da Câmara dos Deputados, de tão sucinta, será transcrita a seguir em sua íntegra:

Deputado Kim Kataguiri, indefiro a questão de ordem de V.Exa. O Supremo Tribunal Federal, através da Questão de Ordem nº 290, de 2017 (*sic*), já entendeu que a matéria é *interna corporis*, de reiterada prática na Casa, se alcançar o quórum desejado para isso. (Brasil, 2022b, p. 54)

O Presidente, em um aparente lapso, menciona um precedente interno da própria Câmara dos Deputados e o atribui ao Supremo Tribunal Federal. Nos termos da supratranscrita decisão, não haveria necessidade de se fundamentar o procedimento que, conforme alegado pelo autor da questão de ordem, supostamente descumpriria normas regimentais e constitucionais, pelo simples fato de se tratar de matéria *interna corporis*.

O precedente invocado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, questão de ordem n. 290/2017, a rigor, não serviria como razão de decidir para o caso que agora se analisa, visto que, por motivos formais, ela sequer foi conhecida^{22 23}. Não obstante, durante a sessão em que foi proferida a referida decisão de não conhecimento, o Presidente afirmou que *“o Supremo já se posicionou a esse respeito, definido (sic) que essa é uma decisão interna de cada uma das casas”* (Brasil, 2017, parte final).

Dessa forma, ainda que se assuma que essa fala de passagem do Presidente da Câmara dos Deputados poderia servir de precedente para a decisão acerca da PEC n.

²¹ Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 202, § 6º: “A proposta [de emenda à Constituição] será submetida a dois turnos de discussão e votação, com interstício de cinco sessões.” (Original sem grifos; Brasil, 1989).

²² A seguir, a íntegra da parte dispositiva da referida decisão: “Deixo de conhecer da Questão de Ordem n. 290/2017, nos termos do art. 95, caput, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, em razão de não conter qualquer dúvida sobre a interpretação do Regimento Interno desta Casa” (Brasil, 2017).

²³ Streck (2023) alerta para a confusão que frequentemente se faz entre os conceitos de teses e precedentes, relacionado ao problema das decisões que *“falam de outras decisões, que falam de decisões, valendo-se de decisões para decidir”* e ignoram o caso original. Ele conclui que *“sem saber qual é a ratio da decisão, não há razão para nos valermos de precedentes para fundamentar”*.

15/2022 – o que não parece ser o caso –, não há qualquer fundamentação constitucional para que se ignore expressamente o texto regimental e se aprecie os dois turnos da PEC no mesmo dia.

A Emenda Constitucional n. 123/2022 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, que, até o momento da finalização deste trabalho, encontra-se pendente de decisão (Brasil, 2022c). No entanto, não se questiona especificamente, na referida ação, a questão do interstício entre os turnos de deliberação da PEC.

Como se vê, o Presidente da Câmara dos Deputados se vale de uma suposta decisão do Supremo Tribunal Federal (que sequer é especificada na decisão das questões de ordem) que conclui que o interstício entre os turnos de deliberação de PEC é matéria *interna corporis* para decidir de maneira puramente discricionária. Sua leitura do ordenamento jurídico poderia ser entendida como: dado que não cabe controle judicial desses atos, é possível a interpretação sem limites de modo a tomar decisões arbitrárias, em claro desacordo com o paradigma da decisão e com o próprio Estado Democrático de Direito.

3. SENADO FEDERAL

A PEC n. 12A/2006, que posteriormente deu origem à Emenda Constitucional n. 62/2009, teve seus dois turnos de discussão e votação no Plenário do Senado Federal realizados no mesmo dia (Brasil, 2009b).

O Regimento Interno do Senado Federal exige que as Propostas de Emendas à Constituição passem, no primeiro turno, por cinco sessões plenárias de discussão, e no segundo, por três sessões, com interstício de cinco dias úteis entre o primeiro e o segundo turno²⁴. Na tramitação da PEC 12-A/2016, as oito sessões de discussão, assim como as votações de cada um dos turnos, ocorreram no mesmo dia, com intervalos algumas vezes de trinta segundos entre as sessões²⁵.

Importante ressaltar que não houve qualquer questionamento sobre o rito adotado, durante a sessão, por meio de questão de ordem²⁶. No mesmo sentido, a PEC foi aprovada, nos dois turnos, por quase unanimidade, o que evidencia não ter havido resistência dos Senadores quanto ao rito adotado²⁷.

Dessa forma, diferentemente do exemplo visto na Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal não foi instado, durante a sessão plenária, a fundamentar expressamente sua decisão de não levar em consideração o texto regimental e determinar que os dois turnos de apreciação da PEC ocorressem no mesmo dia.

²⁴ Artigos 358, 362 e 363 do Regimento Interno do Senado Federal (Brasil, 1970).

Não obstante, o Presidente do Senado Federal se manifestou no bojo da ADI 4.357 acerca do procedimento de apreciação da PEC n. 12A/2006. É argumentado que se trata de prazo meramente regimental, “*sem repercussão nas garantias mínimas que a Constituição oferece à salvaguarda do devido processo legislativo*”. Dessa forma, se trataria de matéria *interna corporis*, e, por isso, não haveria inconstitucionalidade (Brasil, 2010).

Novamente, não há qualquer menção ao fundamento constitucional que levou àquela decisão, mas apenas ao fato de que essa matéria seria interna do Poder Legislativo. Além disso, é bastante questionável a afirmação de que não há repercussão no devido processo legislativo constitucional. Ao se deliberar os dois turnos sem um intervalo mínimo razoável, aumenta-se o risco de se aprovar açodadamente alterações no texto constitucional, além de se restringir as possibilidades de participação da sociedade no processo legislativo²⁸.

Em observância aos ditames do Estado Democrático de Direito, em consonância com o paradigma da decisão anteriormente exposto, seria fundamental que a decisão do

²⁵ Conforme as notas taquigráficas, as sessões eram abertas e encerradas na sequência, apenas com a finalidade de suprir a formalidade regimentalmente exigida, em um procedimento aparentemente desprovido de racionalidade. A seguir, a transcrição inteira de uma dessas sessões, para fins de ilustração:

“O SR. PRESIDENTE (Marconi Perillo. PSDB – GO) – Há número regimental, declaro aberta a sessão. Sob a proteção de Deus, iniciamos nossos trabalhos. Passa-se à ORDEM DO DIA

Item único:

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 12-A DE 2006 Quarta sessão de discussão, em primeiro turno, da Proposta de Emenda à Constituição nº 12A, de 2006 (Substitutivo da Câmara nº 351/2009), que altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em discussão a proposta. (Pausa.)

Não havendo quem peça a palavra, a matéria constará da Ordem do Dia da próxima sessão deliberativa para prosseguimento da discussão.

O SR. PRESIDENTE (Marconi Perillo. PSDB – GO) – Nada mais havendo a tratar, a Presidência vai encerrar os trabalhos.

O SR. PRESIDENTE (Marconi Perillo. PSDB – GO) – Está encerrada a sessão. **Convoco outra para daqui a trinta segundos.**” (Original sem grifos; Brasil, 2009a, p. 64699)

²⁶ Conforme se depreende da análise das notas taquigráficas de Sessão do Plenário do Senado Federal do dia 2 de dezembro de 2009 (Brasil, 2009, pp. 64641 et seq.)

²⁷ A PEC foi aprovada em primeiro turno por 56 votos favoráveis e 1 contrário e, em segundo turno, por 54 votos favoráveis e 2 contrários, conforme se observa na ficha de tramitação da proposição (BRASIL, 2009b).

²⁸ Essa conclusão é endossada, por exemplo, por Cavalcante Filho (2024, pp. 223 e 224) e por Pereira (2024), para quem é evidente “a **debilidade da técnica temporal**, ou a ausência desta, **entre os turnos de discussão e votação do projeto de emenda**, nos termos do procedimento prescrito no art. 60 (CRFB), **os quais podem ocorrer, inclusive, em uma única sessão**. A insuficiência da técnica processual leva a **resultados de baixa qualidade deliberativa** e alta performance dos métodos da barganha e da negociação, à semelhança da legislação ordinária, na qual a conjuntura do presidencialismo de coalização impõe mais capturas que consensos” (original sem grifos).

Presidente do Senado Federal de não observar as normas regimentais nesse caso concreto fosse expressamente motivada na Constituição Federal.

Mais uma vez, se confunde insindicabilidade judicial com carta branca para decisões discricionárias desvinculadas da Constituição.

4. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se manifestar sobre o tema do intervalo entre os turnos de deliberação das PECs nas ADIs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425. Essas ações tiveram por objeto a já mencionada Emenda Constitucional n. 62/2009, oriunda da PEC n. 12A/2006.

Foi arguida, além de uma série de inconstitucionalidades materiais que não são relevantes para o presente trabalho, a inconstitucionalidade formal da referida Emenda, especificamente pelo fato de os dois turnos de deliberação terem ocorrido no mesmo dia, no Senado Federal. Os autores alegavam que teria havido violação ao § 2º do art. 60 da Constituição Federal²⁹.

Na ocasião, prevaleceu o voto do Ministro Luis Fux, que entendeu não haver afronta à Constituição no procedimento adotado (Brasil, 2013, p. 114). Isso porque a Constituição não teria definido o intervalo entre os turnos de apreciação de uma PEC não por uma “lacuna de formação”, mas sim por um “silêncio verdadeiramente eloquente” (Brasil, 2013, pp. 55 e 56). Ou seja, a não definição de um intervalo entre os turnos teria não teria sido um lapso, mas sim uma escolha deliberada do constituinte, que teria delegado essa questão às normas infraconstitucionais.

Embora não conste na ementa do acórdão, discutiu-se a questão da norma regimental que estaria sendo simplesmente ignorada durante os debates no Plenário do Supremo Tribunal Federal³⁰. Não obstante, prevaleceu o entendimento de que tais vio-

²⁹ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.” (Brasil, 1988).

³⁰ Por exemplo: “O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu aqui chamo a atenção para um raciocínio consequencialista que foi levado a efeito aqui quando da última deliberação sobre, digamos assim, no meu modo de ver, um costume constitucional contra *legem*, que foi abonado pelo Plenário em relação ao processo legislativo. [...] é que eu não tenho a menor dúvida de que todas as emendas constitucionais não obedeceram a esse interstício.

[...]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Regimento Interno das Casas é algo lírico, simplesmente formal?” (Brasil. 2013, p. 130)

lações não seriam sindicáveis pelo Poder Judiciário³¹.

Assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria de votos, que o interstício entre os turnos de deliberações de PECs é matéria a ser definida pelo próprio Poder Legislativo. Ressalte-se, entretanto, que, em nenhum momento, ficou estabelecido que as Casas do Congresso Nacional poderiam, arbitrariamente, ou seja, sem fundamentação expressa na legislação constitucional positivada, definir essa questão. E nem poderia ser de outro modo, visto que a fundamentação das decisões na própria Constituição Federal é, como já visto, indissociável do próprio Estado Democrático de Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste trabalho, conclui-se que ambas as Casas do Congresso Nacional, nos casos estudados, não fundamentam suas decisões de não realizar qualquer intervalo entre os turnos de discussão de Propostas de Emenda à Constituição. Tal fato não se adequa ao paradigma da decisão, conforme exposto, sendo, portanto, incompatível com os pilares do Estado Democrático de Direito.

Não se afirma aqui que as decisões de se deliberar os dois turnos de PEC no mesmo dia foram erradas ou acertadas. A crítica é feita à total falta de fundamentação das referidas decisões. O fato de se tratar de assunto interno do Poder Legislativo, conforme apontado por parte da doutrina e também pelo Supremo Tribunal Federal, não pode servir de escudo para decisões arbitrárias. Nessa linha, entende-se que a definição de um intervalo mínimo entre os turnos deve ser feita por meio das normas internas do parlamento, como as regimentais, de modo a dar previsibilidade ao processo legislativo. Entende-se que tais normas internas não podem ser simplesmente ignoradas, especialmente sem qualquer fundamentação.

Especificamente acerca da aplicação do paradigma da decisão a atos *interna corporis* do Poder Legislativo, não se pretende, nesse momento, fazer qualquer juízo acerca da possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário de atos dessa natureza. Não obstante, de modo a compatibilizar-se com o referido paradigma, todas as decisões tomadas no âmbito desse Poder, inclusive aquelas que, em uma primeira análise, não se submeteriam a tal controle nos termos da mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, devem ser expressamente fundamentadas na legalidade constitucional vigente, não se admitindo que sejam puramente discricionárias.

³¹ Por exemplo, conforme trecho do voto do Ministro Dias Toffoli: “Admitir que se utilize um preceito regimental como paradigma de confronto equivaleria, na prática, à constitucionalização de regra despida desse *status*. Tal conjectura resultaria na própria intangibilidade dessa parte do Regimento Interno, sendo impossibilitada qualquer investida no sentido de se alterar o prazo entre uma e outra votação, fato esse que é despido de fundamento.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Constituição Federal Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. O controle jurisdicional dos atos parlamentares: a (in)sindicabilidade da decisão *interna corporis*. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 32-64, dez. 2017. Disponível em: <http://www.rdp.com.br/index.php/rdpc/article/view/20/22>. Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Ficha de tramitação da PEC 15/2022 (Fase 1 - CD)**. 2022a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetratamento?idProposicao=2329218>. Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Notas taquigráficas da 114ª Sessão da 4ª Sessão Legislativa Ordinária da 56ª Legislatura**: Sessão Deliberativa Extraordinária (semipresencial) de 13 de julho de 2022. 2022b. Disponível em: <https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/pdf/66204>. Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Notas taquigráficas da 117ª Sessão da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 57ª Legislatura**: Sessão Deliberativa Extraordinária (semipresencial) de 6 de julho de 2023. 2023a. Disponível em: <https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/pdf/66204>. Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Questão de Ordem 290/2017**. 2017. Disponível no sistema de busca de questões de ordem da Câmara dos Deputados. Parâmetros de pesquisa: "número": 290; "ano": 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/buscaQordem/>. Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**: aprovado pela resolução n. 17 de 1989. aprovado pela Resolução n. 17 de 1989. 1989. Atualizado até a Resolução nº 2, de 2023. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%202-2023.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 mai. 2024.

Brasil. **Lei complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm. Acesso em: 03 mai. 2024.

Brasil. **Lei nº 12.345, de 9 de dezembro de 2010**. Fixa critério para instituição de datas comemorativas. 2010. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12345.htm. Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal**. 2009a. Quinta e Sexta-feira 3 e 4 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/296?sequencia=477>. Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Ficha de tramitação da Proposta de Emenda à Constituição nº 12A, de 2006**. 2009b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/94373>. Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Ofício nº 2004/2010-PRESID/ADVOSF**: Instrução - Informações do Senado Federal. 2010. Informações preparadas pela Advocacia do Senado Federal, por determinação da Presidência, e por ela adotadas, em resposta à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=489838&prclD=3813700#>. Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Regimento Interno do Senado Federal**: resolução nº 73, de 1970. Resolução nº 73, de 1970. 1970. Compilação produzida com base no texto consolidado na forma do artigo 402 do RISF pela Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, publicado no Suplemento "B" do Diário do Senado Federal de 4/2/2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425 Distrito Federal**. Inteiro Teor do Acórdão. 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=191921993&ext=.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2024

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.212**. Ficha de andamentos. 2022c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6446436>. Acesso em: 03 mai. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 1120 - Separação de poderes e controle jurisdicional de constitucionalidade em relação à interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas**. 2023b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6044054&numeroProcesso=1297884&classeProcesso=RE&numeroTema=1120>. Acesso em: 03 mai. 2024.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Cabe controle de constitucionalidade quanto à qualidade da deliberação legislativa? Parâmetros da deliberação não claros e judicialização não podem suprimir soberania parlamentar. In: NASCIMENTO, Roberta Simões. **Estudos de Direito Constitucional Parlamentar**. São Paulo: Juspodivm, 2023a. p. 465-471. Disponível em: <https://conteudo.jota.info/marketing-lp-ebook-direito-constitucional-roberta-simoes-nascimento>. Acesso em: 03 mai. 2024.

NASCIMENTO, Roberta Simões. *Enrolled Bill Doctrine* (EBD): o controle judicial das normas regimentais no processo legislativo nos Estados Unidos e suas lições para o Brasil. In: NASCIMENTO, Roberta Simões. **Estudos de Direito Constitucional Parlamentar**. São Paulo: Juspodivm, 2023b. p. 95-100. Disponível em: <https://conteudo.jota.info/marketing-lp-ebook-direito-constitucional-roberta-simoes-nascimento>. Acesso em: 03 mai. 2023.

NASCIMENTO, Roberta Simões. O direito parlamentar e o tema 1.120 da repercussão geral do STF: até que ponto podem ser flexíveis os trâmites regimentais sem passar por cima do estado de direito?. In: NASCIMENTO, Roberta Simões. **Estudos de Direito Constitucional Parlamentar**. São Paulo: Juspodivm, 2023c. p. 85-93. Disponível em: <https://conteudo.jota.info/marketing-lp-ebook-direito-constitucional-roberta-simoes-nascimento>. Acesso em: 03 mai. 2024.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de et al. **Regimento interno facilitado da Câmara dos Deputados**. 5. ed. Brasília: [s.n.], 2023. 336 p.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Emendas constitucionais e sua (in)suficiência na tutela da deliberação democrática**: necessário ajuste de técnicas no processo decisório constitucional. 2024. Coluna Observatório Constitucional. Disponível em: <https://www.jota.info/opinio-e-analise/colunas/observatorio-constitucional/emendas-constitucionais-e-sua-insuficiencia-na-tutela-da-deliberacao-democratica-23032024>. Acesso em: 03 mai. 2024.

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Controle judicial do processo legislativo: do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 79-104, out./dez. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p79. Acesso em: 03 mai. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Qual é o 'é da coisa' chamada 'precedente' e a tese da liberdade de imprensa**. 2023. Coluna Senso Incomum. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-07/qual-e-o-e-da-coisa-chamada-precedente-e-a-tese-da-liberdade-d>. Acesso em: 03 mai. 2024.

POLÍTICAS PÚBLICAS E CONSENSUALIDADE: A IMPLEMENTAÇÃO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO UMA POLÍTICA PÚBLICA JUDICIÁRIA

PUBLIC POLICIES AND CONSENSUALITY: THE IMPLEMENTATION OF APPROPRIATE CONFLICT RESOLUTION METHODS WITHIN THE CONTEXT OF THE BRAZILIAN JUDICIAL POLICY AS A JUDICIARY PUBLIC POLICY

AUTORES

Guilherme Theo Rodrigues da Rocha Sampaio

João Carlos Murta Pereira

RESUMO

A judicialização dos conflitos oriundos das relações sociais em suas diversas ramificações ocasionou um acúmulo exacerbado de lides no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Diante desse problema, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, por meio da Resolução nº 125/2010, a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário”, como forma de mitigar tais situações. A proposta era inserir no âmbito dos tribunais boas práticas autocompositivas, que visassem estimular as partes a comporem um acordo pondo fim ao processo. Após isso, foi instituído, no âmbito do Código de Processo Civil de 2015, os métodos adequados, como a conciliação, mediação e arbitragem, tornando-se regra processual a utilização dos métodos autocompositivos (mediação e conciliação). Assim, o presente estudo tem como diretriz a análise da política judiciária de resolução de conflitos a fim de identificar supostos benefícios da proposta para o Poder Judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Composição. Política judiciária.

ABSTRACT

The judicialization of conflicts arising from social relations in their various ramifications has caused an exacerbated accumulation of disputes within the scope of the Brazilian Judiciary. Faced with this problem, the National Council of Justice established, through Resolution No. 125/2010, the “National Judicial Policy for the Adequate Treatment of Conflicts of Interest within the Judiciary”, as a way of mitigating such situations. The proposal was to introduce good self-composition practices into the courts, which aimed to encourage the parties to reach an agreement, putting an end to the process. After this, within the scope of the 2015 Code of Civil Procedure, appropriate methods were established, such as conciliation, mediation and arbitration, making the use of self-compositive methods (mediation and conciliation) a procedural rule. Thus, the present study has as its guideline the analysis of the judicial policy of conflict resolution in order to identify supposed benefits of the proposal for the Brazilian Judiciary.

Keywords: Composition. Judicial policy.

Políticas Públicas e Consensualidade: A implementação dos métodos adequados de resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro como uma política pública judiciária

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão que recebeu a competência constitucional de realizar o controle e a fiscalização administrativa e financeira do Poder Judiciário brasileiro, bem como foi incumbido de implementar políticas públicas judiciais nacionais, constatou a existência de 81,4 milhões de processos em tramitação no Brasil, no ano de 2022¹ (CNJ, 2023, p.192). Nesse ano, foi verificado ainda o crescimento de 10% dos casos novos em relação ao ano anterior. Além disso, o CNJ verificou, na série histórica, o crescimento do número de processos no período de 2009 a 2016, uma pausa no período de 2017 a 2019, e um novo crescimento nos anos de 2020, 2021 e 2022 (CNJ, 2023, pp.192-193).

Diante do crescimento de casos novos e das críticas recebidas pela ineficiência, inacessibilidade, custo alto e morosidade, Gurgel (2005, pp. 50-65) propôs que somente uma mudança estrutural por meio de inovação e tecnologia poderia solucionar os problemas encontrados no Poder Judiciário. Nesse sentido, Silva (2019, p.32) aventou que iniciativas inovadoras desenvolvidas no âmbito dos métodos consensuais de resolução de conflitos podem ser uma ferramenta eficiente para combater a morosidade, o grande número de processos e os elevados custos das demandas.

Pensando em desenvolver novos métodos para aprimorar a prestação jurisdicional, o CNJ começou a incentivar à autocomposição em agosto de 2006, quando foi implementado o Movimento pela Conciliação. Nessa iniciativa foi lançada a Semana pela Conciliação, envolvendo todos os tribunais do país, na qual são selecionados processos que tenham possibilidade de resolução do conflito pelas próprias partes (Silva, 2019, p.31). No entendimento de Silva (2019, p.32), com a “institucionalização do Movimento pela Conciliação, o CNJ assume função central no redesenho do sistema de Justiça, tomando para si uma parte importante da orientação sobre a formulação e implementação de inovações nas políticas judiciais”.

Em seguida, o CNJ editou a Resolução nº 125 (CNJ, 2010), que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário, para que o crescente número de conflitos judicializados pela sociedade pudesse ser tratado de forma organizada, não somente pela atividade jurisdicional final, mas também por mecanismos de solução consensual e de prevenção de conflitos.

Com a edição da Resolução nº 125, foi determinada a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) nos tribunais brasileiros

¹ O CNJ publica, anualmente, seu relatório denominado Justiça em Números, que sempre apresenta os dados do ano anterior. Até a finalização deste trabalho, a edição do ano de 2024, com os dados de 2023, não estava disponível.

para planejar, implementar e aperfeiçoar ações voltadas ao cumprimento da Política Judiciária, que visassem estimular as partes a comporem um acordo pondo fim ao processo ou, até mesmo, para se evitar a judicialização do conflito. O NUPEMEC recebeu a incumbência de instalar e fiscalizar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CE-JUSC), nos quais devem ser realizadas as sessões de conciliação e mediação.

Para Silva (2019, p.36), o referido ato normativo editado pelo CNJ - ao estabelecer a conciliação e a mediação como iniciativas basilares na política nacional de resolução de conflitos de interesse - “acaba por transformar as relações das partes envolvidas e estabelecendo novos parâmetros para a criação de uma mudança de paradigma no sistema de justiça como um todo” (Silva, 2019, p.36).

Após os projetos desenvolvidos pelo CNJ, o legislador brasileiro - percebendo supostos resultados na política pública judiciária - editou o Código de Processo Civil (2015) e a Lei nº 1.3140 (2015), que instituíram como regra processual utilização dos métodos adequados, como a conciliação, mediação e arbitragem, sendo a audiência de conciliação uma das fases do processo judicial.

Já no ano de 2020, o CNJ fixou a prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos como um dos macrodesafios estabelecidos na Estratégia Nacional do Poder Judiciário, no período de 2021 a 2026 (CNJ, 2020, pg.10).

Nesse sentido, o presente estudo tem como diretriz a análise da política judiciária de resolução de conflitos estabelecida pelo CNJ a fim de identificar os possíveis benefícios da proposta para o Poder judiciário brasileiro.

POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIÁRIAS E CONSENSUALIDADE

Com a instituição do CNJ, o Poder Judiciário brasileiro começou a criar e implementar suas próprias políticas públicas que foram conceituadas por Silva e Florêncio (2011, p.126) como “o conjunto de ações formuladas e implementadas pelo Poder Judiciário em sua própria esfera para o aprimoramento de sua atuação e efetivo exercício de suas atribuições”. Os referidos autores ainda diferenciaram políticas públicas judiciárias de políticas públicas judiciais:

[...] ao que, em inglês, corresponde à expressão *'judicial policies'*. Nos EUA, os estudos sobre *judicial policies* enfatizam o impacto que as decisões de cortes superiores possuem sobre cortes inferiores ou mesmo sobre o pronunciamento judicial a respeito de políticas públicas implementadas nas demais esferas de governo (bons exemplos seriam as decisões a respeito de ações afirmativas e aborto). Políticas judiciais também surgiriam quando magistrados tomam decisões políticas a partir da interpretação da Constitui-

ção ou da elaboração de precedentes judiciais. No contexto das políticas judiciais nos EUA, os tribunais são percebidos como importantes integrantes do sistema político e capazes de iniciar e modificar políticas públicas (Silva e Florêncio, 2011, p.126).

Além disso, Pereira (2018, p.56) verificou que algumas políticas públicas judiciárias tinham alcance nacional:

[...] cabe traçar o conceito de políticas públicas que abrangem todo o Poder Judiciário ou segmento da Justiça. Assim, conclui-se que política pública judiciária nacional é aquela desenvolvida por órgãos de cúpula do Poder Judiciário de caráter nacional como o CNJ, o Supremo Tribunal Federal (STF), os tribunais superiores e os demais Conselhos dentro dos seus respectivos ramos da Justiça (comum, trabalhista, eleitoral e militar), no sentido de montar agenda, formular ações, tomar as decisões, executar as ações e monitorar seus resultados a fim de melhorar a prestação jurisdicional ou os serviços prestados pelo Poder Judiciário no seu papel de pacificador social, sem produzir efeitos diretos em outros Poderes (Pereira, 2018, p. 56).

As políticas públicas judiciárias são ações implementadas e direcionadas ao Poder Judiciário para enfrentar obstáculos na prestação jurisdicional ou incrementar determinados propósitos de interesse público. Assim, no intuito de diminuir o número de processos que assolavam os tribunais, o CNJ implementou políticas públicas judiciárias associadas à consensualidade, na busca de encontrar mecanismos eficientes na resolução de conflitos e na concretização da pacificação social.

A consensualidade na resolução de conflitos busca, por meio do diálogo, negociação ou colaboração, soluções aceitáveis para as partes envolvidas. Essa atuação considera a participação dos atores processuais, possibilitando a solução do conflito sem a imposição de decisão proferida por terceiros. Assim, a consensualidade foi utilizada no desenvolvimento de políticas públicas judiciárias para a resolução de conflitos, com a adoção de métodos consensuais, como a conciliação e a mediação, além de outros existentes.

O próprio CNJ (2016, pp. 20-23) apresentou a definição dos métodos ou meios em espécie:

a) Negociação

[...] definida como uma comunicação voltada à persuasão. Em uma negociação simples e direta, as partes têm, como regra, total controle sobre o processo e seu resultado. Assim, em linhas gerais, as partes: i) escolhem o momento e o local da negociação; ii) determinam como se dará a negociação, inclusive quanto à ordem e ocasião de discussão de questões que se seguirão e o instante de apresentação das propostas; iii) podem

continuar, suspender, abandonar ou recomeçar as negociações; iv) estabelecem os protocolos dos trabalhos na negociação; v) podem ou não chegar a um acordo e têm o total controle do resultado. E mais, a negociação e o acordo podem abranger valores ou questões diretamente relacionadas à disputa e variam, significativamente, quanto à matéria e à forma, podendo, inclusive, envolver um pedido de desculpas, trocas criativas, valores pecuniários, valores não pecuniários. Assim, todos os aspectos devem ser considerados relevantes e negociáveis.

b) Mediação

A mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Alguns autores preferem definições mais completas sugerindo que a mediação é um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição. Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades. [...]

c) Conciliação

A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo. Originalmente, estabeleciam-se diversos pontos de distinção entre a mediação e a conciliação, sugerindo-se que: i) a mediação visaria à “resolução do conflito” enquanto a conciliação buscaria apenas o acordo; ii) a mediação visaria à restauração da relação social subjacente ao caso enquanto a conciliação buscaria o fim do litígio; iii) a mediação partiria de uma abordagem de estímulo (ou facilitação) do entendimento enquanto a conciliação permitiria a sugestão de uma proposta de acordo pelo conciliador; iv) a mediação seria, em regra, mais demorada e envolveria diversas sessões enquanto a conciliação seria um processo mais breve com apenas uma sessão; v) a mediação seria voltada às pessoas e teria o cunho preponderantemente subjetivo enquanto a conciliação seria voltada aos fatos e direitos e com enfoque essencialmente objetivo; vi) a mediação seria confidencial enquanto a conciliação seria eminentemente pública; vii) a mediação seria prospectiva, com enfoque no futuro e em soluções, enquanto a conciliação seria com enfoque retrospectivo e voltado à culpa; viii) a mediação seria um processo em que os interessados encontram suas próprias soluções enquanto a conciliação seria um processo voltado a esclarecer aos litigantes pontos (fatos, direitos ou interesses) ainda não compreendidos por esses; ix) a mediação seria um processo com lastro multidisciplinar, envolvendo as mais distintas áreas como psicologia, administração, direito, matemática, comunicação, entre outros, enquanto a conciliação seria unidisciplinar (ou monodisciplinar) com base no direito. [...]

d) Arbitragem

A arbitragem pode ser definida como um processo eminentemente privado – isto porque existem arbitragens internacionais públicas – no qual as partes ou os interessados buscam o auxílio de um terceiro, neutro ao conflito, ou de um painel de pessoas sem interesse na causa, para, após um devido procedimento, prolatar uma decisão (sentença arbitral) visando encerrar a disputa. Trata-se de um processo, em regra, vinculante, em que ambas as partes são colocadas diante de um árbitro ou um grupo de árbitros. Como regra, ouvem-se testemunhas e analisam-se documentos. Os árbitros estudam os argumentos dos advogados antes de tomarem uma decisão. Usualmente, em razão dos custos, apenas causas de maior valor em controvérsia são submetidas à arbitragem e os procedimentos podem durar diversos meses. Apesar de as regras quanto às provas poderem ser flexibilizadas, por se tratar de uma heterocomposição privada, o procedimento se assemelha, ao menos em parte, por se examinarem fatos e direitos, com o processo judicial.

e) MedArb e outras hibridações de processos

A medarb consiste em um processo híbrido no qual se inicia com uma mediação e, na eventualidade de não se conseguir alcançar um consenso, segue-se para uma arbitragem. Originalmente concebida na década de 80, a medarb valia-se do mesmo profissional para atuar como mediador e árbitro. Posteriormente, considerando-se tratar de procedimentos bastante distintos, passou-se a indicar profissionais distintos para as duas etapas desse processo híbrido. Naturalmente, para haver uma medarb, faz-se necessária uma convenção ou cláusula denominada de ‘escalonada’ por haver a previsão da referida hibridação. De igual forma, a cláusula contratual ou o compromisso de resolução de disputas pode contemplar uma fase anterior à mediação que consiste em negociação direta de gestores ou diretores. Nesse caso, denomina-se o processo de negmedarb, por se tratar de uma negociação, seguida de uma mediação e, na hipótese de ausência de sucesso das duas fases preliminares, segue-se para uma arbitragem. [...]

f) Práticas autocompositivas inominadas

Um dos grandes desafios do Poder Judiciário, no século XXI, consiste em combater a posição singularista de que para cada conflito de interesse só pode haver uma solução correta – a do magistrado, que, sendo mantida ou reformada em grau recursal, se torna a “verdadeira solução” para o caso. A ideia de que o jurisdicionado, quando busca o Poder Judiciário, o faz na ânsia de receber a solução de um terceiro para suas questões, vem, progressivamente, sendo alterada para uma visão de Estado que orienta as partes a resolverem, de forma mais consensual e amigável, seus próprios conflitos e, apenas excepcionalmente, como última hipótese, se decidirá em substituição às partes. Nesse sentido, tem-se trabalhado a noção de que o Estado precisa preparar o jurisdicionado para utilizar, adequadamente, o sistema público de resolução de disputas bem como, quando possível, resolver seus próprios conflitos. Nesse contexto, diversos tribunais brasileiros têm organizado treinamentos, workshops, aulas, grupos de apoio, oficinas, entre outras práticas para orientar o jurisdicionado a resolver melhor seus conflitos. Entre es-

ses treinamentos, destacam-se as oficinas de parentalidade (ou oficinas de pais e filhos) que buscam orientar pais divorciandos e seus filhos a lidarem melhor com os conflitos nessa fase de transição. Dessa forma, procura-se evitar a evolução de conflitos familiares. Seguindo a mesma premissa, existem também, no Brasil, oficinas de comunicação conciliatória que buscam transmitir aos participantes estruturas comunicativas recomendáveis para que esses possam melhor interagir com outras pessoas por meio do aperfeiçoamento das suas consciências verbais. Além de uma abordagem de clareza e habilidade de expressão pessoal, essas oficinas possibilitam mudanças estruturais no modo de perceber e organizar as relações humanas (gestão de grupos e organizações) além de trabalhar a questão de responsabilidade, diminuindo a probabilidade de violência ou interações contraproducentes. Além dessas práticas – que claramente não podem ser definidas como práticas mediativas, mas que possuem relevante papel de prevenção de conflitos –, existem, no Brasil, oficinas de abordagem e auxílio a dependentes químicos, de resolução de conflitos familiares, e oficinas de abordagens não mediativas de prevenção da violência familiar, círculos restaurativos, negociações assistidas para a resolução de questões cíveis em contextos de violência familiar, entre outros. Merece destaque que essas práticas não se encaixam na definição de processos autocompositivos, mediação, conciliação ou negociação. Por este motivo, recebem a nomenclatura genérica de práticas autocompositivas inominadas (CNJ, 2016, pp. 20-23).

Dessa forma, verifica-se que o CNJ buscou criar uma política pública judiciária nacional pautada na consensualidade e nos métodos acima citados, para atacar os problemas de excesso de processos, morosidade e, conseqüentemente, de trabalho no âmbito do Poder Judiciário, além de buscar aprimorar a própria prestação jurisdicional.

POLÍTICA JUDICIÁRIA DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS

O CNJ desde o ano de 2006, na tentativa de reduzir o estoque processual, o excesso de trabalho e morosidade, adotou a conciliação como iniciativa por meio do projeto Movimento pela Conciliação e da realização, anualmente, da Semana da Conciliação em que os tribunais são incentivados a promover acordos nas fases pré-processual e processual. Em seguida, no ano de 2010, o CNJ criou uma política pública judiciária permanente para o incentivo e o aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, por intermédio da Resolução nº 125, editada para organizar e uniformizar os serviços prestados pelos tribunais, os quais ficaram incumbidos de oferecer aos litigantes, antes da solução do processo mediante sentença, meios consensuais, como a conciliação e a mediação. Segundo o CNJ (2015, p.13):

Com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, começa-se a criar a necessidade de tribunais e magistrados abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivos pacificadores – a pergunta recorrente no Poder Judiciário deixou de ser “como devo sentenciar em tempo hábil” e passou a ser “como devo abordar essa ques-

tão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente, com maior satisfação do jurisdicionado e no menor prazo”. Assim, as perspectivas metodológicas da administração da justiça refletem uma crescente tendência de se observar o operador do direito como um pacificador – mesmo em processos heterocompositivos, pois passa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do sistema de resolução de conflitos. A composição de conflitos sob os auspícios do Estado, de um lado, impõe um ônus específico ao magistrado que deverá acompanhar e fiscalizar seus auxiliares (e.g. mediadores e conciliadores) (CNJ, 2015, p. 13).

O referido ato normativo ainda determinou aos tribunais a criação dos NUPEMECs, os quais foram atribuídos, entre outras funções, a instalação e a fiscalização dos CEJUSCs, local onde seriam realizadas as sessões de atendimento às partes pela conciliação e mediação, realizadas pelos conciliadores, mediadores e servidores do Poder Judiciário. Segundo o CNJ (2015, p.13):

O art. 7º da Resolução 125 cria o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (‘Núcleo’ ou “NUPEMEC”) com o objetivo principal de que este órgão, composto por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, desenvolva a política judiciária local de RAD. Para contextualizar o propósito do núcleo em treinamentos utilizase informalmente a expressão “cérebro autocompositivo” do Tribunal pois a este núcleo compete promover a capacitação de magistrados e servidores em gestão de processos autocompositivos bem como capacitar mediadores e conciliadores – seja entre o rol de servidores seja com voluntários externos. De igual forma, compete ao Núcleo instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e planejar de forma centralizada a implantação dessa política pública no respectivo Tribunal. Por sua vez, o art. 8º da Resolução em comento cria os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”) com o objetivo principal de realizar as sessões de conciliação e mediação do Tribunal. Naturalmente, todas as conciliações e mediação préprocessuais são de responsabilidade do Centro – uma vez que ainda não houve distribuição para varas. Todavia, mesmo demandas já distribuídas podem ser encaminhadas para os Centros com o objetivo de apoiar os Juízos, Juizados e Varas nas suas conciliações e mediações qualidade. Por este motivo, em treinamentos refere-se ao Centro como sendo o “corpo autocompositivo” do tribunal.

A Resolução nº 125 inovou no ordenamento jurídico ao trazer preceitos para o acesso à ordem jurídica justa e, ao mesmo tempo, reduzir a judicialização e morosidade, conforme as conclusões de Oliveira (2023, pp. 435-436):

O exame desses diversos dados permite chegar a algumas conclusões parciais.

A primeira delas é que a Resolução CNJ 125/2010 expressamente encampa a ideia de acesso à ordem jurídica justa, fazendo, de outro lado, menção direta aos objetivos de: (i)

redução da judicialização, da interposição de recursos e da execução de sentenças; (ii) acesso à solução do conflito pelo meio adequado às suas especificidades; e (iii) disseminação da cultura da paz.

A segunda é que os dois principais mecanismos jurídicos de articulação para planejamento, aperfeiçoamento e execução da política são os NUPMECs e os CEJUSCs, cuja criação e organização é de atribuição dos Tribunais.

A terceira é que há preocupação com a formação e o aperfeiçoamento contínuo de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores, sendo que, em relação a estes últimos, o cuidado foi ainda maior, criando-se um Código de Ética e prevendo-se a possibilidade de remuneração pelo trabalho.

A quarta é que foi imposta obrigação ao CNJ e aos Tribunais de trabalharem dados estatísticos acerca das atividades de mediação e de conciliação, as quais, por sua vez, deverão ser computadas para promoções e remoções de magistrados, pelo critério do merecimento.

A quinta é que a base normativa da política de tratamento adequado revela preocupações com múltiplos escopos, prevendo instrumentos destinados a alcançá-los, bem como mecanismo de acompanhamento estatístico do desenvolvimento das atividades, com fulcro na coleta e compilação de dados com viés majoritariamente quantitativo (Oliveira, 2023, pp. 435-436).

As novidades trazidas pela Resolução nº 125 foram incorporadas ao Código de Processo Civil editado em 2015, como as previsões constantes no artigo 3º de que a arbitragem seria permitida na forma da lei e que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deveriam ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Além disso, o referido Código disciplinou a realização da audiência de conciliação ou mediação, bem como confirmou a determinação do CNJ de que os tribunais deveriam criar os CEJUSCs, os quais deveriam ser responsáveis pelas sessões e audiências de conciliação e mediação. Por fim, o Código ainda disciplinou os princípios norteadores da conciliação e mediação.

Cabe destacar que o CNJ fixou, no ano de 2020 a prevenção de litígios e adoção de soluções consensuais para os conflitos como um dos macrodesafios estabelecidos na Estratégia Nacional do Poder Judiciário, no período de 2021 a 2026 (CNJ, 2020, pg.10). O referido macridesafio foi um dos fundamentos para a edição de duas Recomendação. A primeira Recomendação editada foi de nº 129, de 15 de junho de 2022, que recomendou aos tribunais a adoção de cautelas visando a evitar o abuso do direito de demandar em processos que envolvessem projetos de infraestrutura qualificados pelo Programa de Parcerias de Investimento, previstos na Lei nº 13.334/2016. A segunda Recomendação - nº 135, de 12 de setembro de 2022 - recomendou aos magistrados que realizassem, sempre que possível, a oitiva do órgão de defesa, antes

de concederem tutelas de urgência nos processos administrativos que tramitam no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Essas medidas visaram à diminuição da litigiosidade nas áreas de Infraestrutura e de Defesa da Concorrência.

Para acompanhar os resultados obtidos a partir da implementação da política pública judiciária, o CNJ (2023, p.192) criou o índice de conciliação que “é dado pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas”. Além disso, o CNJ verificou a existência de “1.437 CEJUSCs instalados, sendo a maior parte na Justiça Estadual, com 1.437 unidades (87,8%). Na Justiça do Trabalho são 123 CEJUSCs (7,5%) e, na Justiça Federal, 76 CEJUSCs (4,6%)” (CNJ, 2023, p.192). Segundo o CNJ, esses números cresceram nos diversos ramos do Poder Judiciário:

Essa é a primeira vez que o relatório Justiça em Números exibe o número de Cejuscs nos outros segmentos de justiça, além da Justiça Estadual. A quantidade de unidades dessa natureza tem crescido ano após ano. Entre os Tribunais de Justiça, em 2014, eram 362 Cejuscs, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros. Em 2016, o número de unidades aumentou para 808, chegando a 1.437 em 2022, ou seja, em 8 anos, a estrutura basicamente triplicou.

No que tange a série histórica dos resultados alcançados pela política pública judiciária, o CNJ (2023, pp. 192-193) constatou os seguintes dados:

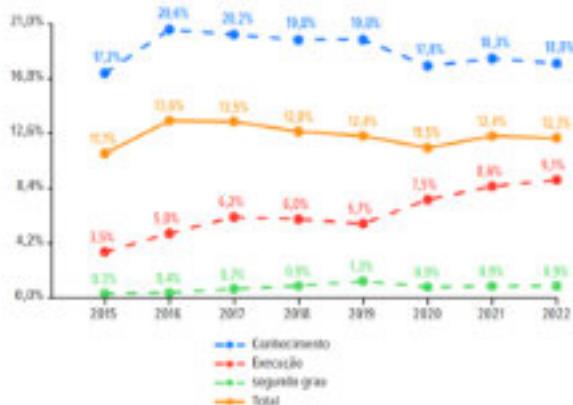
Em 2022, foram 12,3% sentenças homologatórias de acordo proferidas, valor que registrou sutil decréscimo em relação ao ano anterior. Na fase de execução, as sentenças homologatórias de acordo corresponderam, em 2022, a 9,1%. É notória a curva de crescimento, tendo mais que dobrado o valor ao longo da série histórica, com aumento em 5,5 pontos percentuais entre os anos de 2015 e 2022. Tal resultado pode decorrer do incentivo do CNJ para realizar conciliação na fase de execução. Na fase de conhecimento, a conciliação foi de 18%, um pouco abaixo (0,4 ponto percentual) do observado em 2021.

Não houve variações significativas no indicador de conciliação no segundo e no primeiro grau em relação ao ano anterior, observando-se manutenção do valor de segundo grau em 0,9% no segundo grau e com redução de somente 0,2 ponto percentual no primeiro grau.

Há de se destacar que, mesmo com o novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016 e tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, não se verifica resultado direto nos gráficos das séries históricas. Quanto ao número de sentenças homologatórias, verifica-se que houve aumento ao longo de 7 anos na ordem de 17,4%, passando de 2.987.623 sentenças homologatórias de acordo no ano de 2015 para 3.508.705 em 2022. Em relação ao ano anterior, houve aumento de 307.780 sentenças homologatórias de acordo (9,6%) (CNJ, 2023, pp. 192-193).

Para contextualizar a explicação acima, a Figura 1 apresenta a série histórica do índice de conciliação (CNJ, 2023, p.193):

Figura1:



Elaboração: CNJ (2023, p.193).

Percebe-se que, além da implementação, o CNJ realiza, anualmente, o monitoramento da sua política pública judiciária, além de apresentar seus resultados, os quais permanecem estáveis em um período de 7 anos. Pode ser constatado ainda que a incorporação da política pelo Código de Processo Civil de 2015 não foi capaz de alavancar os resultados.

Ocorre que a instituição da política pública judiciária não foi capaz de diminuir o número de processos no país, tendo em vista o crescimento de casos apresentados no início deste trabalho. Sobre isso Silva (2019, p.34) discorre que:

Nesse sentido, talvez a maior contribuição dos meios consensuais de resolução de conflitos para os problemas do judiciário se situe mais em relação à oferta de uma solução mais célere, do que como fator redução da carga de trabalho, embora, esse esforço pela evolução e melhoramento das alternativas seja incessante e vá se delineando por diversas frentes, como é o caso da Resolução CNJ n. 125/2010 e a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC (Silva, 2019, p.34).

Assim, embora os dados colhidos nos últimos anos não demonstrem a diminuição de processos no Poder Judiciário, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário instituída pelo CNJ possibilitou às partes resolverem seus conflitos de forma mais célere na fase processual, ou até mesmo se evitando a judicialização ao solucionar o conflito na fase pré-processual.

CONCLUSÃO

O presente estudo tinha como diretriz a análise da política pública judiciária de resolução de conflitos a fim de identificar supostos benefícios gerados da proposta para o Poder Judiciário brasileiro. Para tanto, foram apresentados a correlação entre políticas públicas judiciárias e consensualidade, as iniciativas do CNJ para implementar a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses e, por fim, os dados colhidos pelo CNJ pelo índice de conciliação.

Conquanto a política pública tenha se firmado nos tribunais por intermédio da instalação de 1.437 CEJUSCs em todo país, ela não foi capaz de diminuir o número de processos no país, tendo em vista o crescimento do número de processos no período de 2009 a 2016, uma pausa no período de 2017 a 2019, e um novo crescimento nos anos de 2020, 2021 e 2022 (CNJ, 2023, p. 192).

Por outro lado, o número de sentenças homologatórias aumentou ao longo de 7 anos na ordem de 17,4%, passando de 2.987.623 sentenças homologatórias de acordo no ano de 2015 para 3.508.705 em 2022. Já comparando com o ano anterior, houve aumento de 307.780 sentenças homologatórias de acordo (9,6%) (CNJ, 2023, pp. 192-193). Além disso, foram editadas, no ano de 2022, as Recomendações nº 129 e nº 135, que foram instrumentos para se evitar o excesso de judicialização nos processos que envolvesse projetos de infraestrutura qualificados pelo Programa de Parcerias de Investimentos, bem como processos administrativos que tramitassem no Cade.

Dessa forma, verifica-se que, a despeito de os dados colhidos nos últimos anos não demonstrarem a diminuição do número de processos no Poder Judiciário, a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos possibilitou aos atores processuais resolverem seus conflitos de forma mais célere, tanto na fase processual, quanto na fase pré-processual, evitando-se, assim, a judicialização dos conflitos.

Portanto, pode se afirmar que a consensualidade na resolução de conflitos, estimulada pela política pública judiciária instituída pelo CNJ, possibilita a solução dos processos de uma forma mais célere, gerando o benefício aos envolvidos e concretizando, nos casos concretos, a pacificação social. No entanto, cabe ao CNJ continuar monitorando os resultados das suas iniciativas para proposição de novas formas que possam conter o aumento do número de processos ao passar dos anos, para, consequentemente, aperfeiçoar a prestação da atividade jurisdicional ao evitar o excesso de trabalho e a morosidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 30 de abr de 2024.

BRASIL. Lei nº 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; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em 29 de abr de 2024.

BUCCI, M. P. D. (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

BUZZI, M. A. G. Movimento pela Conciliação - Um Breve Histórico. In: CNJ

Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CNJ. Resolução nº 125. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 30 abr. 2024.

____. Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC. 2015. Disponível em CNJ: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2024.

____. Manual de Mediação Judicial. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2024.

____. Recomendação nº 129. Recomenda aos tribunais a adoção de cautelas visando a evitar o abuso do direito de demandar que possa comprometer os projetos de infraestrutura qualificados pelo Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), previsto na Lei no 13.334/2016. 2022. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original1526482022062962bc6f384599d.pdf>. Acesso em 16 de maio de 2024.

____. Recomendação nº 135. Recomenda aos magistrados que, sempre que possível, realizem a oitiva do órgão de defesa da concorrência, em especial a sua Procuradoria

Federal Especializada, antes de concederem tutelas de urgência relacionadas a processos administrativos em tramitação no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), assim minimizando efeitos danosos decorrentes de eventual abuso do direito de demandar. 2022. Disponível em https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Rec_135_2022_CNJ.pdf. Acesso em 17 de maio de 2024.

____. Monitoramento da Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/05/monitoramento-da-estrategia-nacional-do-poder-judiciario-2021-2026.pdf>. Acesso em 17 de maio de 2024.

____. Justiça em Números 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2024.

FREITAS, V. P. Judiciário também deve ter as suas políticas públicas. Consultor Jurídico [site], 22 set. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-22/segunda-leitura-judiciario-tambem-politicas-publicas#author>. Acesso em: 25 abr. 2024.

GOMIDE, A. A. Agenda governamental e o processo de políticas públicas: o projeto de lei de diretrizes da política nacional de mobilidade urbana. Brasília, DF: IPEA, 2008. 25 p. -- (Texto para Discussão Ipea, n. 1334). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1334.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024.

GUERRA, G. R. Independência e integridade: o Conselho Nacional de Justiça e a nova condição da política judicial. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, 2010.

GURGEL, I. Histórico da Administração Judiciária Brasileira. Revista CEJ, Brasília, p.50-65, jul./set. 2005.

MASSA-ARZABE, P. H. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, S. D., Filho. Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário: Entre os Escopos e a Realidade. Revista Eletrônica de Direito Processual. 2023. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/66959>. Acesso em: 29 abr. 2024.

PEREIRA, J. C. M. Análise Das Iniciativas Implementadas pelo Conselho Nacional de Justiça no Sistema de Execução Penal. [S.l.]: [s.n.], 2018. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Administração Pública no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

SILVA, J. A.; FLORÊNCIO, P. A. L. Políticas judiciárias no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas. *Revista do Serviço Público*, 2011, v. 62, n. 2, p. 119-136.

SILVA, H. C. G. A inovação na política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: reflexões a partir do prêmio conciliar é legal. 2019. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Administração Pública no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2560>.

RECONFIGURAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A ÊGIDE DA LGPD: DESAFIOS E IMPLICAÇÕES ECONÔMICO- FINANCEIRAS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

RECONFIGURATION OF PUBLIC ADMINISTRATION UNDER THE AEGIS OF THE LGPD: CHALLENGES AND ECONOMIC-FINANCIAL IMPLICATIONS IN CONCESSION CONTRACTS

AUTOR

Andreia C. Feitosa

RESUMO

A sanção da Lei n.º 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), trouxe significativas repercussões no Brasil, preenchendo uma lacuna anterior na legislação sobre o tratamento de dados pessoais. Esta legislação abrange tanto pessoas naturais quanto jurídicas, de direito público ou privado, visando proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade, além do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. O advento da LGPD gerou amplo debate em todos os setores da sociedade, destacando o atraso do país no trata-

mento e na privacidade de dados pessoais. Com a criação da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), espera-se uma regulamentação mais efetiva e uma supervisão adequada sobre a aplicação das normas de proteção de dados. No entanto, tanto a administração pública – incluindo os poderes Executivo e Legislativo – quanto o setor privado ainda enfrentam desafios para se adaptar às exigências da lei. As concessionárias que já formalizaram seus contratos de concessão encontram-se em uma situação complexa, necessitando de investimentos substanciais em tecnologia para proteger os dados pessoais dos usuários e para fortalecer a segurança dos seus sistemas. Diante dessa nova realidade, é imprescindível considerar um reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos existentes, a fim de adequá-los às exigências impostas pela LGPD e garantir a proteção efetiva dos dados pessoais.

Palavras-chave: LGPD; administração pública; dados pessoais.

ABSTRACT

The sanction of Law No. 13,709/18, known as the General Data Protection Law (LGPD), brought significant repercussions in Brazil, filling a previous gap in legislation on the processing of personal data. This legislation covers both natural and legal persons, under public or private law, aiming to protect the fundamental rights of freedom and privacy, in addition to the free development of the individual's personality. The advent of the LGPD generated broad debate in all sectors of society, highlighting the country's delay in the processing and privacy of personal data. With the creation of the National Data Protection Agency (ANPD), more effective regulation and adequate supervision over the application of data protection standards are expected. However, both the public administration – including the Executive and Legislative branches – and the private sector still face challenges in adapting to the requirements of the law. Concessionaires that have already formalized their concession contracts find themselves in a complex situation, requiring substantial investments in technology to protect users' personal data and to strengthen the security of their systems. Faced with this new reality, it is essential to consider an economic-financial rebalancing of existing contracts, in order to adapt them to the requirements imposed by the LGPD and guarantee the effective protection of personal data.

Keywords: LGPD; public administration; personal data.

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/18, a adaptação à nova realidade regulatória tornou-se um imperativo para a administração pública brasileira. Esta lei introduziu mudanças significativas na maneira como os dados pessoais devem ser tratados, não apenas no setor privado, mas também no público, abrangendo desde simples operações digitais até complexos contratos de concessão.

Recentemente, a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) foi finalmente estruturada, fortalecendo o quadro regulatório e supervisionando a implementação da LGPD. Paralelamente, a pandemia de COVID-19 acelerou a digitalização dos serviços públicos, exacerbando a urgência de conformidade com a Lei de Proteção de Dados diante de uma adesão em massa a interações digitais tanto por cidadãos quanto por empresas.

Decisões recentes do Tribunal de Contas da União (TCU) enfatizaram a necessidade de uma rigorosa aderência à LGPD, evidenciando que as sanções previstas na lei são fundamentais não apenas para a proteção de direitos, mas também como um incentivo para garantir a conformidade. Estas decisões sublinham a importância de uma governança de dados eficaz como parte integrante da gestão pública e dos contratos de concessão, os quais devem ser revistos para incorporar o risco de sanções significativas em casos de não conformidade.

Este cenário complexo e desafiador requer uma análise detalhada dos impactos da LGPD na administração pública, especialmente sobre os contratos de concessão existentes que agora enfrentam a necessidade de grandes investimentos em tecnologia para proteger os dados pessoais dos usuários.

O advento de leis que ensejam responsabilidades das pessoas jurídicas de direito público no tratamento de dados pessoais com pesadas multas atreladas às obrigações é sinônimo de preocupação para os *players* que estão em atuação no mercado, especialmente, para os concessionários públicos que administram dados pessoais dos usuários dos serviços, a sanção da Lei n.º 13.709/18, trata-se de um dos eventos mais temidos no setor público.

Quando se trata de concessões de serviços públicos, é imprescindível que se avalie e dimensione os riscos causados pela legislação, principalmente quando consideramos que a majoração ou a diminuição dos custos dos produtos e serviços poderá inviabilizar o concessionário em dar continuidade a prestação dos serviços, com os valores contratados inicialmente.

Este artigo tem o objetivo de analisar os impactos causados pela LGPD na administração pública, especialmente, no que se refere aos contratos de concessão que já foram pactuados, uma vez que, para implementar tecnologias e mecanismos que possibilitem a preservação e segurança dos dados pessoais dos usuários serão necessários novos investimentos, que não estavam previstos quando da formalização dos contratos. Situação excepcional, também chamada pela doutrina de álea extraordinária.

1. ASPECTOS GERAIS

Estamos imersos em uma sociedade extremamente conectada, onde há um fluxo extraordinário de dados pessoais. Atualmente, a informação se tornou o recurso fundamental para o avanço social e econômico, o que justifica a adoção de expressões como “sociedade da informação” e “economia da informação” para descrever nossa era atual (Bioni, 2019).

Este artigo visa explorar, ainda que não de maneira exaustiva, os desafios enfrentados pela administração pública na adoção ou implementação de contratos de concessão, especialmente diante da complexidade imposta pela gestão de uma vasta quantidade de dados pessoais dos usuários. A natureza desses contratos frequentemente exige a interação com um grande volume de informações, envolvendo um número significativo de indivíduos de diversos contextos sociais e geográficos, o que por si só representa um desafio significativo.

Primeiramente, um dos maiores obstáculos está relacionado à proteção de dados pessoais. A administração pública, ao coletar e processar dados pessoais dos usuários dos serviços concedidos, deve observar rigorosamente as legislações pertinentes à proteção de dados, como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil. Esta lei estabelece uma série de obrigações e padrões de segurança que devem ser seguidos para garantir a privacidade e a integridade dos dados dos cidadãos.

Além disso, a diversidade de contextos em que esses contratos operam exige uma adaptação constante das práticas de gestão e proteção de dados. Diferentes regiões podem apresentar especificidades culturais, econômicas e sociais que influenciam diretamente a forma como os serviços são prestados e como as informações são coletadas e utilizadas. Adaptar-se a essas variáveis, respeitando ao mesmo tempo os princípios da eficiência e da legalidade, pode ser uma tarefa complexa e onerosa.

Outra dificuldade relevante é a necessidade de equilibrar a transparência na gestão dos contratos de concessão com a confidencialidade dos dados pessoais. Enquanto a administração pública deve garantir a transparência de suas ações para promover a confiança e permitir o controle social, ela também precisa assegurar que as informações pessoais

dos usuários não sejam expostas ou utilizadas de maneira imprópria. Essa dualidade demanda um cuidadoso planejamento e implementação de políticas que assegurem tanto a abertura necessária quanto a proteção devida aos dados pessoais.

Em resumo, a administração pública enfrenta desafios significativos na gestão de contratos de concessão que envolvem o uso de dados pessoais, necessitando de uma abordagem metódica que respeite as legislações de proteção de dados e se adapte às peculiaridades de cada contexto, enquanto cumpre outras obrigações legais. Esses desafios requerem uma constante avaliação e atualização das práticas adotadas, visando sempre a proteção dos dados dos cidadãos e a eficiência na prestação dos serviços públicos.

De acordo com Dal Pozzo e Ricardo Martins (2020, p. 8-9),

[a]s hipóteses autorizativas de tratamento de dados constam no art. 7º da LGPD. No caso do setor público, o inciso III prevê que o tratamento de dados pela administração pública somente será lícito se tiver como objetivo o tratamento e uso compartilhado de dados **necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres**. Trata-se de requisito umbilicalmente ligado aos 2 (dois) outros previstos no art. 23 da mesma lei, atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público" e "com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público.

A Constituição Federal estabelece como direito fundamental em seu artigo 5º, X, que: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". O Código Civil, aduz em seu artigo 21, que: "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma" (Brasil, 2002). A Ministra Rosa Weber, no julgamento da ADI n.º 6387, pontuou que

(...) as condições de manipular dados pessoais digitalizados, por agentes públicos ou privados, consiste em um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade. Os chamados direito à privacidade (*Right to Privacy*) e seus consectários direitos à intimidade, à honra e a imagem emanam do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações (Brasil, 2020a).

Na deliberação da ADI 6.387, sob relatoria da Ministra Rosa Weber, foi afirmada a consolidação de um direito essencial independente à salvaguarda de dados pessoais e à autodeterminação informativa. A Emenda Constitucional número 115, datada de 10 de fevereiro de 2022, oficializou esse direito fundamental no artigo 5º, alínea LXIX, da Constituição Federal (Brasil, 2002).

Mais adiante abordaremos a ADI 6649 e a ADPF 695, ações cuja relatoria foi do Ministro Gilmar Mendes e que trata dos limites no âmbito da proteção e à dimensão axiológica dos direitos fundamentais à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, especificamente no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelo Estado brasileiro.

A LGPD foi sancionada pelo Presidente da República em setembro de 2020, após inúmeras discussões a respeito da norma. O Brasil nunca teve nenhuma lei que de fato tratasse os dados pessoais, inclusive pelos mecanismos digitais, por pessoas naturais, jurídica de direito público ou privado, e com a finalidade de proteger os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Enquanto isso, na Europa a *General Data Protection Regulation* (GDPR), existe há alguns anos e estabelece alguns princípios, prevê padrões e regras para o tratamento de dados pessoais, com a finalidade de encaminhar de forma objetiva e acertada o desenvolvimento tecnológico após a década de 1990, especialmente após o surgimento das redes sociais, do marketing digital, comportamental e a utilização do *Big Data* em inúmeros setores da economia (César; Aspis; Chaves, 2019).

Já em 1983, o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu o direito fundamental à autodeterminação sobre os dados pessoais, diante das intervenções estatais à época.

Todas essas mudanças ocasionadas pela sanção da LGPD trarão volumosas mudanças em todos os setores, e a administração pública não ficará de fora, uma vez que a lei é bastante clara em seu artigo 1º, que:

Esta Lei 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 (Brasil, 2018, grifo nosso).

Já havia uma espécie de prenúncio do século XXI que a administração pública teria que se adequar ao uso intenso dos mecanismos tecnológicos, de modo que o direito administrativo foi estimulado a se recolocar face aos desafios ocasionados pelas inovações tecnológicas impostas. Necessário registrar que a pandemia da COVID-19 acelerou em progressão geométrica essa evolução tecnológica, somando-se ao advento da LGPD. Contudo, essa evolução não foi o suficiente para alcançar a norma que diz respeito ao tratamento e proteção de dados pessoais.

O jornal *Jota Notícias* expôs em sua capa da edição datada de 6 de maio de 2017 a frase “*Data, the world most valuable resource*”, chamando atenção para esse fenômeno social, político e econômico que está alterando o planeta (Becker; Albernaz; Brígido, 2019).

Naquele ano já se previa que seriam necessárias rápidas mudanças para adequar as instituições e a sociedade, especialmente no tocante à privacidade e à proteção de dados pessoais. E, nesse diapasão, a administração pública não ficaria de fora.

A recente implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil e os desenvolvimentos regulatórios subsequentes, incluindo decisões críticas do Tribunal de Contas da União (TCU), sublinham a urgência de adaptar práticas e contratos administrativos, especialmente em contextos de concessão pública, para garantir a conformidade com os novos requisitos de proteção de dados. O Acórdão 1456/2021 do Tribunal de Contas da União é emblemático nesse sentido, pois enfatiza a necessidade de incorporar cláusulas de proteção de dados em todos os contratos de TI, ressaltando a importância de medidas proativas para a segurança e privacidade dos dados (Brasil, 2020b).

Esta decisão do TCU destaca a lacuna que muitas vezes existe entre as exigências legais da LGPD e a prática atual nos contratos de concessão que envolvem a gestão e o processamento de grandes volumes de dados pessoais. O Acórdão reconhece a relevância de proteger esses dados não apenas por uma questão de conformidade, mas como um imperativo ético e legal para preservar a confiança pública.

Nesse contexto, os investimentos em segurança da informação e privacidade de dados se tornam uma necessidade incontornável para as concessionárias. Estudos recentes indicam que as organizações estão destinando uma parcela significativa de seus orçamentos para fortalecer suas infraestruturas tecnológicas. Segundo estimativas de consultorias globais como a EY, as maiores empresas mundiais poderiam gastar até US\$ 7,8 bilhões para se adequar ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, um indicativo do montante que também pode ser relevante para grandes concessionárias no Brasil sob o escopo da LGPD (EY, 2020).

Portanto, o desafio está em equilibrar os custos desses necessários investimentos tecnológicos com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Este equilíbrio não é apenas uma questão de eficiência operacional, mas uma exigência legal, que se torna ainda mais complexa com as possíveis sanções por não conformidade, que podem incluir multas severas sob a LGPD.

A integração desses requisitos e práticas sugeridas pelo Acórdão 1456/2021 e as exigências da LGPD nos contratos de concessão não é apenas uma resposta a uma necessidade regulatória, mas também uma oportunidade para alinhar operações com

as expectativas modernas de governança de dados. Essa adaptação estratégica não só mitigará riscos legais e financeiros, mas também promoverá uma maior transparência e responsabilidade, fundamentais para a confiança do público na era digital.

2. O CASO DA NOTA FISCAL PAULISTA

O programa Nota Fiscal Paulista é um dos mais avançados em termos de integração de tecnologia e segurança. Após a LGPD, ajustes foram necessários para alinhar o programa com as novas exigências legais. No ano de 2016, em artigo de Jorge Machado e Bruno Bioni, intitulado de “a proteção de dados pessoais nos programas de nota fiscal: um estudo de caso de nota fiscal paulista”. Demonstrou de forma clara que os Estados de modo geral não estavam preparados para tratar os dados pessoais dos usuários, da análise de 12 Estados da federação que utilizam o mecanismo fiscal eletrônico, somente o Estado do Rio de Janeiro protegia os dados do consumidor que realiza compras por meio de certificado digital.

A Nota Fiscal Paulista é um programa implementado pelo Estado de São Paulo que visa incentivar os consumidores a solicitarem a inclusão do CPF na nota fiscal no momento da compra. Este programa tem sido uma ferramenta valiosa tanto para a promoção da transparência fiscal quanto para o combate à evasão de impostos.

No entanto, com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em 2018 e sua entrada em vigor em 2020, surgiram novas preocupações e desafios em relação à gestão de dados pessoais coletados através deste tipo de programa. A LGPD impõe rigorosas exigências sobre o consentimento do usuário, a transparência na utilização dos dados, e oferece aos cidadãos o direito de acesso, correção e exclusão de seus dados pessoais.

Desde o estudo realizado em 2016, que indicava deficiências significativas na proteção de dados pelos estados, espera-se que tenha havido melhorias substanciais na forma como os dados são coletados, armazenados e protegidos, em conformidade com a nova legislação. A adoção de melhores práticas de segurança, como a criptografia de dados e a implementação de sistemas de gestão de acesso, são essenciais para garantir a proteção dos dados dos consumidores.

Além disso, é de suma importância que os estados envolvidos forneçam treinamento adequado e contínuo aos seus funcionários sobre os princípios da LGPD, especialmente no que tange ao tratamento de dados pessoais no contexto de programas de nota fiscal.

A transparência com os cidadãos sobre como seus dados são usados e a garantia de

que medidas robustas estão em vigor para proteger esses dados são fundamentais para manter a confiança do público e a integridade do programa.

3. DESAFIOS DA LGPD PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: IMPACTOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E A BUSCA PELO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Por motivos óbvios, o direito administrativo, ou melhor, a administração pública, não se preparou para a tecnologia que chegou quase que com a velocidade da luz, pois a pandemia da COVID-19 acelerou de modo significativo a implantação das ferramentas.

Em que pese a sanção do Decreto n.º 10.332/2020, que instituiu a estratégia de governo digital, no período entre os anos de 2020 e 2022, no cenário da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. E, dispõe sobre a criação em todos os órgãos públicos um comitê de governança digital, que possa deliberar sobre pautas relativas à implementação das ações do governo digital, bem como deliberar a respeito de assuntos referentes à implementação das ações da governança digital e ao uso de recursos de tecnologia da informação e comunicação (Oliveira, 2020).

Os últimos acontecimentos nos direcionam para o caminho do uso da tecnologia em toda a sociedade e, a administração pública não ficará estranha a tais fatos. Ao contrário, o poder público e o direito administrativo terão que se adequar às novas ferramentas e à legislação no sentido de criar uma governança digital.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabeleceu um novo marco regulatório para o tratamento de dados pessoais no Brasil, impondo obrigações significativas às entidades públicas. Essa transformação requer que a administração pública, inclusive em suas esferas mais descentralizadas, implemente rigorosos controles de dados para garantir a privacidade e a proteção dos dados dos cidadãos. Dentre as mudanças necessárias, inclui-se a revisão de procedimentos de coleta, armazenamento e acesso a dados, a implementação de sistemas seguros de TI e a capacitação contínua de funcionários sobre as práticas de proteção de dados.

Nos contratos de concessão, onde o volume e a sensibilidade dos dados pessoais gerenciados podem ser significativos, a LGPD exige uma revisão detalhada das cláusulas contratuais e autorização expressa do usuário para que seus dados seja compartilhado. Os concessionários são agora obrigados a demonstrar conformidade com a legislação, adotando medidas técnicas e organizacionais para a segurança dos dados. Isso inclui realizar auditorias de privacidade regulares e remediar rapidamente quaisquer falhas de segurança que possam surgir. A alteração dos contratos para incluir esses novos requisitos legais não é apenas uma formalidade, mas uma necessi-

dade operacional e legal, que deve ser refletida em acordos renegociados para distribuir equitativamente os custos adicionais.

A jurisprudência pátria tem se posicionado no sentido da necessidade de reequilíbrio financeiro-econômico, vejamos o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Julgamento da Apelação/Remessa Necessária: APL 1013757-55.2018.8.26.0053 SP 1013757-55.2018.8.26.0053. Vejamos:

Apelação Cível - Administrativo - Contrato Administrativo - Contrato de Concessão - Pleito de reequilíbrio econômico-financeiro - Sentença de parcial procedência - Remessa necessária e recurso por ambas as partes. Contrato Administrativo - Empresa autora que pleiteia reequilíbrio financeiro em razão de novos critérios estabelecidos na norma ABNT NBR 15486 - Superveniência de novo regramento para dispositivos de segurança - Ré que determina revisão geral dos equipamentos de segurança para adequação dos dispositivos já implantados e conservados, indeferindo administrativamente a remuneração pelos custos adicionais - Desequilíbrio econômico-financeiro configurado eis que em descompasso com os princípios que devem reger a atividade econômica e empresarial em atenção à função social dos contratos segundo a ordem econômica encampada pela CF/88 - Recomposição dos custos adicionais devida como forma de reequilíbrio econômico-financeiro - Vinculação das partes aos termos acordados - Recomposição devida - Inteligência dos artigos 65, § 6º e da Lei de Licitações. Apuração dos valores devidos na fase de liquidação de sentença - Termo inicial dos juros de mora - Obrigação ilícita - Aplicação dos artigos 405 do CC. Honorários advocatícios - Patamar mínimo da condenação - Art. 85, §§ 2º e 3º do CPC. R. Sentença parcialmente reformada. Remessa necessária e recursos da autora e da ARTESP parcialmente providos (TJ-SP - APL: 10137575520188260053 SP 1013757-55.2018.8.26.0053, Relator: Sidney Romano dos Reis, Data de Julgamento: 15/03/2021, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 16/03/2021).

A necessidade do reequilíbrio financeiro - econômico quando circunstâncias supervenientes ocorrem e oneram o concessionário tem sido acatado pelos tribunais de todo o país.

O debate sobre a modelagem jurídica do risco em contratos de concessão é de suma importância nas concessões de infraestruturas de transportes no país, destacando-se em especial ferrovias, rodovias e aeroportos, tendo em vista o impacto direto que tais projetos exercem na vida de milhões de usuários que utilizam essas estruturas diariamente, assim como os diversos fatores de risco aos quais estão expostos (Aragão, 2008).

A escolha do modelo de repartição de riscos repercute diretamente em diversos aspectos, dentre eles podemos destacar: o valor das propostas ofertadas em leilão, que

consequentemente refletirá no valor da tarifa que será cobrada; e no cumprimento das obrigações contratuais. Um bom desenho contratual diminui significativamente as incertezas na fase anterior à celebração do acordo, possibilitando aos interessados possam ofertar preços adequados e na fase de execução, as regras mais claras podem incentivar soluções amigáveis sobre as responsabilidades por eventos adversos, incluindo-se os investimentos para trazer transparência, eficiência e uso adequado dos dados dos cidadãos com a chegada da legislação de dados (Gomes, 2020).

A conformidade com a LGPD implica investimentos consideráveis em tecnologias de proteção de dados, treinamento de pessoal e revisão de processos internos. Tais gastos adicionais podem alterar significativamente a viabilidade financeira dos contratos de concessão existentes. Portanto, é imperativo que os contratos sejam revisados para incorporar um reequilíbrio econômico-financeiro, assegurando que os concessionários possam cumprir suas obrigações legais sem comprometer a sustentabilidade de suas operações. As negociações para ajustes contratuais devem ser transparentes, baseadas em uma avaliação rigorosa dos custos implicados pela LGPD e justas para todas as partes envolvidas, incluindo os consumidores finais.

As alterações recentes nos contratos de concessão no Brasil, impulsionadas pela implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), representam um avanço significativo não apenas na proteção de dados pessoais, mas também na responsabilização e conformidade legal das entidades envolvidas. Ao exigir avaliações rigorosas de impacto à proteção de dados e a implementação de robustas medidas técnicas e administrativas, essas mudanças garantem uma abordagem mais sistemática e segura no tratamento de dados pessoais. Essa evolução normativa não apenas salvaguarda as informações dos indivíduos, mas também eleva o padrão de operações tanto de entidades públicas quanto privadas que administram contratos de concessão.

Em última análise, estas medidas fortalecem a confiança pública nas práticas de gestão de dados e incentivam uma cultura de respeito e transparência, essenciais para a sustentabilidade a longo prazo das práticas comerciais e governamentais no contexto digital contemporâneo (Silveira, 2020).

Nas concessões comuns de serviços públicos, a concessionária que não se adequar à lei, poderá sofrer sérias consequências, uma vez que, as multas são altíssimas. Fato que consequentemente leva a discussão do equilíbrio financeiro e econômico dos contratos de concessões, já que será necessário a implementação de investimentos para que se evite o vazamento de dados pessoais dos usuários de modo a evitar o cometimento de infrações previstas na LGPD, fato que acarretará multas pesadíssimas.

Quando se trata da concessão de serviços públicos, avaliar e dimensionar esses riscos

é ainda mais delicado, pois se considerarmos que a majoração ou a diminuição dos custos dos produtos e serviços poderá inviabilizar o concessionário em dar continuidade a prestação dos serviços, com os valores contratados inicialmente.

Normalmente, os contratos de concessão possuem cláusulas econômicas mais rígidas, que fixam remuneração e os direitos do contratado de modo que equação econômica e financeira seja preservada durante toda a sua execução.

Alguns princípios que norteiam as contratações, que possibilitam a extinção do contrato em *ultima ratio*, e somente pode ser aplicado em último caso. Princípios como o da continuidade do serviço e da supremacia do interesse público. Neste ponto, é necessário deixar claro que nem sempre é possível a extinção de um contrato em andamento, com o início de um novo processo licitatório que demandará custos e tempo, situação que somente poderá ser aplicado em último caso.

A equação econômico-financeira do contrato deve ser mantida, de forma a viabilizar a continuidade da execução do contrato. O artigo 37, XXI, da Carta Magna trata sobre a superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências inicialmente incalculáveis aos termos previamente ajustados, reajusta-se a convenção.

A LGPD traz novos encargos, riscos econômicos e diversas obrigações aos contratantes, e consequentemente obrigará que a administração pública revise as cláusulas contratuais financeiras firmadas, mesmo após concluído o procedimento.

Na Lei nº 14.133/2021, o artigo que trata especificamente do reequilíbrio econômico-financeiro é o artigo 130. Este artigo estabelece que o contratado tem direito à revisão do contrato para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial quando ocorrerem alterações na execução do contrato que provoquem desequilíbrio entre as partes (Brasil, 2021).

O equilíbrio contratual e financeiro deve ser uma tônica nos contratos de concessões, pois para que o concessionário possa prestar um serviço de qualidade, fazendo os ajustes e investimentos necessários para o tratamento de dados dos usuários dos serviços, assim como a implementação de processos tecnológicos, contratação de pessoal e infraestrutura demandará grandes investimentos.

De acordo com EY estima-se que as 500 maiores empresas do mundo deverão gastar um total de U\$ 7,8 bilhões no processo de adequação ao Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR) (Oliveira, [s.d.]). Necessário pontuar que nessa listagem existem companhias que são concessionárias de serviços públicos e, o Brasil não está de fora.

Fazendo uma análise da legislação que trata dos contratos de concessões, e dos princípios previstos no direito administrativo, tais como: a supremacia do interesse público, a continuidade da prestação dos serviços públicos, entre outros. E fazendo uma interpretação harmônica com a teoria da imprevisão e o fato do príncipe, os últimos dois institutos referem-se a eventos realizados pelo Poder Público em atividades extracontratuais, fato alheio ao contrato, mas com repercussão no mesmo (intracontratual) (Ferreira, 2021).

O fato do príncipe consiste em ato praticado pelo Poder Público (não como parte no contrato) que, ainda que não relacionado diretamente com o contrato administrativo, nele repercute, provocando, de modo reflexivo, o rompimento da equação econômico-financeira. (...) É, em regra, medida de ordem geral e que apenas indiretamente repercute alterações no seio do contrato (Guimarães, 2006).

Na jurisprudência nacional existem diversos julgados que tratam acerca do tema, a exemplo do REsp n.º 1433434 DF 2011/0163895-7, com relatoria do Ministro Sérgio Kukina, onde ficou configurada a Teoria da imprevisão, denominada também de álea extraordinária. Sendo aplicado o art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, em consonância com o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que garante a manutenção das condições efetivas da proposta de contrato celebrado com a administração. O caso concreto foi de uma empresa que ganhou a licitação para fornecimento de helicópteros para a polícia rodoviária federal e, o preço ajustado foi em moeda nacional. Contudo, a vencedora do certame precisou importar as aeronaves, situação que ensejou o aumento substancial no serviço contratado, face a desvalorização do câmbio nacional diante do dólar.

Existem inúmeros julgados nesse sentido, a exemplo da decisão do Ministro Sérgio Kukina que suspendeu a segurança n.º 1.101/DF, 2001/0119581-1. Nesse julgado foi reconhecido que o Estatuto do Idoso trouxe encargos às concessionárias de transporte público, uma vez que, passou a ser obrigatório o transporte público gratuito dos idosos. Situação que gerou desequilíbrio financeiro, dificultou e até impossibilitava a plena execução do contrato de concessão nos moldes que havia sido pactuado, com uma boa prestação de serviços para os usuários.

Quando da ocorrência da álea administrativa, fato do príncipe, ocorrência extracontratual, é dever do Estado recompor o equilíbrio financeiro/econômico, a aplicação da teoria se baseia na equidade que serve de base para à teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Não restam dúvidas sobre a ausência de preparo dos poderes executivo e legislativo, pois conforme relatado alhures, o Poder Judiciário encontra-se bem avançado no

questo adoção de novas tecnologias e tratamento dos dados pessoais. As empresas concessionárias de serviços públicos terão que obrigatoriamente adotar providências no sentido de administrar os dados pessoais dos usuários, de modo que será indispensável investimentos em mão de obra especializada, e a compra de softwares para proteger o banco de dados de cada concessionária.

4. IMPLICAÇÕES DA LGPD NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DAS ADI 6.649 E ADPF 695

No contexto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6649 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 695, observa-se uma análise crítica de como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) impacta a administração pública e os contratos de concessão. O Ministro Gilmar Mendes, em suas decisões, enfatiza a proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo, reforçado pelo julgamento da ADI 6387, que estabelece uma base sólida para a compreensão desse direito no contexto brasileiro.

Mendes destaca a importância da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade no tratamento de dados pelo governo, especialmente em face dos desafios trazidos pela digitalização. Ele discute as implicações do Decreto 10.046/2019 sobre o compartilhamento de dados entre órgãos governamentais, ressaltando a necessidade de medidas rigorosas para assegurar a proteção dos direitos individuais. O compartilhamento de dados, embora fundamental para a eficiência administrativa, requer salvaguardas robustas para evitar abusos e garantir conformidade com os princípios constitucionais.

Adicionalmente, Mendes argumenta pela interpretação do Decreto 10.046/2019 conforme a Constituição, assegurando que sua aplicação não infrinja os direitos à privacidade e proteção de dados. Este ponto é fundamental para prevenir expansões indevidas do poder estatal sobre informações pessoais, e salienta a necessidade de evolução da jurisprudência para proteger efetivamente tais direitos na era da informação.

Essas considerações delineiam um cenário onde a administração pública deve equilibrar eficiência e respeito aos direitos fundamentais, ajustando suas práticas à realidade digital. As análises de Mendes nas ADI 6649 e ADPF 695 são essenciais para entender como a LGPD influencia a gestão de contratos de concessão e o funcionamento da administração pública, destacando a importância de manter a proteção de dados pessoais como um direito fundamental inalienável.

5. CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS: LGPD VS. LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

A relação entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI) n. 12.257/2011, representa um tema extenso e complexo, que exige um estudo detalhado e especializado. Nos contratos de concessão, essa interação se apresenta com nuances particulares, envolvendo desafios significativos para equilibrar a proteção de dados pessoais e a transparência governamental. Este trabalho visa explorar essas complexidades, fornecendo uma análise rica em detalhes e contextualizada em exemplos práticos.

As concessionárias, responsáveis pela gestão de serviços públicos, encontram-se na interseção dessas duas legislações, lidando com obrigações que podem impactar tanto a transparência quanto a segurança dos dados pessoais. A LGPD impõe uma série de responsabilidades sobre essas empresas, como a necessidade de investimentos em tecnologias de proteção de dados, o que pode alterar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Em contrapartida, a LAI promove um regime de transparência que exige acesso aberto às informações, estabelecendo um cenário onde o manuseio dos dados pessoais pelo setor público deve ser meticulosamente balanceado.

Fernando Augusto Martins Canhadas destaca a possibilidade de as entidades de direito público processarem dados pessoais sem infringir a LAI, contanto que essas ações se destinem a promover objetivos públicos e se alinhem aos princípios de transparência administrativa. Essa dualidade evidencia que, apesar dos desafios, existe uma maneira de harmonizar as exigências de ambas as legislações, permitindo a coexistência de privacidade e transparência (Canhadas, 2020).

A possibilidade de monetização dos dados pessoais pelas concessionárias, dentro dos limites estabelecidos pela LGPD, introduz um fator adicional de complexidade. Isso requer uma aderência estrita às normas de proteção de dados para evitar violações de privacidade. Simultaneamente, a complexa interação entre a LGPD e a LAI em relação à divulgação de informações pessoais pelo setor público requer uma abordagem jurídica cuidadosa para assegurar a conformidade com as duas legislações (Teixeira, 2020).

O objetivo deste trabalho é enriquecer a compreensão sobre como a LGPD e a LAI podem coexistir de forma equilibrada em contratos de concessão, assegurando a proteção dos dados pessoais enquanto se mantém a transparência necessária. O tema, pela sua vastidão e complexidade, merece um trabalho específico, pois as nuances de cada caso exigem análises detalhadas e contextualizadas, reforçando a necessidade de um estudo contínuo e aprofundado dessas questões.

Este trabalho científico não apenas busca expor as interações complexas e os desafios práticos dessas legislações, mas também serve como um ponto de partida para futuras investigações que podem explorar ainda mais os detalhes e as aplicações específicas das leis em diferentes contextos administrativos e contratuais.

6. CONCLUSÃO

Ao longo do desenvolvimento deste artigo, tornou-se claro que a administração pública ainda enfrenta desafios significativos para se adaptar plenamente às exigências impostas pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A complexidade das responsabilidades impostas tanto às entidades de direito público quanto privado, incluindo a imposição de severas penalidades por não conformidade, destaca a urgência de uma estratégia efetiva para o tratamento de dados pessoais, particularmente nos contratos de concessão.

A rápida evolução tecnológica, catalisada pela pandemia de COVID-19, apenas intensificou a necessidade de digitalização e segurança de dados na administração pública. O decreto nº 10.332/2020, que estabeleceu a Estratégia de Governo Digital para o período de 2020 a 2022, foi um passo vital nessa direção, criando comitês de governança digital para supervisionar a implementação de ações relacionadas ao governo digital e ao uso de tecnologia da informação. Esta medida visa não apenas aprimorar a eficiência administrativa, mas também garantir a conformidade com a LGPD.

Importante destacar a análise do Ministro Gilmar Mendes nas ADI 6649 e ADPF 695 sublinha a fundamentalidade de uma abordagem constitucional rigorosa na proteção de dados pessoais no Brasil, frente aos avanços da tecnologia digital, com enfoque em garantir que as práticas de compartilhamento e tratamento de dados pelo Estado respeitem os direitos fundamentais à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, destaca a importância de equilibrar eficiência administrativa com a proteção dos direitos individuais, enfatizando a necessidade de evolução constante da jurisprudência para responder aos desafios contemporâneos. No contexto dos contratos de concessão, os concessionários enfrentam a necessidade de investimentos substanciais para adequar suas operações às normativas da LGPD. Esses ajustes são importantes não apenas para evitar sanções financeiras, mas para assegurar a continuidade e qualidade dos serviços públicos oferecidos.

A necessidade de um reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos torna-se evidente, especialmente quando interpretado à luz das teorias do fato do príncipe e da imprevisão. Esses princípios jurídicos fundamentais sublinham a responsabilidade do Estado em manter a equidade contratual quando suas próprias ações, como a imple-

mentação de leis abrangentes como a LGPD, alteram significativamente o ambiente operacional e financeiro das concessionárias.

Os avanços na jurisprudência e doutrina sobre a LGPD refletem um crescente reconhecimento da importância da proteção de dados, não apenas como um imperativo legal, mas como um elemento central na confiança pública e na integridade das operações públicas e privadas. A análise detalhada da LGPD, suas sanções e os direitos dos usuários destacam um panorama em evolução, onde a adequação não é mais uma opção, mas uma exigência.

Finalmente, é incontestável que, enquanto o Poder Judiciário tem avançado consideravelmente na adoção de tecnologias e no tratamento de dados pessoais, os poderes Executivo e Legislativo precisam acelerar seus esforços de preparação e implementação. As empresas concessionárias, por sua vez, devem investir de forma proativa em tecnologia e em mão de obra especializada para garantir que a gestão de dados pessoais esteja em total conformidade com a LGPD, mitigando riscos e fortalecendo a prestação de serviços públicos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BECKER, Daniel; ALBERNAZ, Carolina; BRÍGIDO, João Pedro. LGPD e reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos. **Jota notícias**, 07 jul. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/lgpd-e-reequilibrio-economico-financeiro-dos-contratos-de-concessao-de-servicos-publicos-07072019>. Acesso em: 1 maio 2024.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.** Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.387/DF – Distrito Federal. Relator: Ministra Rosa Weber. 24 de abril de 2020a. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Atos de Admissão. Processo 042.460/2020-4. Relator: Benjamin Zymler. 2020b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/processo/*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A4246020204/DTAU-TUACAOORDENACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520-desc/0. Acesso em: 4 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.649/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 15 de setembro de 2020c. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6079238>. Acesso em: 4 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 04 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 695. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5938693>. Acesso em: 5 maio 2024.

CANHADAS, Fernando Augusto Martins. A Lei de Acesso à Informação e a Lei Geral de Proteção de Dados: a transparência proibida. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. **LGPD & administração pública**: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CÉSAR, Ana Carolina Moreira; ASPIS, Fábio Lara; CHAVES, Luis Fernando Prado. 1 ano da GDPR: o que podemos aprender com os erros e acertos da Europa. **CONJUR**, 31 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/opinio-podemos-aprender-europa-ano-gdpr/>. Acesso em: 1 maio 2024.

EY. **Política das normas corporativas globais de proteção de dados para operador**. [S.l.: s.n.], 30 set. 2020. Disponível em: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/pt_br/generic/legal/politica-da-ey-para-operador-sobre-as-normas-corporativas-globais-vinculantes-para-protecao-de-dados-pessoais-portugues-08-06-2022-msa.pdf. Acesso em: 3 maio 2024.

FERREIRA, Ednaldo. LGPD e contratos de concessão: fato do príncipe e uso de dados para gerar receitas. **CONJUR**, 5 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/author/ednaldo-ferreira/>. Acesso em: 01 maio 2024.

GOMES, Milton Carvalho. Riscos e incertezas em contratos públicos de concessão: uma análise econômica da repartição de responsabilidades. **Revista jurídica Luso-brasileira**, ano 6, n. 4, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_2179_2239.pdf. Acesso em: 4 maio 2024.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e direito administrativo: questões polêmicas. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). **LGPD & administração pública**: uma análise ampla dos impactos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Administração digital, inovação e novas tecnologias jurídicas. **LexLatin**, São Paulo, 9 nov. 2020. Disponível em: <https://br.lexlatin.com/opinio/administracao-digital-inovacao-e-novas-tecnologias-juridicas>. Acesso em: 4 maio 2024.

OLIVEIRA, Jonas de. How much does GDPR compliance cost? Security Metrics. [s.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://www.securitymetrics.com/blog/how-muvh-does-gdpr-compliance-cost>. Acesso em: 06 maio 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Gen, 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação/Remessa Necessária. Relator: Sidney Romano dos Reis. 10137575520188260053 SP 1013757-55.2018.8.26.0053. 16 de março de 2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/processo/*/NUMEROSOMENTENUMEROS%253A4246020204/DTAUTUACAOORDE-NACAO%2520desc%252C%2520NUMEROCOMZEROS%2520desc/0. Acesso em: 4 maio 2024.

SILVEIRA, Gustavo Scheffer da. Construction Contracts Involving the Public Administration: a comparative analysis between FIDIC and Brazilian contracts for public works. **In International Arbitration: Law and Practice in Brazil**. Oxford: Oxford University Press. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.mayerbrown.com/en/insights/publications/2020/01/construction-contracts-involving-the-public-administration-a-comparative-analysis-between-fidic-and-brazilian-contracts-for-public-works>. Acesso em: 10 de maio de 2024.

TEIXEIRA, Ilderlândio. LGPD e LAI: uma análise sobre a relação entre elas. **Serpro.gov**, 30 de março de 2020. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2020/lei-acesso-informacao-lai-lei-geral-protecao-dados-pessoais-lgpd>. Acesso em: 1 maio 2024.

REFLEXÕES SOBRE A OMISSÃO IMPRÓPRIA E EVENTUAL RESPONSABILIZAÇÃO PENAL NOS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS DE 8 DE JANEIRO¹

REFLECTIONS ON IMPROPER OMISSION AND POSSIBLE CRIMINAL LIABILITY IN THE ANTI- DEMOCRATIC ACTS OF JANUARY 8

AUTORA

Maria Araujo Fontenele de Carvalho

RESUMO

Este artigo pretende, após breves considerações a respeito dos papéis desempenhados por determinados agentes públicos e a contextualização dos atos antidemocráticos de oito de janeiro de 2023, em Brasília, Brasil, far-se-á uma análise jurídica das condutas alegadamente praticadas pelo Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, do Comandante-Geral da Polícia Militar e do Governador do Distrito Federal em meio à aludida crise, a fim de verificar se, sob o aspecto de tipicidade objetiva, estariam presentes elementos aptos a ensejar uma responsabilização penal por omissão imprópria quanto a um ou mais crimes decorrentes.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional com mobilidade acadêmica na Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Professora de Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Mestre em Tutela Penal e Direito Sancionador no Estado Democrático de Direito (IDP), Especialista em Direito Penal e Processual Penal (EBD/IDP). Pesquisadora visitante da Universidade Autónoma de Madrid (UAM). Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Sistemas Penais Econômicos" do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogada Criminalista.

Palavras-chave: Crimes omissivos - Omissão imprópria - responsabilidade penal

ABSTRACT

This article intends, after brief considerations regarding the roles played by certain public agents and the contextualization of the undemocratic acts of January 8, 2023, in Brasília, Brazil, to carry out a legal analysis of the conduct allegedly practiced by the Secretary of Security of the Federal District, the General Commander of the Military Police and the Governor of the Federal District in the midst of the aforementioned crisis, in order to verify whether, from the aspect of objective typicality, elements capable of giving rise to criminal liability for improper omission regarding to one or more resulting crimes.

Keywords: Omissive crimes - Improper omission - criminal liability

INTRODUÇÃO

Em 08 de janeiro deste ano, o Brasil e a democracia brasileira sofreram o maior golpe desde a redemocratização.

Uma invasão às sedes dos três poderes em Brasília foi posta em prática por uma multidão de autodenominados *patriotas*, saídos de todos os cantos do país, financiados por setores da população com interesses econômicos atrelados ao governo do agora ex-presidente Jair Bolsonaro e atraídos por suas pautas morais e conservadoras.

A devassa foi transmitida simultaneamente pelos atônitos canais de comunicação e pelos *smartphones* dos patriotas de Brancalene que transmitiram, ao vivo e em cores verde e amarela, um vandalismo coreografado contra todas as autoridades constituídas no país.

Este atentado de terror contra os símbolos republicanos e democráticos nacionais foi, como apontam as investigações, estimulado por mentores intelectuais e, claramente, facilitado por diversas autoridades com propensões autoritárias e/ou com predileções políticas que refrearam suas ações, sendo omissas em seus deveres, que poderiam e deveriam ter impedido os resultados catastróficos dos atos antidemocráticos². E esta inércia importa, ao menos em tese, em imputação de condutas típicas por ausência de um agir próprio e inerente aos seus papéis.

² <https://www.gov.br/iphan/pt-br/assuntos/noticias/iphan-finaliza-vistoria-e-aponta-solucoes-para-recuperar-o-patrimonio-danificado-nas-sedes-dos-tres-poderes-em-brasilia-df>

Sabe-se que a responsabilidade penal na qualidade de omissão é um dos temas mais complexos do Direito Penal. A construção dogmática sobre o paradigma da conduta *ativa* dificulta a fixação de critérios e a construção de um sistema de imputação voltada para o *não fazer*. E por mais reprovável que seja uma omissão – como o caso da mãe que deixa seu bebê morrer de fome – a identificação de critérios gerais que permitam a equiparação de tal conduta à causação ativa de um resultado típico é obscura e, às vezes, inconclusiva.

No Brasil o tema é relativamente ausente na academia – à exceção de alguns poucos ensaios³ escritos por professores com experiências acadêmicas na Alemanha – e a jurisprudência dispensa poucas linhas sobre o dever de garantia e o dolo.

Assim, a responsabilidade penal por omissão no país se vê coberta por uma imprecisão que afeta a segurança jurídica daqueles que exercem papéis de garante em determinadas atividades de risco, mas também dificulta a imputação de resultados decorrentes de suas omissões com maior clareza, como nos atos ocorridos em oito de janeiro deste ano em relação à cadeia de comando no âmbito do Distrito Federal.

Este trabalho ousa, de alguma forma se debruçar especificamente sobre esse recentíssimo e aterrador episódio vivido pelo Brasil. Claro que um distanciamento temporal maior seria importante⁴ para analisar um fato histórico indelével na história brasileira. No entanto, urge-se a produção teórica e hipotética, vez que a maioria das investigações que tramita nos autos da Suprema Corte brasileira corre em sigilo e diante do exíguo decurso de tempo, ainda não foram concluídas.

Assim, almeja-se ao longo deste trabalho, fazer uma exposição sobre os pressupostos da tipicidade objetiva dos delitos omissivos impróprios, para, em seguida, delimitar, em tese, condutas atribuíveis a determinadas autoridades na esfera estadual, ou seja, do Distrito Federal, às autoridades analisadas, aqui vistas na qualidade de garante.

Como derradeira advertência, frisa-se que o presente trabalho não fará qualquer análise sobre aspectos subjetivos de comportamentos ou juízo de valor político ou

³ GRECO, Luís. Problemas de causalidade e imputação nos delitos omissivos impróprios. São Paulo: Marcial Pons, 2018. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. São Paulo: Marcial Pons, 2018. ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio de Janeiro, n. 33, jan.-jun. 1982. VARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 15. São Paulo: Ed. RT, 1996.

⁴ E talvez seja essa a razão da ausência de trabalhos acadêmicos já publicados sobre os atos antidemocráticos.

ideológico partidário.

Delineada esta breve introdução, contextualiza-se os atos antidemocráticos ocorridos em janeiro deste ano, o conceito e a formatação constitucional do sistema de segurança público no Brasil e no Distrito Federal e os papéis dos agentes escolhidos para análise. Após, traça-se linhas gerais sobre os pressupostos de tipicidade objetiva dos delitos omissivos impróprios e toma-se uma posição sobre a possível imputação de condutas criminais das autoridades examinadas.

CONTEXTUALIZAÇÃO DOS ATOS ANTIDEMOCRÁTICOS E DELIMITAÇÃO FÁTICA

Brasília é a capital da República, fundada e desenhada para ser o centro do poder político brasileiro. Por essa razão historicamente é palco de manifestações populares de cunho político, econômico, social e cultural no país, em regra concentrados na área da Esplanada dos Ministérios, e, mais especificamente, à frente do Congresso Nacional.

A Esplanada dos Ministérios é o conjunto arquitetônico dos três poderes constituídos da República e contempla órgãos e prédios públicos da esfera federal, como as sedes das instâncias máximas do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, pilares do Estado Democrático de Direito. E por essa razão demanda a efetiva atuação das forças de segurança do Distrito Federal, unidade da federação em que está situada a capital federal do Brasil, para a garantia do livre direito à manifestação e a manutenção da ordem pública, além da preservação do patrimônio tombado pelo Brasil⁵ e pela UNESCO⁶.

Para receber, controlar e acompanhar as manifestações populares, impõe-se ao governo federal e distrital, a necessidade de estabelecimento de um modelo próprio de segurança, que demanda a atuação integrada e coordenada de instituições, órgãos e agências governamentais de defesa e inteligência.

Rapidamente, cabe esclarecer que a Segurança Pública brasileira é disciplinada pela Constituição Federal, em artigos que preconizam como o sistema é formado, além de quais instituições que o integram, além de particularidades sobre a polícia ostensiva (de ordem militar) e a polícia civil.

Note-se que a regra constitucional prevê que as polícias estaduais tenham regramento próprio, determinados por cada unidade da federação. Porém, em relação às polícias distritais, esse viés normativo é híbrido, vez que o constituinte originário previu competências exclusivas da União em legislar sobre a organização e manutenção das polícias do Distrito Federal.

⁵ http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Portaria_n_314_de_8_de_outubro_de_1992.pdf

⁶ <https://whc.unesco.org/en/list/445/>

Assim, estas Forças, Polícia Civil e Militar, estão vinculadas a Secretaria de Segurança Pública⁷, órgão da administração do Governo do Distrito Federal, todas estas instituições subordinadas ao Governador do Distrito Federal⁸.

Para os fins deste artigo e a compreensão dos fatos e problemas relacionados ao evento ocorrido em oito de janeiro de 2023, com graves atos de vandalismo e ataques à democracia, não há necessidade de adentrar o organograma das instituições já referidas.

É necessário apenas conceber que a Polícia Militar do Distrito Federal é comandada por um Comandante-Geral e está vinculada e subordinada à Secretaria de Segurança Pública, chefiada pelo Secretário de Segurança Pública. Ambos os cargos são subordinados e de livre nomeação do Governador do Distrito Federal, chefe maior desta unidade da Federação, e têm suas competências e deveres elencados em Lei.

E nesse contexto importa dizer que o Governador do Distrito Federal, Ibaneis Rocha e o Secretário de Segurança Pública, Anderson Torres foram afastados de suas funções pelo Supremo Tribunal Federal⁹ ao argumento de terem sido omissos em seus deveres na sua atuação nos atos de 8 de janeiro de 2023, e, portanto, terem cometido crime de responsabilidade na modalidade de comissão por omissão.

Entende-se enquanto crime de responsabilidade¹⁰ os atos do Governador do Distrito Federal e os atos dos secretários de governo e do Comandante da Polícia Militar, além de outras autoridades, que atentarem contra a Constituição Federal, contra a Lei Orgânica do Distrito Federal, e, principalmente, contra "I - a existência da União e do Distrito Federal; II - o livre exercício do Poder Executivo e do Poder Legislativo ou de outras autoridades constituídas; IV - a segurança interna do País e do Distrito Federal;".

⁷ Decreto nº 39.610 de 01 de janeiro de 201. Art. 31. A Secretaria de Estado da Segurança Pública do Distrito Federal **tem atuação e competência** nas seguintes áreas:

I - **integração e coordenação** das políticas, programas, projetos, ações de segurança pública e **gestão das forças de segurança do Distrito Federal**;

II - inteligência policial;

III - policiamento de trânsito; https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/d7b71f8fb3864fc0a-ec117bb1e0ea2ca/Decreto_39610_01_01_2019.html

⁸ § 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

⁹ Decisão disponível no site da Suprema Corte e no apêndice I deste trabalho. <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DECISA7710Afastagovernadoreoutrasmedidas2.pdf>

¹⁰ Artigos 101, I, II e IV e 104-A, I, II e IV da Lei Orgânica do Distrito Federal. <http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=0&txtAno=0&txtTipo=290&txtParte=>.

A omissão dolosa e conviência das autoridades da área de segurança e inteligência genericamente no âmbito do Distrito Federal identificadas pela Suprema Corte na decisão em análise foram bem expostas na decisão¹¹.

¹¹ “a) a ausência do necessário policiamento, em especial do Comando de Choque da Polícia Militar do Distrito Federal; (b) a autorização para mais de 100 (cem) ônibus ingressassem livremente em Brasília, sem qualquer acompanhamento policial, mesmo sendo fato notório que praticariam atos violentos e antidemocráticos; (c) a total inércia no encerramento do acampamento criminoso na frente do QG do Exército, nesse Distrito Federal, mesmo quando patente que o local estava infestado de terroristas, que inclusive tiveram suas prisões temporárias e preventivas decretadas.”

Especificamente, a conduta do Secretário de Segurança Pública e do Governador do Distrito Federal foram delineadas nos seguintes termos:

“O descaso e conviência do ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública e, até então, Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, ANDERSON TORRES – cuja responsabilidade está sendo apurada em petição em separado – com qualquer planejamento que garantisse a segurança e a ordem no Distrito Federal, tanto do patrimônio público – CONGRESSO NACIONAL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA e SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – só não foi mais acintoso do que a conduta dolosamente omissiva do Governador do DF, IBANEIS ROCHA, que não só deu declarações públicas defendendo uma falsa “livre manifestação política em Brasília” – mesmo sabedor por todas as redes que ataques as Instituições e seus membros seriam realizados – como também ignorou todos os apelos das autoridades para a realização de um plano de segurança semelhante aos realizados nos últimos dois anos em 7 de setembro, em especial, com a proibição de ingresso na esplanada dos Ministérios pelos criminosos terroristas; tendo liberado o amplo acesso. Absolutamente NADA justifica a existência de acampamentos cheios de terroristas, patrocinados por diversos financiadores e com a complacência de autoridades civis e militares em total subversão ao necessário respeito à Constituição Federal. Absolutamente NADA justifica a omissão e conviência do Secretário de Segurança Pública e do Governador do Distrito Federal com criminosos que, previamente, anunciaram que praticariam atos violentos contra os Poderes constituídos.”

(...) Diversos e fortíssimos indícios apontam graves falhas na atuação dos órgãos de segurança pública do Distrito Federal, pelos quais é o responsável direto o Governador do Distrito Federal, IBANEIS ROCHA, dentre os quais é possível listar, até o momento, os seguintes fatos principais: (a) os terroristas e criminosos foram escoltados por viaturas da Polícia Militar do Distrito Federal até os locais dos crimes (<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimasnoticias/2023/01/08/pm-escolta-terroristas-bolsonaristas.htm>); (b) não foi apresentada, pela Polícia Militar do Distrito Federal, a resistência exigida para a gravidade da situação, havendo notícia, inclusive, de abandono dos postos por parte de alguns policiais (<https://www.estadao.com.br/politica/policiais-do-dfabandonam-barreira-e-compram-agua-de-coco-enquantomanifestantes-invadem-stf/>); (c) parte do efetivo deslocado para impedir a ocorrência de atos violentos não adotou as providências regulares próprias dos órgãos de segurança, tendo filmado, de forma jocosa e para entretenimento pessoal, os atos terroristas e criminosos (<https://www.istoedinheiro.com.br/parados-policias-tiramfotos-enquanto-bolsonaristas-invadem-o-congresso-nacional/>); (d) Anderson Gustavo Torres foi exonerado do cargo, no momento em que os atos terroristas ainda estavam ocorrendo (<https://www.correiobraziliense.com.br/cidadesdf/2023/01/5064600-ibaneis-rocha-manda-exonerar-o-secretarioda-seguranca-anderson-torres.html>). As omissões verificadas, notadamente no que diz respeito à falta da devida preparação para os atos criminosos e terroristas anunciados, revelam a necessidade de garantia da ordem pública, pois presentes o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, inequivocamente demonstrados os indícios de materialidade e autoria, ainda que por participação e omissão dolosa, dos crimes previstos nos artigos 2º, 3º, 5º e 6º (atos terroristas, inclusive preparatórios) da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016 e nos arts. 163 (dano), 288 (associação criminososa), 359-L (abolição violenta do Estado Democrático de Direito) e 359-M (golpe de Estado), todos do Código Penal”.

O Ministro da Suprema Corte Alexandre de Moraes justifica o afastamento de ambas as autoridades por omissão dolosa “além de potencialmente criminosa”, já que os atos se “revelam como verdadeira ‘tragédia anunciada’, pela absoluta publicidade da convocação das manifestações ilegais pelas redes sociais e aplicativos de troca de mensagens, tais como *Whatsapp* e *Telegram*” e a manifesta – e possivelmente dolosa e conivente – falta de preparação por parte do poder público nas figuras analisadas.

O fundamento legal utilizado para o licenciamento temporário se deu expressamente nos termos do artigo 13 do Código Penal¹² brasileiro por existência de omissões penalmente relevantes, já que ambos omitentes aqui analisados, na visão do Ministro, deviam e podiam agir para evitar o resultado do pandemônio instaurado nos atos antidemocráticos do dia 08 de janeiro de 2023.

E este dever de agir seria inerente às funções do Governador do Distrito Federal e do Secretário de Segurança Pública, já que, tanto no Brasil, quanto na Espanha¹³, incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, específica da Lei brasileira; e c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Note-se que diante da gravidade da situação, a decisão de afastamento foi prolatada no próprio dia 8 de janeiro de 2023 em inquérito sigiloso de número 4879¹⁴, mas publicizada, resguardados os dados sensíveis, em face da excepcionalidade da situação.

¹² BRASIL. Código Penal. Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

¹³ ESPANHA. Código Penal. Artículo 11. Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

¹⁴ O INQ 4879 tramita no Supremo Tribunal Federal, está sob sigilo, salvo decisões publicizadas pelo Ministro Relator que têm maior repercussão pública. Este expediente analisa os atos antidemocráticos ocorridos em todo o país ainda antes de 08 de janeiro de 2023, como manifestações de cunho golpista, com pedidos de intervenção militar no Brasil, financiadas por setores produtivos no país. Após a ocorrência dos fatos aqui analisados a Suprema Corte entendeu pela conexão entre o objeto do Inquérito já instaurado e os atos de 08 de janeiro de 2023.

A decisão monocrática de afastamento do Governador do Distrito Federal foi referendada pelos demais componentes da Corte, por ampla maioria no dia 11 de janeiro¹⁵. O chefe da unidade da federação retornou ao cargo no dia 15 de março de 2023, por decisão do próprio Ministro Relator nos autos do Inquérito 4923¹⁶ e foi substituído por sua vice neste período.

Importante dizer que a atuação da Suprema Corte nestes fatos se deu em razão da provocação por meio da Advocacia-Geral da União - que exerce no Brasil a função de representar judicialmente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além da orientação consultiva para o Poder Executivo - em razão da ocupação de prédios públicos, da transmissão ao vivo da depredação de bens públicos por parte dos manifestantes nas redes sociais e dos atos atentatórios contra a democracia e instituições brasileiras, requerendo medidas para fazer cessar o caos instaurado, além da determinação às autoridades competentes para apuração e responsabilização civil e criminal dos atos ilícitos, inclusive agentes públicos.

Ainda, houve provocação por parte do Senador Randolfe Rodrigues, que requereu o afastamento do Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal, Anderson Torres, por sua "notória inaptidão para o exercício do cargo" e a inclusão do Governador do Distrito Federal como investigado em face do ocorrido e da falta de preparo das forças de segurança no Distrito Federal.

Neste mesmo cenário e após representação da Polícia Federal nos autos do Inquérito 4879, ainda no dia 08 de janeiro do presente ano, foi decretada pelo Ministro Alexandre de Moraes do Supremo Tribunal Federal, a prisão preventiva do Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal e do Comandante-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal.

A autoridade policial aponta elementos concretos para a decretação da prisão preventiva de ambos, com fato material probatório¹⁷.

¹⁵ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=500413&ori=1#:~:text=Por%20maioria%2C%20o%20Supremo%20Tribunal,do%20ex%2Dcomandante%2Dgeral%20da>

¹⁶ O INQ 4923 tramita no Supremo Tribunal Federal, é público e que investiga a responsabilidade de autoridades e outras pessoas pelos delitos ocorridos na Praça dos Três Poderes, em Brasília, em 08 de janeiro de 2023.

¹⁷ "a possibilidade de uma eventual omissão das autoridades pública que tinham o dever legal de agir e eventualmente se omitiram, mesmo diante das informações que alertavam para os fatos vindouros, bem como das imagens que mostraram os manifestantes se deslocando do QG-Ex para a Praça dos Três Poderes, permitindo que tamanho dano tomasse forma". "No caso dos atos ocorridos em 8/1/2023, há fortes indícios de que as condutas dos terroristas criminosos só puderam ocorrer mediante participação ou omissão dolosa - o que será apurado nestes autos - das autoridades públicas mencionadas. Em momento tão sensível da Democracia brasileira, em que atos antidemocráticos estão ocorrendo diuturnamente, com ocupação das imediações de prédios militares em todo o país, e em Brasília, não se pode alegar ignorância ou incompetência pela OMISSÃO DOLOSA e CRIMINOSA."

Após o afastamento das autoridades em exame, além da prisão do Secretário de Segurança Pública e do Comandante-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal, ambos atualmente em liberdade provisória, foi decretada pelo Presidente da República a intervenção federal na segurança pública do Distrito Federal, por meio do Decreto n. 11.377/2023, para “pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública no Distrito Federal, marcado por atos de violência e invasão de prédios públicos”.¹⁸

A apuração das responsabilidades por crimes omissivos próprios destas três autoridades está sendo feita no âmbito do Inquérito 4923, que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, que é público e, por óbvio, ainda não conta com qualquer conclusão pelo frescor dos fatos e ausência de tempo hábil para tanto.

Por isso as decisões trazidas a este artigo são apenas o ponto de partida para uma análise sobre linhas gerais dos pressupostos objetivos dos crimes comissivos por omissão para uma tomada de posição sobre eventual imputação de responsabilidade criminal sobre tais agentes públicos nos crimes ocorridos nos atos antidemocráticos ocorridos em 08 de janeiro de 2023.

ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS DE TIPICIDADE OBJETIVA DOS DELITOS OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Pelo fato dessas breves linhas não comportarem revisão, mesmo que panorâmica, de notas introdutórias sobre os crimes omissivos e dos critérios materiais para a determinação da posição de garantidor e suas espécies, enfrenta-se especificamente o tema central deste trabalho: avançar sobre os pressupostos da tipicidade na omissão imprópria para examinar eventual responsabilidade penal das autoridades supostamente omitentes.

Para isso, é necessário tornar claro que afirmar uma posição de garantidor e fornecer os critérios para a determinação de uma conduta juridicamente esperada é apenas o passo inicial em eventual imputação dos garantidores nas figuras do Governador do Distrito Federal; Secretário de Segurança Pública do Distrito Federal e; Comandante-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal, subordinados entre si inversamente na ordem descrita.

Se é verdade que posição de garantidor é *conditio sine qua non* para a punibilidade por omissão imprópria, os passos seguintes não são tão firmes.

Diversas são as soluções apresentadas no que tange aos critérios necessários para sua punibilidade. Se por um lado isso incentiva a produção científica, por outro traz uma série

¹⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11377.htm

de inconvenientes diante da insegurança jurídica sobre quais requisitos devem ser comprovados para fins de responsabilização¹⁹ em que cada autor defende seu modelo e a jurisprudência é completamente alheia a tais debates, decidindo casuisticamente²⁰.

Mesmo assim, parece ser possível identificar e sintetizar controvérsias e pontos de partida das discussões travadas no âmbito da imputação jurídico-penal, dado que na omissão imprópria se está a tratar da equiparação da conduta ativa e a relação do sujeito responsável com o resultado por ele produzido por meio de um não agir previamente imposto²¹, na análise das relações entre as omissões e o resultado típico.

Tendo em vista as várias proposições teóricas, adotar-se-á, para fins metodológicos, a proposta restritiva de configuração do tipo objetivo, atualizados pela contemporânea dogmática penal com a renovação do conteúdo da causalidade e pelos critérios normativos de imputação objetiva nos termos do funcionalismo teleológico de Roxin, em detrimento do modelo de responsabilização clássica/tradicional.

Neste último arranque, oferece-se um panorama dos pressupostos da tipicidade objetiva para exame hipotético de eventual responsabilidade nos crimes cometidos nos atos de 08 de janeiro e 2023, quais sejam: a) situação de perigo para o bem jurídico tutelado; b) omissão da ação devida; c) resultado típico; d) posição de garantidor; e) possibilidade de atuar para evitar o resultado. E é sobre cada um desses requisitos que se passa a discorrer.

Não se tem aqui qualquer pretensão de completude por todas as nuances sobre as investigações deste evento sem precedentes que já foram postas até aqui. Há um desejo de que talvez esta pesquisa possa servir de referência inicial para os aprofundamentos que serão necessários quando do fim das investigações e início das ações penais pertinentes, além da produção acadêmica que certamente virá.

¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Trad. Alaor Leite. In. SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 160 e ss.

²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Trad. Alaor Leite. In. SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 160 e ss.

²¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Trad. Alaor Leite. In. SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 163.

SITUAÇÃO TÍPICA DE RISCO

A punibilidade de crime omissivo impróprio consumado pressupõe a existência de um resultado. Dada a menção de forma expressa da palavra *resultado* positivada no §2º do artigo 13 do Código Penal brasileiro²², há quem se questione se apenas as figuras típicas exigem um resultado naturalístico poderiam ser praticadas na forma omissiva imprópria.

E aqui existem essencialmente dois pontos de vista: que a omissão imprópria é punível apenas diante de um crime atrelado a um resultado naturalístico²³ ou que a expressão resultado se refere a qualquer acontecimento típico, entendida enquanto a lesão ou a colocação em perigo de bens jurídicos, sendo uma “afetação na situação de tranquilidade do bem jurídico protegido”²⁴.

E desde que se passou a compreender o tipo como descritor de condutas perigosas para bens jurídicos²⁵, é fácil concluir que o termo resultado é a afetação do bem jurídico em todos os crimes, mesmo praticados na forma tentada, têm esse resultado por definição: lesão ou perigo concreto ou abstrato ao bem jurídico.

Assim, é possível sustentar que o dever de agir para evitar o resultado possa se traduzir, em determinado caso concreto, como aqui se propõe, no dever de evitar que um terceiro, na iminência de praticar ação típica, afete o bem jurídico.

Assim, a configuração da situação típica que ativa o dever de agir concreto se dá com o perigo de ocorrência do resultado²⁶, um perigo que, sem interferência, conduzirá ao resultado típico.

No que interessa ao estudo do pressuposto de punibilidade ora analisado, a situação típica que aciona o dever concreto de agir do garantidor coincide com o início da

²² § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

²³ RODRIGUEZ, Victor Gabriel. Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010, p. 215-216+.

²⁴ O conceito de resultado abrange a lesão ou perigo, presentes até mesmo nos crimes omissivos próprios. JAKOBS, Günther. Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras et al. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito penal. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2007, p. 915.

²⁵ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3.

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito penal. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2007, p. 927.

tentativa na omissão²⁷, a partir da existência de um perigo direto para o bem jurídico. A partir desse momento, tem o garantidor o dever de agir para evitar o resultado, não estando afastada a possibilidade de uma intervenção posterior no sentido do cumprimento do dever de agir²⁸.

POSIÇÃO DE GARANTIDOR

A figura do garante foi tratada rapidamente em tópico anterior, embora não exaustivamente em razão das limitações deste trabalho.

Como visto, o artigo 13, §2º, do Código Penal oferece os parâmetros legais para a verificação deste dever, que caberá àqueles que detenham a obrigação legal de evitação do resultado, ou que tenham assumido a responsabilidade de impedi-lo, ou, por fim, que tenham, com sua prévia atuação, criado o risco de ocorrência do resultado.

O sujeito a quem se pretende imputar um resultado por ter se omitido, além de ser considerado garante, deverá possuir o dever jurídico de evitar o resultado, aqui considerado como gênero das espécies de dever legal ou outro, com probabilidade próxima da certeza.

Este último requisito é bastante subjetivo, pois difícil é cravar, objetivamente, quando o garante tinha reais condições de evitar o resultado. E neste ponto a equiparação com os delitos comissivos sofre grande desajuste e desproporção.

Afinal, para a pretensão de punir alguém por ter praticado atos dolosos com a finalidade de ofender determinado bem jurídico, é necessário o início dos atos de execução. E se assim o é, pune-se o omitente por um resultado apenas através de juízos valorativos hipotéticos²⁹.

De qualquer sorte, cabe repisar para fins didáticos da compreensão deste elemento objetivo da tipicidade dos crimes omissivos impróprios, que garante é aquele que deve evitar o resultado. E esta situação de dever deriva do preenchimento do pressuposto da figura de garante, como já visto anteriormente.

²⁷ KAUFMANN, Armin. Dogmática de los delitos de omisión. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 217,.

²⁸ ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 243.

²⁹ PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri. São Paulo: Manoel, 2004, p. 79-98.

OMISSÃO DE UMA CONDUTA DETERMINADA E EXIGIDA DE EVITAÇÃO DO RESULTADO APESAR DA CAPACIDADE FÍSICO-REAL DE REALIZAR O COMPORTAMENTO

Além dos requisitos anteriormente tratados, aponta-se ainda como pressuposto de tipicidade nos crimes omissivos impróprios a possibilidade real de atuar para se evitar o resultado danoso ao bem juridicamente tutelado.

Nesse ponto, rememore-se que ao Direito não cabe exigir que para se evitar determinado resultado, aquele que tenha o dever se sacrifique para salvar o bem jurídico alheio. Assim, o que se impõe, é a premente vedação à lei de impor deveres faticamente impraticáveis. E quando inexistente a possibilidade de agir não se opera “um poder de controle exigível ao omitente, porque a obrigação de proteção não pode implicar a eliminação do próprio obrigado, o que lhe retira a qualidade de garantidor”³⁰.

Note-se que a possibilidade de agir difere completamente da capacidade individual de realizar a conduta exigida pela norma.

A possibilidade de agir está ligada ao desvalor do resultado em relação à sua evitação, cingindo-se a condições psicofísicas de realizar a ação mandada pela norma. E essa possibilidade de evitar o resultado é pressuposto da posição de garante, embora não seja seu limite³¹.

Partindo dessa premissa, a possibilidade está dividida em dois elementos, sem os quais não é possível sequer se analisar se o sujeito possuía ou não o dever de garantia: a) a possibilidade física real de evitação; b) os pressupostos intelectuais da idoneidade da evitação³².

Ou seja, não se pode garantir a proteção de um bem jurídico além do que permite o limite da própria realidade, utilizando-se de um juízo hipotético a ser verificado no caso em concreto com base nos conhecimentos do sujeito obrigado, em nível de probabilidade, de que a ação que deveria ser realizada evitaria a lesão com um grau de segurança próximo aos limites da certeza³³.

Em um segundo momento, o primeiro elemento intelectual seria o conhecimento da tipicidade, sendo a percepção de que com determinada omissão um bem ju-

³⁰ TAVARES, Juarez Teoria do crime culposo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 489.

³¹ BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. Buenos Aires: Pannedille, 1969, p. 111.

³¹ BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. Buenos Aires: Pannedille, 1969, p. 125.

³¹ BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. Buenos Aires: Pannedille, 1969, p. 125.

rídico possa vir a ser lesionado³⁴, uma consciência concreta da ação requerida pela norma mandamental. E m seguida, cabe analisar o potencial conhecimento dos meios aptos para realizar a ação mandada pelo ordenamento jurídico, a idoneidade da atuação para se evitar o resultado não se altera com o conhecimento do sujeito dos meios de agir, reservando-se essa questão tão somente para a análise da culpa ou do dolo³⁵. Entretanto, os meios que pela situação fática do agente não se possa implementar, não podem conduzir à conclusão pela possibilidade de atuar.

A exigência da possibilidade de agir não está relacionada com a tipificação de condutas omissivas, mas antes se apresenta como condição sem a qual se torna impossível o processo de imputação do resultado, no caso da omissão imprópria. Trata-se de critério por meio do qual se analisa a realização do risco do resultado, haja vista a possibilidade de agir referir-se à evitação do resultado³⁶.

NEXO DE CAUSALIDADE

Ao lado da corrente dita tradicional, há outro grupo de propostas que exige para a configuração do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios além dos requisitos tradicionais, conforme elencados acima, a necessidade do exame da relação de causalidade entre a conduta omitida e o resultado, além de sua limitação de regresso *ad infinitum* por critérios normativos de imputação objetiva³⁷, que veremos no tópico a seguir.

A teoria da causalidade se insere como elemento da teoria do fato punível. No decorrer da história da dogmática penal, as escolas muito debateram se deveria ser ela integrante da teoria da conduta ou da teoria do tipo. Roxin, incluindo-a no âmbito do tipo objetivo, deixa evidente que sua teoria da imputação parte do nexo de causalidade quando assevera que *"la teoría del nexo causal es (...) el fundamento de toda la imputación al tipo objetivo"*³⁸.

O primeiro pressuposto para compreender como configurado um tipo objetivo material é, portanto, que o sujeito ativo tenha, por obra sua, causado o resultado juridicamen-

³⁴ BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. Buenos Aires: Pannedille, 1969, p. 127.

³⁵ BACIGALUPO, Enrique. Delitos improprios de omisión. Buenos Aires: Pannedille, 1969, p. 127.

³⁶ TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 354.

³⁷ ROXIN, Claus. Derecho penal: Parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañón; Miguel Díaz y García Conlledo; e Javier de Vicente Ramesal. Madrid: Civitas, 2014, p. 815.

³⁸ ROXIN, Claus. Derecho penal: Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2001, p. 346.

te proibido. Em outras palavras, sem causalidade não há que se falar em imputação³⁹.

Com base no exposto, tem-se por dispensável a análise preliminar, ainda que perfunctoriamente, das teorias da causalidade, para verificar desde já aplicabilidade da teoria de Roxin aos delitos omissivos impróprios pelas limitações próprias deste trabalho.

O autor segue a linha que defende que as omissões sejam causais para o resultado, sendo as mesmas típicas quando concorram a posição de garantidor e a ação mandada pudesse evitar o resultado⁴⁰.

Mesmo aqueles que negam à omissão a causalidade por considerá-la como força eficiente, a reconhecem na forma de quase-causalidade com os mesmos requisitos da causalidade clássica. Em se admitindo a causalidade como lei natural, conforme a teoria de Engisch⁴¹, poder-se-ia compreendê-la na omissão como condição negativa do resultado, isto é, que ao invés de produzir positivamente, não evita algo.

A despeito de Roxin admitir a possibilidade de imputação de um resultado sem causalidade⁴², desde que concorram os demais pressupostos legais e normativos, o autor reconhece possível acolher o conceito de causalidade na omissão, como condição conforme leis naturais, sem reparos. Nada obstante tal consideração, deve-se ter em conta que esta apresenta, na própria teoria da Engisch⁴³, diferenças substanciais da causalidade na ação. Enquanto nesta se supõe a condição conforma as leis entre o comportamento atribuível a alguém e o resultado; na omissão, a conexão se dá entre a omissão da ação mandada e o resultado.

Sabe-se que existem insuficiências da teoria da causalidade em si considerada para oferecer respostas teóricas e práticas para o problema da imputação do resultado. No entanto, tende-se, assim como Roxin, a considerar que a causalidade é pressuposto de todo o processo de imputação do resultado.

³⁹ Hans-Joachim. Causalidad e imputación objetiva. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2006, p. 14. JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de derecho penal: parte general. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. Granada: Comares, 2002, p. 297. Ainda WESSELS, Johannes. Direito penal: parte geral. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 40.

⁴⁰ ROXIN, Claus. Problemas da causalidade intermediada psiquicamente. Trad. Augusto Assis. In: ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal. Org. Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 167.

⁴¹ ENGISCH, Karl. La causalidad como elemento de los tipos penales. Trad. Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

⁴² ROXIN, Claus. Derecho penal: Parte general. Tomo II – Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañón; Miguel Díaz y García Conlledo; e Javier de Vicente Ramesal. Madrid: Civitas, 2014, p. 768.

⁴³ ENGISCH, Karl. La causalidad como elemento de los tipos penales. Trad. Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

Sabe-se que critério precisa de correções, pois, o critério da probabilidade próxima aos limites da certeza esbarra em uma série de inconvenientes. Os critérios para a limitação da causalidade seriam encontrados na teoria da imputação objetiva, especificamente ao considerar que, no caso dos crimes omissivos impróprios, a ação omitida teria, ao menos, diminuído o risco de produção do resultado⁴⁴.

IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A atribuição da responsabilidade nos crimes omissivos impróprios não pode se contentar apenas com a causalidade, apesar de que, segundo a opinião aqui consignada, essa seja imprescindível no processo de imputação. Requer, igualmente, para o perfazimento do tipo objetivo, outros elementos normativos tendentes a corrigir os excessos dogmáticos proporcionados pela teoria da condição.

É por este motivo que a teoria da imputação objetiva reaparece em sua moderna conformação. Trata-se de valorar e limitar a causalidade a fim de que essa possa ser atribuível a alguém, dentro dos limites de um tipo penal, como obra sua. Enuncia a imputação objetiva os pressupostos e requisitos que fazem com que uma causação seja objetivamente típica⁴⁵.

Cabe aqui lembrar que, em seu significado prático, tal teoria não se restringe a atribuir a responsabilidade, mas, antes disso, serve para restringi-la e limitá-la tendo em vista a potencialidade arbitrária e discricionária do poder punitivo⁴⁶.

Sinteticamente, pois um breve panorama da teoria da imputação objetiva demandaria mais páginas do que o disponível, sintetiza-se as ideias de Roxin: “um resultado causado pelo agente só se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criar um perigo para o bem jurídico não coberto por um risco permitido e esse perigo também se realizou no resultado concreto”⁴⁷.

Vê-se, portanto, que o conceito de imputação é restritivo. Isto é, a conduta somente será imputada caso, além de criar ou incrementar um risco de lesão ou de perigo a um bem jurídico verificável empiricamente no resultado, esse não esteja abarcado no âmbito do juridicamente permitido.

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’, op. cit., p. 42.

⁴⁵ GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva. São Paulo: RT, 2013, p. 19. No mesmo sentido ROXIN, Derecho penal (Tomo I), op. cit., 2006, p. 363.

⁴⁶ TAVARES, Juarez. Teoria del injusto penal. Buenos Aires: B de F, 2010, p. 271.

⁴⁷ ROXIN, Claus. Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal. In. ROXIN, Claus. Problemas fundamentais do direito penal. Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa: Vega, 2004, p. 148.

Para a aceitação do incremento do risco como critério normativo determinante para a atribuição da responsabilidade por omissão imprópria, parte-se do pressuposto de ser impossível determinar com a certeza exigida pela teoria da evitabilidade se a ação omitida, hipoteticamente, seria passível de ter evitado o resultado⁴⁸.

O critério da probabilidade próxima aos limites da certeza, segundo Gimbernat, se efetivamente aplicado pela jurisprudência, tornaria muito difícil a responsabilização de alguém por um delito omissivo impróprio consumado, uma vez que apenas se pode dizer que se o omitente tivesse atuado provavelmente teria evitado o resultado, não se podendo ter certeza⁴⁹.

Ocorre que tanto a probabilidade próxima aos limites da certeza quanto a teoria da diminuição do risco operam com critérios estatísticos e não com a segurança exigida nos delitos de ação. A diferença é que a primeira requer um juízo de probabilidade maior que a segunda⁵⁰.

TOMADA DE POSIÇÃO PELA EVENTUAL RESPONSABILIDADE DAS AUTORIDADES RESPONSÁVEIS PELA SEGURANÇA PÚBLICA NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL EM CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS NOS ATOS DE 08 DE JANEIRO

Nos itens anteriores, buscou-se tecer algumas breves notas quanto aos pressupostos objetivos de imputação dos crimes omissivos. Tudo isso com o fito de apenas introduzir e situar a discussão a que ora se lança, em raciocínio dedutivo do que até aqui foi enunciado de forma geral e abstrata quanto à figura da omissão imprópria: o crime omissivo impróprio nas figuras das autoridades do Distrito Federal responsáveis pela segurança pública de forma genérica, mas ainda especificamente sobre os atos e crimes ocorridos na capital federal no dia 08 de janeiro de 2023.

Para tanto, aplicar-se-ão a essa situação específica as noções acima trabalhadas, o que, novamente, aqui se faz ainda a título meramente hipotético e teórico.

VERIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO TÍPICA DE RISCO

Considerando a cronologia feita inicialmente, não parece haver dificuldades para a identificação de uma situação típica de risco nos atos antidemocráticos. Contudo, um

⁴⁸ GIMBERNAT ORDEIG, La causalidad en la omisión impropia y la llamada 'omisión por comisión', op. cit., p. 45.

⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, La causalidad en la omisión impropia y la llamada 'omisión por comisión', op. cit., p. 45.

⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, La causalidad en la omisión impropia y la llamada 'omisión por comisión', op. cit., p. 51.

ponto para maior aprofundamento certamente seria o de *quando* esta situação foi verificada pelo Governo do Distrito Federal, pela Secretaria de Segurança Pública e pelo Comando-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal.

A decisão de afastamento do Governador do Distrito Federal aduz que todas as autoridades citadas tiveram conhecimento prévio da pretensa manifestação e as reais intenções da horda diante das informações divulgadas amplamente pela mídia brasileira, além de efetivo acompanhamento e proteção deste séquito.

Por óbvio que com as informações divulgadas e utilizadas neste trabalho, não se pode estabelecer um marco temporal que ateste, de forma indubitável, o momento específico de ciência das intenções e potenciais crimes e danos ocorridos por parte das autoridades responsáveis pela segurança pública no Distrito Federal. No entanto, tudo leva a crer que essas informações existam nos autos da investigação ainda sigilosa.

Assim, parte-se do pressuposto que é possível determinar, com um bom grau de certeza, houve, por parte das autoridades, verificação prévia do início da situação típica de risco diante de iminente colapso da segurança pública acompanhado de perto pelo sistema de segurança pública do Distrito Federal, suficiente para se verificar uma ameaça concreta ao patrimônio público, à segurança pública e à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Estas ameaças concretas aos bens jurídicos indicados, conhecidas amplamente e disponíveis em fontes abertas, então, inauguram para estes agentes garantidores o dever de praticar determinadas condutas nas suas devidas esferas de atuação a fim de resguardá-los.

Ao final, não parece haver dúvidas que, com base na documentação examinada e nas informações disponíveis, verificou-se uma situação típica de risco a partir do conhecimento prévio das autoridades da iminência de uma falsa manifestação com fins escusos já indicados.

OMISSÃO DE UMA CONDUTA DETERMINADA E EXIGIDA DE EVITAÇÃO DE UM RESULTADO APENSAR DA CAPACIDADE FÍSICO-REAL DE REALIZAR O COMPORTAMENTO

Diante desses fatores a causalidade nos crimes omissivos impróprios tem caracteres peculiares.

Quanto a esse aspecto, nos parece indene de dúvida que as autoridades indicadas teriam efetivo poder e intrínseco dever, além da capacidade de ação, de evitar os re-

sultados ocorridos no dia 08 de janeiro de 2023.

Não obstante, como visto previamente, não basta que haja um dever de ação genérico. Deve-se, diante do caso concreto, analisar qual conduta específica seria demandada ao agente a fim de se evitar o resultado. Ademais, também é necessário verificar se este mesmo agente teria a capacidade físico-real de realizar essa conduta, bem como se, sob um aspecto normativo, a conduta estaria ao seu alcance.

De antemão, parece extrapolar os objetivos deste trabalho a identificação desta conduta determinada, cabendo aos órgãos que investigam o fato eventualmente chegar a esta conclusão, por se tratar de matéria essencialmente fática.

De todo modo, a priori, parece lícito concluir que havia condutas ao alcance das autoridades de segurança pública aqui analisadas à época dos fatos. Não obstante – e aqui, possivelmente, pode residir a omissão –, o ponto a ser aprofundado é se estas medidas foram adotadas tempestivamente, ou, ainda, se havia outras medidas que poderiam e deveriam ter sido providenciadas, mas não o foram.

Todas as figuras indicadas tinham, dentro das suas esferas de atribuição ou de seu raio de ação de comando, quer seja do governador em relação à secretaria, da secretaria em relação ao comando-geral, ou do comando policial em relação às tropas empregadas, possuíam o dever de interromper o encadeamento causal que levou aos atos antidemocráticos.

O que se pode depreender das decisões de afastamento e prisão anexas a este trabalho e citadas no delineamento fático, todos estavam conscientes previamente das etapas do processo causal que levou à consumação dos crimes previstos nos artigos 359-L (abolição violenta do Estado Democrático de Direito), 359-M (golpe de Estado), 163, parágrafo único, I, II, III e IV (dano qualificado pela violência e grave ameaça, com emprego de substância inflamável, contra o patrimônio da União e com considerável prejuízo para a vítima), todos do Código Penal, bem como no artigo 62, I, da Lei nº 9.605/1998 (deterioração de patrimônio tombado).

Conforme exposto, os eventos criminosos protagonizados pela horda antidemocráticas foram encadeados de forma sucessiva em direção aos resultados lesivos: a) instigação de levante popular; b) arregimentação de pessoas dispostas à tomada violenta do poder; c) deslocamento da turba antidemocrática à capital federal com o manifesto propósito de “tomada de poder”; d) início da superação de barreiras policiais, que aparentemente, não ofereceram resistência e com alguma expectativa de adesão das tropas estatais à horda.

E esse panorama era de conhecimento prévio das autoridades examinadas, o que lhes tornaria aptos a identificar e interromper o curso de causalidade que levou aos resultados lesivos verificados no evento danoso.

Essa leitura guarda consonância com os parâmetros de dever legal de atuação definidos no tópico inicial de cognição sobre os fatos em análise e sobre as atribuições das figuras indicadas, que têm em comum a atuação para preservação da ordem pública, especialmente diante de situações de risco para obstar a concretização de danos e diante da previsibilidade dos danos em razão das atividades de inteligência e monitoramento inerentes às suas funções.

E nesse ponto havia, ao menos em tese, a possibilidade efetiva interrupção do curso causal diante da ciência dos eventos criminosos em sua sucessão em tempo hábil para ação de cada um deles, em suas devidas esferas de atuação, por ação individual, dado o potencial exercício de poderes de comando, ou conjunta. No entanto, de acordo com a decisão analisada, abstiveram-se. Talvez por estarem conluiados para a materialização dos atos antidemocráticos. Até o momento, não se sabe. Assim, não é possível cravar a existência efetiva desse pressuposto.

CAUSALIDADE

Há duas teorias concorrentes para análise de causalidade na omissão: a teoria da evitabilidade e a teoria da diminuição do risco, predominante a primeira. Considerando que as premissas do pressuposto imediatamente anterior sejam verdadeiras, há, ao menos em tese, identificação de conduta determinada e exigida de evitação do resultado no caso em concreto.

Atribuir o resultado proscrito à omissão exige a constatação não de uma causalidade física entre ela e a lesão jurídica, mas de uma causalidade hipotética, consistente na possibilidade fática e concreta que o sujeito teve de evitar o resultado⁵¹.

No âmbito do juízo hipotético, considera-se que há nexos normativo entre a omissão e o resultado lesivo nos casos em que se afigura como muito provável a hipótese de que, se o sujeito tivesse praticado a conduta devida, a lesão jurídica não se teria verificado⁵².

Trata-se de uma análise de que diante de um caso posto, a ação esperada e não praticada teria interferência satisfatória no resultado. E é aqui que o judiciário deve se

⁵¹ MUÑOZ CONDE, F.; ARÁN, M. G., *Derecho Penal: Parte General*, 8ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 243-244.

⁵² Aqui, na análise de nexos de causalidade entre o atuar omissivo e o resultado produzido, se socorre ao caso Madrid Arena, que se debruça sobre o tema. STS, nº805/2017.

deter quando da análise do nexo de causalidade para imputação de responsabilidade penal das autoridades aqui examinadas: a ausência de ação preventiva da Polícia Militar, mesmo diante de inúmeras informações prévias do levante popular, deixou uma ameaça abstrata de lesão de bens jurídicos transformar-se em risco concreto aos bens jurídicos coletivos realizado nos atos antidemocráticos.

Em outras palavras, houve incremento do risco aos bens jurídicos coletivos como consequência do comportamento omissivo por parte das autoridades investigadas por não levarem a cabo as manobras mais elementares de policiamento ostensivo diante das informações que possuíam, sendo este o dado valorativo declarado e provado nas sentenças analisadas.

A análise de causalidade específica demandará intensa produção probatória quanto aos crimes previsto nos artigos 359-L (abolição violenta do Estado Democrático de Direito), 359-M (golpe de Estado), com a identificação dos danos efetivamente impostos aos bens jurídicos tutelados por estes crimes e a comprovação de que estes decorreram alegadamente em decorrência das possíveis omissões das autoridades responsáveis pela segurança pública do Distrito Federal.

Claro que em relação aos danos ao patrimônio público e histórico a comprovação desse nexo de causalidade parece ser mais elementar, diante da realização de um relatório preliminar de vistoria dos bens culturais afetados por vandalismo na Praça dos Três Poderes, elaborado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, vinculado ao Ministério da Cultura⁵³.

Assim, os resultados típicos deverão ser analisados individualmente em relação às competências e funções de cada uma das instâncias examinadas. Uma análise genérica de causalidade não será suficiente, embora possa-se apontar em exame prognóstico para o preenchimento deste requisito.

IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Em tópico anterior foram apresentados, de forma sintética, os pressupostos para a realização da imputação objetiva no caso em concreto.

Pois bem.

Na delineação fática e contextualização dos fatos, foi demonstrada, em tese, situação típica de risco à incolumidade pública ou os diversos bens jurídicos titularizados pela

⁵³ Apêndice III.

sociedade brasileira em razão da iminência de realização de ato de manifestação revestido de caráter antidemocrático.

A princípio, sob o ponto de vista criminal, não parece razoável atribuir a tensão de parte da população brasileira quanto ao cenário fático-causal que levou aos atos danosos praticados em 08 de janeiro de 2023. Por outro lado, mostra-se pertinente a indicação, ao menos hipotética, sobre um incremento do risco previamente verificado.

Nessa esteira, propõe-se o seguinte raciocínio: considerando o panorama apresentado dos atos extremistas que já vinham ocorrendo desde as eleições presidenciais em outubro de 2022, bem como a necessidade premente da adoção de medidas por parte dos atores públicos escolhidos neste trabalho para obstar ou ao menos mitigar eventuais danos anunciados previamente - com informações disponíveis em fontes abertas e provavelmente analisadas pelos sistemas de inteligência a eles vinculados -, é possível concluir que a suposta não adoção tempestiva de medidas é uma condição omissiva incrementadora do risco proibido.

Com efeito, tendo em vista que se tratava de uma situação que colocava em risco a ordem, patrimônio e a incolumidade pública em meio a um cenário público de crise institucional, era previsível e possível real e concretamente a realização de risco de dano aos bens jurídicos indicados diante da ausência de ação devida das autoridades de segurança.

Não se vislumbra razões jurídicas, ao menos por enquanto, para considerar que os resultados analisados não tenham se dado dentro do alcance normativo do tipo⁵⁴.

Por fim, conclui-se pela possibilidade jurídica de imputação objetiva do resultado danoso às autoridades responsáveis pela Segurança Pública do Distrito Federal.

POSIÇÃO DE GARANTE

O *status* de garantidor do núcleo de autoridades de segurança pública no âmbito do Distrito Federal está destacado em dispositivos legais e constitucionais⁵⁵, que deveria

⁵⁴ GRECO, Luís. Um panorama da teoria da imputação objetiva - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 105.

⁵⁵ Decreto nº 39.610 de 01 de janeiro de 2019. Art. 31. A Secretaria de Estado da Segurança Pública do Distrito Federal **tem atuação e competência** nas seguintes áreas:

I - **integração e coordenação** das políticas, programas, projetos, ações de segurança pública e **gestão das forças de segurança do Distrito Federal**;

II - inteligência policial;

III - policiamento de trânsito; https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/d7b71f8fb3864fc0a-ec117bb1e0ea2ca/Decreto_39610_01_01_2019.html

adotar as providências necessárias para obstar a concretização dos danos ocorridos.

Depreende-se ainda do texto que Ademais, a posição de garante pode decorrer de uma função de vigilância que recai não apenas sobre um específico bem jurídico, mas também sobre uma ampla “fonte de perigo, em relação a qualquer bem jurídico que por ela possa ser ameaçado”⁵⁶.

É por isso que se fala doutrinariamente, em relação às forças de segurança, neste caso subordinadas a uma secretaria específica, vinculada ao Governo do Distrito Federal, de um dever legal de ação para contenção de danos com roupagem própria. A segurança pública, por meio das forças policiais devem promover vigilância global sobre potenciais fontes de risco que ameacem a incolumidade pública ou os diversos bens jurídicos titularizados pelos membros da sociedade.

Esse caráter permanente do dever de proteção e vigilância dirigido às forças de segurança em relação a fontes de risco à incolumidade das pessoas e do patrimônio, bem como à ordem pública, decorre da Constituição Federal, art. 144, caput e §5º.

E é sob esse viés que se verifica, ao menos em tese, que as autoridades analisadas ostentam uma “posição de garante como consectário direto do vínculo institucional do omitente”⁵⁷, por serem integrantes de organismo de segurança pública, que têm deveres estatais em agir para identificar e impedir danos graves ou irreparáveis, em caráter preventivo e ostensivo. E tais ações preventivas devem ser pautadas por informações disponíveis que permitam, em juízo hipotético, identificar riscos à incolumidade pública.

Dessa forma, cotejando o arcabouço normativo, bem como considerando que o Governador do Distrito Federal é a autoridade máxima da unidade da federação em que se situa a capital do Brasil, a Secretaria de Segurança está a ele subordinada e a Polícia Militar é a essa repartição submissa, entende-se, que, ao menos em tese, deveriam agir para, às vésperas do fato, retirar a fonte de perigo de lesão à incolumidade pública e aos Três Poderes da República enquanto Regime Democrático, dentre outras, são atribuições a eles exigíveis.

No ponto verifica-se a exigibilidade não apenas pelo aspecto formal, mas também sob um aspecto material, haja vista que o contexto fático permite aferir que estas autoridades exerciam, efetivamente e em suas esferas de domínio, subordinadas umas

⁵⁶ ZAPATER, Enrique Bacigalupo; QUIROGA, Jacobo López Baria de. **Contestaciones al programa de Derecho Penal: Parte General**. 2ª Ed. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 390.

⁵⁷ ZAPATER, Enrique Bacigalupo; QUIROGA, Jacobo López Baria de. **Contestaciones al programa de Derecho Penal: Parte General**. 2ª Ed. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 402.

às outras, domínio sobre as providências que seriam ou não adotadas no âmbito da segurança pública a ser adotada quando das manifestações convocadas e realizadas no dia 08 de janeiro de 2023.

Com efeito, não se está a concluir que pessoalmente tais autoridades, pessoalmente, devam se ocupar de todas essas e tantas outras funções das seções públicas que comandam. É evidente que há nesta cadeia de comando, assim como em qualquer estrutura complexa, delegação de tarefas e funções. E a delegação⁵⁸ de tarefas e funções surge como ferramenta imprescindível para a estrutura estatal, especialmente em uma estrutura vertical, como é o caso que se analisa.

Sendo objeto da delegação funções integrantes do papel de garantidor, há repartição dessa figura e multiplicação dos agentes garantidores, cada um respondendo pela parcela da responsabilidade que lhe tiver sido materialmente confiada⁵⁹. Assim, o agente que delega funções não se exonera da sua condição de garantidor, conferindo, na prática, outros deveres ao garantidor originário, neste caso, o Governador do Distrito Federal, como a emissão de instruções, supervisão e fiscalização, dentre outros.

Para os fins propostos neste trabalho, não há espaço para as valiosas discussões acerca dos limites e efeitos da delegação, tampouco às questões atinentes ao princípio da confiança.

Por ora, bastará que se possa estabelecer as seguintes premissas: (i) Havia uma situação típica de risco relacionada à iminência da realização de manifestações com o claro intento de abolir o Estado Democrático de Direito por meio de invasão a prédios públicos, sedes dos poderes executivo, legislativo e judiciário; (ii) Considerando o contexto de realização sistemática de atos antidemocráticos desde a realização das eleições em 2022, a publicidade dos atos de 08 de janeiro e o cenário de risco já delineado, a adoção de providências destinadas a salvaguarda da ordem pública e o patrimônio público e histórico, tornou-se exigível àqueles que detinham a responsa-

⁵⁸ "La delegación es una técnica a través de la cual quien la acciona (delegante) tiene la posibilidad de 'descargarse' de sus funciones y competencias iniciales traspasándolas o transfiriéndolas a otra persona (delegado). Con ella, tiene lugar una transformación de las esferas de responsabilidad individual tanto del sujeto delegante como del delegado". MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones. *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidade de Santiago de Compostela, v. XXXV, 2015. p. 742. Rodríguez Mesa ressalta que a delegação de tarefas pode ser exatamente um meio para que se cumpra, de maneira mais efetiva, a obrigação de tutela dos bens jurídicos e também da obrigação de controle da fonte de perigo. RODRÍGUEZ MESA, María José. La Atribución de Responsabilidad en Comisión por Omisión. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 128.

⁵⁹ ESTELLITA, Heloísa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 148.

bilidade de executá-las; (iii) Levando em conta as atribuições legais e constitucionais das autoridades indicadas, atreladas ao quadro fático, pode-se considerar que a adoção das providências supracitadas constituía em deveres que lhe eram, em teoria, juridicamente exigíveis.

A partir dessas premissas, vislumbra-se que ao Governador, o Secretário de Segurança Pública e o Comandante-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal, poderia, em tese, ser oponível um dever especial de garantia enquanto pressuposto objetivo típico de eventual responsabilidade penal nos atos em exame.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da omissão imprópria mostra-se cada vez mais necessário na medida em que a complexidade das estruturas de poder, públicas ou privadas, tem gerado cada vez mais hipóteses de eventual responsabilização nessa modalidade criminosa.

Não se busca com o presente artigo uma ampliação na responsabilização penal por omissão imprópria, mas sim o estabelecimento de balizas para que, em caso de vislumbre dessa responsabilidade, que esta seja atribuída dentro de parâmetros justos, fundados em critérios dogmáticos já estabelecidos.

E não por outro motivo fez-se a contextualização e a delimitação fática do objeto deste trabalho, para somente então iniciar a análise dos pressupostos de tipicidade objetiva da omissão imprópria. Pretendeu-se, com isso, estabelecer um ponto de partida para a análise dos fatos propostos em razão da restrição das informações das investigações.

Especificamente quanto aos fatos trabalhados, percebeu-se que não seria irrazoável cogitar, teoricamente, sob um aspecto objetivo, eventual possibilidade de responsabilização penal por omissão imprópria das autoridades de segurança pública no âmbito do Distrito Federal em relação aos delitos cometidos e ainda investigados nos atos antidemocráticos de 08 de janeiro de 2023.

Ao revés.

Viu-se que, a partir dos documentos e decisões de domínio público proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, alguns pressupostos de tipicidade objetiva, *a priori*, estariam presentes.

No entanto, é somente até este ponto que este trabalho pode se debruçar. Uma análise conclusiva quanto a todos os requisitos de tipicidade objetiva, como explicitado ao longo do trabalho, dependeria de um exame fático que ultrapassaria as possibilida-

des deste artigo. O mesmo, por óbvio, também se estende para eventual análise de tipicidade subjetiva.

Assim, encerra-se com a pretensão de contribuir, mesmo que com respostas provisórias, para os estudos da imputação de responsabilidade penal nos crimes de omissão imprópria e iniciar um debate quanto à sua aplicabilidade em meio à análise dos fatos relacionados aos intitulados atos antidemocráticos de 08 de janeiro de 2023.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA- GERAL DA UNIÃO. Disponible en: <https://www.gov.br/agu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/sobre>

BACIGALUPO, Enrique. *Delitos improprios de omisión*. Buenos Aires: Pannedille, 1969, p. 127.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

BRASIL. Código Penal. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

_____. Constituição Federal. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español*. 6ª ed., reimpressão. Madrid: Tecnos, 2004.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 39.610 de 01 de janeiro de 2019. Disponible en: https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/d7b71f8fb3864fc0aec117bb1e0ea2ca/Decreto_39610_01_01_2019.html

_____. Decreto nº 40.079/2019. Disponible en: https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/d8161a0b9d4c448db5a8236efc8e6718/Decreto_40079_04_09_2019.html

_____. Decreto nº 6.456/2019. Disponible en: https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/b80a8a4d8aa44de381fc5ab6ea24e95b/Lei_6456_26_12_2019.html

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión e Injerencia en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2006.

ENGISCH, Karl. *La causalidad como elemento de los tipos penales*. Trad. Marcelo San-
cinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

ESPANHA. Código Penal. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por mem-bros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito penal. Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Crimes omissivos no direito brasileiro*. Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio de Janeiro, n. 33, jan.-jun. 1982. TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 15. São Paulo: Ed. RT, 1996.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. 2. ed. Montevideú, Buenos Aires: B de F, 2013.

_____. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada 'omisión por comisión'*. San-ta Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

GRACIA MARTÍN, Luis. *La comisión por omisión en el derecho penal español*. Nuevo Foro Penal, n. 61, p. 124-68, 1999.

GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação nos delitos omissivos impró-prios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva* - 4. ed. rev. e atual. - São Pau-lo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTISTICO NACIONAL. Disponible en: http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Portaria_n_314_de_8_de_outubro_de_1992.pdf

JAKOBS, Günther. *Acción y omisión en Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado, 2000.

_____. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras et al. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. Granada: Comares, 2002.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones*. Estudios Penales y Criminológicos, Universidade de Santiago de Compostela, v. XXXV, 2015.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 512;

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri. São Paulo: Manoel, 2004.

RODRIGUES, Marta Felino. *A teoria penal da omissão e a revisão crítica de Jakobs*. Coimbra: Almedina, 2000.

RODRÍGUEZ MESA, Maria José. *La Atribución de Responsabilidad en Comisión por Omisión*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte general. Tomo I*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2001.

_____. *Derecho penal: Parte general. Tomo II - Especiales formas de aparición del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; José Manuel Paredes Castañón; Miguel Díaz y García Conlledo; e Javier de Vicente Ramesal. Madrid: Civitas, 2014.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Novos estudos de direito penal*. Org. Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Problemas fundamentais do direito penal*. Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa: Vega, 2004.

RUDOLHI, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3. ed. Curitiba: Editora Fórum, 2004. p. 128.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *Fundamentos y Limites de los Delitos de Omisión Impropia*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. 2. ed. Buenos Aires: B de f, 2003.

STRATENWERTH, Gunter. *Derecho Penal. Parte General I: el hecho punible*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria del injusto penal*. Buenos Aires: B de F, 2010.

_____. *Teoria do crime culposo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

UNESCO. Disponible en: <https://whc.unesco.org/en/list/445/>

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal Alemão*. Campinas: Russell, 2003. t. I.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

ZAPATER, Enrique Bacigalupo; QUIROGA, Jacobo López Baria de. *Contestaciones al*

programa de Derecho Penal: Parte General. 2ª Ed. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 402.

VETO E REFORMULAÇÃO DO CRIME DE COMUNICAÇÃO ENGANOSA EM MASSA

VETO AND REFORMULATION OF THE CRIME OF MASS DECEPTIVE COMMUNICATION

AUTOR

Oberdan Costa Ferreira¹

Marília Araujo Fontenele de Carvalho²

RESUMO

Este artigo analisa o advento da Lei 14.197/21, que inseriu no Código Penal os crimes contra o Estado Democrático de Direito. Dentre eles, critica especificamente as razões presidenciais de veto ao crime de comunicação enganosa em massa (art. 359-O). A partir de uma comparação com o tipo penal congênere do direito penal alemão, bem como com a comparação de tipos penais vigentes e em pleno uso do nosso próprio ordenamento, busca reescrever o texto do citado tipo penal vetado, de forma a defendê-lo da (pequena) parcela de críticas fundamentadas do veto.

Palavras-chave: Lei nº 14.197/21. Comunicação enganosa em massa. Veto presiden-

¹ Advogado criminalista coordenador do escritório Alves Corrêa & Veríssimo Advocacia, graduado pela Universidade de Brasília (UnB) e especialista em Direito Público pela Faculdade AVM Integrada.

² Doutoranda em Direito Constitucional com mobilidade acadêmica na Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Professora de Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Mestre em Tutela Penal e Direito Sancionador no Estado Democrático de Direito (IDP), Especialista em Direito Penal e Processual Penal (EBD/IDP). Pesquisadora visitante da Universidade Autónoma de Madrid (UAM). Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Sistemas Penais Econômicos" do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogada Criminalista.

cial. Crimes contra o estado democrático de direito. Lei de segurança nacional. Direito penal alemão.

ABSTRACT

This article analyzes the advent of Law 14.197/21, which inserted crimes against the Democratic Rule of Law into the Penal Code. Among them, it specifically criticizes the presidential reasons for vetoing the crime of misleading mass communication (art. 359-O). Based on a comparison with the similar criminal type of German criminal law, as well as with the comparison of current criminal types in full use of our own system, it seeks to rewrite the text of the aforementioned vetoed criminal type, in order to defend it from (small) portion of well-founded criticisms of the veto.

Keywords: Law No. 14,197/21. Mass deceptive communication. Presidential veto. Crimes against the democratic rule of law. National security law. German criminal law.

INTRODUÇÃO

A primeira questão que deve ser levada em consideração é: qual a missão do Direito Penal? De entrada duas vertentes já se apresentam: a) a proteção de bens jurídicos numa concepção tradicional da doutrina de Roxin e Hassemer; ou a vigência da norma, conforme preconiza Jakobs.

Mesmo que se adote a visão tradicional de proteção de bens jurídicos não são todos os bens que merecem a proteção do Direito Penal, mas tão-somente aqueles que são relevantes para uma convivência pacífica na sociedade, conforme preconiza Roxin. Assim, determinados bens jurídicos que já foram protegidos no passado devem ficar de fora da tutela penal. E isso se aplica em face da concepção histórica de que determinados bens estavam relacionados a criminalização de costumes ou tabus da sociedade.

De outro lado, a concepção de proteção da vigência da norma reforça uma posição onde o bem jurídico tutelado é a própria norma penal, no sentido de que o autor, quando comete o delito, nega essa vigência e o Estado, ao impor a pena, nega esse comportamento incorreto do autor. A pena tem uma missão de comunicação, ou seja, passa à sociedade a mensagem que o desrespeito à norma não é correto e que mesmo com o comportamento praticado a lei seguirá sendo aplicada, na visão de Jakobs.

Feitas essas considerações iniciais sobre a proteção de bens jurídicos, o tema proposto nos leva a questão interessante sobre a tutela penal das instituições democráticas, o advento da Lei 14.197/21 e a tutela penal do crime de comunicação enganosa em massa.

AS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS SÃO UM BEM JURÍDICO? O ADVENTO DA LEI Nº 14.197/21

Não há dúvida de que as atuais demandas por criminalização são influenciadas pelo paradigma do risco, levando o controle penal a extrema funcionalização³ a fim de proteger novos e complexos interesses, de caráter transindividual e resultado de um consenso na sociedade (FIGUEIREDO DIAS, 2003) numa perspectiva social (NEUMANN, 2012). Afinal, o Direito Penal estava acostumado a lidar com bens jurídicos individuais, e não coletivos⁴.

Com a evolução da sociedade e do surgimento de novos bens jurídicos a tutela penal se expandiu para bens jurídicos que antes eram protegidos por outras esferas do Direito. Com o passar dos anos e dos novos modelos de proteção penal, admitiu-se a tutela de bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, a ordem econômica, a sociedade ou a ordem social no delito de terrorismo. Da mesma forma, pode ser inserida neste gênero de valores a proteção às instituições democráticas, embora de alguma forma essa proteção já existisse na Lei de Segurança Nacional.

A regra no Código Penal é que elas não se inseririam no contexto da proteção de bens jurídicos tradicionais e isso se depreende não só dos conceitos históricos ou tradicionais de bens jurídicos, como da própria legislação penal.

Mas os ataques propriamente ditos às instituições tipificariam quais crimes? Normalmente, a tutela penal não se estende aos entes abstratos como as instituições democráticas, senão protege os seus representantes ou integrantes.

Nesse sentido, atingir um bem público ou ofender um integrante de uma instituição certamente constituem um crime porque há previsão legal para isso. Mas a ofensa por si só a uma instituição democrática poderia tipificar algum delito? A resposta para essa indagação se encontra nas alterações introduzidas no Código Penal e antes previstas na Lei de Segurança Nacional.

Os tipos penais descritos nas mudanças introduzidas recentemente no Código Penal são os que atentam contra as instituições democráticas no processo eleitoral.

³ Desde o funcionalismo moderado de Roxin (ROXIN, 2002) e Figueiredo Dias (FIGUEIREDO DIAS, 2007) até o radical Jakobs (JAKOBS, 1996), conforme conceituados e criticados por Zaffaroni, que os classifica como “campanha publicitaria fraudulenta” (ZAFFARONI, 2005).

⁴ Apenas para fins didáticos, conceitua-se bens jurídicos individuais aqueles que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas e os bens jurídicos coletivos os que afetam o sistema social. Há ainda quem defenda que inexistente diferença qualitativa entre as categorias apresentadas, embora reconheça a existência de bens jurídicos de sujeito múltiplo, de forma que não se pode dispor do bem individualmente sem afetar a disponibilidade de outro. Ver: MUÑOZ CONDE, 1998; ZAFFARONI, 1981.

A identificação do bem jurídico protegido parece não ter maiores dificuldades em relação ao artigo 359-O, do Código Penal, porque esse tipo penal trataria especificamente da proteção dos poderes constitucionais, onde deve-se ler que compreende os três poderes constitucionalmente previstos em nossa Carta Política. Nesse sentido, aquele que atentar, com o emprego de violência ou grave ameaça, contra o Estado de Direito, impedindo o exercício dos poderes constitucionais durante o período de sufrágio praticaria a conduta típica agora descrita.

A promulgação da Lei 14.197, em 1º de setembro de 2021, acrescentou o Título XII na Parte Especial do Código Penal, relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito, e revogou a famigerada Lei de Segurança Nacional, gestada na ditadura militar brasileira e, por isso mesmo, criticada por amplos setores da doutrina criminal pós-redemocratização. Foram previstos, em relação ao bem jurídico vulnerado, os crimes contra a soberania nacional, crimes contra as instituições democráticas, crimes contra o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral e crimes contra o funcionamento dos serviços essenciais.

A alteração legislativa nasceu do Projeto de Lei 1385, de 2021, de autoria da Senadora Eliziane Gama, portando a seguinte justificativa:

Toda democracia necessita de meios legais e jurídicos que propiciem a sua autodefesa. Ainda que saibamos que a defesa da democracia deve ser realizada pela sociedade organizada e pelas instituições, mediante os movimentos que revelem a consciência democrática da nação e do povo, esses movimentos necessitam de ferramentas jurídicas que sirvam para conferir eficiência ao seu propósito democrático. No Brasil, a Constituição define, claramente, que a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o estado democrático são inafiançáveis e imprescritíveis. Este projeto de lei se propõe não apenas a regulamentar a Constituição, mas também a substituir, no ordenamento jurídico nacional, a Lei de Segurança Nacional, elaborada em quadra histórica inteiramente diversa, quando, no ambiente da guerra fria, vigia no estado brasileiro a ideologia da segurança nacional. A Lei de Segurança Nacional, em boa medida, especialmente quando sujeita cidadão civil à jurisdição da Justiça Militar, pelas infrações penais que elenca, não foi recepcionada pela Constituição, e o rito que descreve para processar os crimes que tipifica tampouco revelam o pleno acatamento da ampla defesa, do contraditório e dos meios a ele inerentes, como manda a Constituição. Nesse contexto, e visando contribuir ao debate sobre a necessidade no Brasil de uma Lei de Defesa do Estado de Direito Democrático, apresentamos este projeto, para o qual solicitamos a devida atenção dos eminentes Pares, com vistas à sua apreciação, ao seu aperfeiçoamento e à sua aprovação (Brasil, 2021).

Vê-se, portanto, que a finalidade de superar as incompatibilidades e anacronismos do re-

gramento anterior, fruto das disputas que marcaram a Guerra Fria e não têm hoje a mesma relevância de outrora, é declarada. Em que pese haver, sim, atecnia a serem superadas em legislação posterior que substituisse a Lei de Segurança Nacional, é necessário cotejar individualmente os novos tipos penais em face de seus congêneres preteridos, porque a resposta sobre se houve avanço ou retrocesso em termos de qualidade legislativa não parece comportar uma resposta que abranja a Lei 14.197/21 como um todo.

O objetivo do presente artigo, por sua vez, é minudenciar o tipo penal específico da nova lei que objetivava criminalizar o discurso potencialmente nocivo ao “funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral” (tomando por base sua topografia na Código Penal), nomeado, na proposta original, como “comunicação enganosa em massa”. Desde já, sem maiores aprofundamentos, percebe-se que tal proibição tensiona, potencialmente, a garantia à liberdade de expressão, de quilate constitucional (art. 5º, IV da Constituição da República) (Brasil, 1988), com a necessidade de salvaguardar a saúde do processo eleitoral e a qualidade do sufrágio, pilares indiscutíveis do Estado Democrático de Direito.

A relevância do estudo proposto reside nos debates acerca da liberdade de expressão durante e após (especificamente os atos democráticos de 8 de janeiro de 2023) a eleição presidencial do fim de 2022. No aplicativo Telegram, o ex-presidente da República Jair Messias Bolsonaro era dono do maior canal de transmissão de mensagens em massa até, pelo menos, meados de 2022, contando com 1,3 milhões de usuários inscritos (O Tamanho [...], 2021). O aplicativo já esteve sob risco de ser banido do país por decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, justamente por não atender ao apelo do Tribunal Superior Eleitoral para coibir a disseminação de notícias fraudulentas (STF dá [...], 2023).

Veículos de comunicação alinhados ideologicamente com o anterior chefe do Poder Executivo, a exemplo do gaúcho Jornal da Cidade Online (que teve os repasses de pagamentos das plataformas em que hospedava conteúdo suspensas pelo Tribunal Superior Eleitoral, como punição pela disseminação de fake news sobre urnas eletrônicas) (Desmonetizado pelo [...], 2021) e a rádio Jovem Pan, que teve contra si ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal pelo mesmo motivo. As restrições de discurso levantadas judicialmente por esse motivo, por outro lado, foram frequentemente rotuladas como desrespeito à liberdade de expressão pelo ex-presidente (Bolsonaro, 2022) e seus correligionários (Tarcísio [...], 2022). Apesar da recente decisão do Tribunal Superior Eleitoral pela inelegibilidade de Jair Messias Bolsonaro (Por maioria [...], 2023), o tema dos limites da liberdade de expressão em contexto de disputa eleitoral não parece candidato à perda de relevância num futuro próximo.

AS RAZÕES DO VETO AO ARTIGO 359-O DO CÓDIGO PENAL

Tornando ao tema do texto, o crime de comunicação enganosa em massa tipificava, no art. 359-O, a conduta de “promover ou financiar, pessoalmente ou por interposta pessoa, mediante uso de expediente não fornecido diretamente pelo provedor de aplicação de mensagem privada, campanha ou iniciativa para disseminar fatos que sabe inverídicos, e que sejam capazes de comprometer a higidez do processo eleitoral” (Brasil, 2021). Como possível verificar em acesso ao Código Penal, entretanto, o dispositivo presente na proposta original foi vetado e, portanto, não se encontra em vigência.

O veto presidencial teve seus fundamentos explicitados na Mensagem nº 427, de 1º de setembro de 2021, a seguir expostos:

Art. 2º do Projeto de Lei, na parte em que acrescenta a especificação temática Comunicação enganosa em massa e o art. 359-O à Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940

“Comunicação enganosa em massa”

Art. 359-O. Promover ou financiar, pessoalmente ou por interposta pessoa, mediante uso de expediente não fornecido diretamente pelo provedor de aplicação de mensagem privada, campanha ou iniciativa para disseminar fatos que sabe inverídicos, e que sejam capazes de comprometer a higidez do processo eleitoral:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.”

Razões do veto

“A proposição legislativa estabelece como tipo penal a comunicação enganosa em massa definindo-o como ‘promover ou financiar, pessoalmente ou por interposta pessoa, mediante uso de expediente não fornecido diretamente pelo provedor de aplicação de mensagem privada, campanha ou iniciativa para disseminar fatos que sabe inverídicos, e que sejam capazes de comprometer a higidez do processo eleitoral’, estipulando pena de reclusão, de um a cinco anos, e multa.

A despeito da boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por não deixar claro qual conduta seria objeto da criminalização, se a conduta daquele que gerou a notícia ou daquele que a compartilhou (mesmo sem intenção de massificá-la), bem como enseja dúvida se o crime seria continuado ou permanente, ou mesmo se haveria um ‘tribunal da verdade’ para definir o que viria a ser entendido por inverídico a ponto de constituir um crime punível pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o que acaba por provocar enorme insegurança jurídica. Outrossim, o ambiente digital é favorável à propagação de informações verdadeiras ou falsas, cujo verbo ‘promover’ tende a dar discricionariedade ao intérprete na avaliação

da natureza dolosa da conduta criminosa em razão da amplitude do termo.

A redação genérica tem o efeito de afastar o eleitor do debate político, o que reduziria a sua capacidade de definir as suas escolhas eleitorais, inibindo o debate de ideias, limitando a concorrência de opiniões, indo de encontro ao contexto do Estado Democrático de Direito, o que enfraqueceria o processo democrático e, em última análise, a própria atuação parlamentar.” (Brasil, 2021)

Cumprir analisar os motivos do veto, que são basicamente as hipotéticas inseguranças jurídicas emanadas de quatro aspectos da tipificação: 1) a incerteza de se o crime residiria em criar a notícia falsa ou em, em vez disso, propagá-la; 2) a incerteza sobre se o crime seria continuado ou permanente; 3) se haveria um “tribunal da verdade” para definir o que viria a ser entendido por criminalmente inverídico e, por fim, 4) a dúvida que o verbo “promover” produziria sobre o elemento volitivo do verbo nuclear. Outras considerações, a respeito do efeito inibitório da tipificação sobre o vigor dos debates democráticos, foram tecidas, mas o texto não se debruçará sobre elas porque encará-las esborda da dogmática penal, perspectiva sob a qual aqui será feita a presente crítica.

Quanto ao ponto 1), a incerteza de se a conduta criminalizada estaria em criar a notícia ou em propagá-la não é desconhecida do direito penal: vêm à mente rapidamente os crimes contra a honra (injúria, calúnia e difamação), que, atualmente, têm sido praticados originalmente e depois replicados na rede mundial de computadores. Nem por isso, entretanto, suscitaram entre os legitimados ativos para tanto a iniciativa de questionamento de sua constitucionalidade judicialmente.

Em última análise, parece essa ser uma questão bastante assemelhada à da definição da natureza jurídica quanto ao momento de consumação daquele tipo vetado. Em nossa comparação, quanto ao momento consumativo dos crimes contra a honra praticados pela internet, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 2020, pacificou o entendimento de que “crimes contra a honra praticados pela internet são formais, consumando-se no momento da disponibilização do conteúdo ofensivo no espaço virtual, por força da imediata potencialidade de visualização por terceiros” (CC 173.458/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, DJe 27/11/2020) (Brasil, 2020). Dessa forma, houve pacificação judicial sobre questão jurídica congênere e facilmente aplicável à suposta dúvida originada pelo crime vetado pela Presidência, anterior inclusive à edição da Lei 14.197/21. Dito de outra forma, o problema já nasceria solucionado: todas as vezes que um novo agente, em sua página da rede social, compartilhasse a notícia falsa criada por outra pessoa com plena consciência e vontade, vez que tratar-se-ia de crime formal e que, com o novo compartilhamento, uma nova audiência seria atingida (a saber, a audiência específica de sua rede de contatos), o bem jurídico restaria novamente ferido e, por conseguinte, o crime restaria

cometido. A insegurança jurídica não se instauraria e com tal razão de veto, portanto, não é possível concordar.

Quanto ao motivo de veto 2), este parece estar tecnicamente mal desenhado. Na dogmática penal, não parece haver possibilidade, nem em abstrato, de dúvida entre se um crime seria continuado ou permanente, mesmo porque um crime, sozinho, não pode ser continuado. Se, de um lado, o instituto do crime continuado é uma ficção jurídica criada por razões de política criminal para abrandar a pena de um concurso de crimes praticados em condições suficientemente assemelhadas (Martinelli, Bem, 2022); de outro, o instituto do crime permanente é classificação da natureza jurídica de um só crime, individualmente considerado, no que diz respeito ao seu momento consumativo: se instantâneo ou protraído no tempo (Busato, 2014). Não são conceitos opostos, pois são incomensuráveis entre si, já que um agrupa conjuntos de crimes concretamente praticados e, o outro, classifica um crime individual, abstratamente considerado.

O que parece ter sido tentado nessa razão de veto, em interpretação benevolente, foi aludir à problemática de classificação dos crimes entre permanentes ou instantâneos de efeitos permanentes, uma vez que a permanência da *fake news* em circulação poderia gerar dúvidas sobre se o *iter criminis* ainda permaneceria em curso. Nesse caso, além de o debate também não ser novo para a dogmática penal (o crime de lavagem de dinheiro, por exemplo, é envolto na mesma controvérsia, como visto em BOTTINI, 201, e não há notícia de propostas de sua revogação), a questão seria resolvida por analogia ao mesmo entendimento pacificado pela Terceira Seção e trazido anteriormente, quanto à razão de veto 1), à qual é feita aqui remissão.

A razão de veto de número 3), por sua vez, é a de “se haveria um ‘tribunal da verdade’ para definir o que viria a ser entendido por inverídico a ponto de constituir um crime punível pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o que acaba por provocar enorme insegurança jurídica”. O argumento parece mal redigido, dado que o conceito de verdade – e a que ponto as afirmações são mais ou menos verdadeiras – é uma questão familiar à teoria da ciência e não ao direito penal, mais especificamente a questões como a falseabilidade das hipóteses encampadas e o *status* de veracidade que decorre desse atributo ínsito às teorias (Popper, 2002). Se se quis, entretanto, com esse veto, problematizar os graus de gravidade das consequências da propagação de algo que se sabe inverídico a ponto de justificar a intervenção penal, está-se diante do problema (clássico) da tipicidade material do crime. Novamente, não é novidade para o direito penal e, dado que é questão estudada a fundo desde, pelo menos, os anos 1970, na obra de Claus Roxin (Roxin, 2002) sobre a teoria da insignificância, é estranho que tenha sido elencado, em 2021, como motivo de insegurança jurídica. A profundidade de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, se invocadora ou não da sanção penal, é questão vocacionada ao tratamento

do Poder Judiciário, que analisaria, no caso, a relevância da notícia sabidamente mentirosa que se quis propagar. Jamais foi objetivo da norma, em abstrato, estatuir qual o grau de mentira que acionaria a tutela penal, de forma que esse motivo de veto, igualmente, não parece convencer.

O motivo de veto 4), por fim, tem a seguinte redação: “outrossim, o ambiente digital é favorável à propagação de informações verdadeiras ou falsas, cujo verbo ‘promover’ tende a dar discricionariedade ao intérprete na avaliação da natureza dolosa da conduta criminosa em razão da amplitude do termo”. Parece, aqui, haver a justaposição de questões desassemelhadas entre si: a abertura semântica do verbo “promover” (que diria respeito a quais condutas de endosso subsumir-se-iam ao verbo nuclear, se um mero “like” ou um compartilhamento na sua página pessoal) e a aferição de dolo ou culpa no tal ato de “promoção”.

Apesar de os dois problemas não se conectarem necessariamente, ambos parecem ter relevância. Quanto ao primeiro, porém, novamente acudidos pelo paralelo com os crimes contra a honra presentemente praticados via internet, até por razões de política criminal, não parece viável inserir no polo passivo de uma queixa-crime todas as pessoas que clicaram no botão de *like* de uma determinada publicação injuriosa a si produzida por terceiros, de forma que tal ato, pela sua singeleza, até o presente momento, não gerou repercussão nas Cortes Superiores⁵. No que diz respeito, entretanto, a comentários apostos em publicações de redes sociais (em vez de meros *likes*), porém, já há julgados pela relevância criminal de ofensa realizada por essa via, como exemplifica o acórdão da APn n. 613/SP, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 20/5/2015, DJe de 28/10/2015.

Quanto à segunda questão, por sua vez, carrega realmente situação de aplicabilidade mais intrigante e, assim, potencialmente problemática. Aferir se houve dolo ou culpa na promoção de fatos sabidos inverídicos passa, necessariamente, pelo problema da prova da consciência da inverdade da informação. A questão, conquanto desafiadora, uma vez mais não apresenta ineditismo, já que está presente no preceito primário do crime de denunciação caluniosa, velho conhecido inscrito no art. 339 com o texto:

Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente:

³ O critério adotado para tal afirmação foi a busca na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelas palavras-chave “injúria” e “internet”, que, em 21 de julho de 2023, retornou como resultado 23 acórdãos. Em nenhum deles a questão era abordada.

É o trecho “de que o sabe inocente” que interessa à comparação proposta, carregado que é do mesmo desafio de buscar provas processuais de um estado mental no mundo fenomênico. A questão leva a relevantes debates em ações penais com tal enquadramento jurídico, justamente porque construir, “para além da dúvida razoável”, a prova da sabença da inverdade que se profere intencionalmente esbarra na alegação, supostamente incontornável, de que o emissor da *fake news* nela cria genuinamente.

A questão, no cotidiano forense, é resolvida por meio do lastro indiciário que outros gêneros de prova, quando confrontadas, acabam por indicar. A coerência interna das ações do agente, dados concretos como sua educação formal, relatos testemunhais de quem conviveu com o réu em momentos contíguos à conduta reputada criminoso, tudo isso serve de bússola para o julgador inferir a presença ou ausência do *animus* de denunciar caluniosamente. Quanto ao ponto, traz-se julgados do Superior Tribunal de Justiça que exemplificam o método usual de dirimir tais dúvidas em sede judicial:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO. AÇÃO PENAL. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE TIPICIDADE DA CONDUTA POR FALTA DE DOLO E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. (...) 2. O tipo penal descrito no art. 339 do Código Penal - “Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente” - exige que haja por parte do agente a certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática criminosa. Em outras palavras, deve o agente atuar contra a própria convicção, intencionalmente e com conhecimento de causa, sabendo que o denunciado é inocente. 3. Situação em que a denúncia narra que a recorrente apresentou notícia, perante a autoridade policial, de que seu ex-marido teria acelerado o veículo que conduzia, em sua direção, no interior do estacionamento de um clube, com a intenção de matá-la, apurando-se, no entanto, em laudo pericial, que a recorrente teria se colocado intencionalmente na frente do carro conduzido por seu ex-esposo, que trafegava em baixa velocidade no interior do estacionamento. 4. Irrelevante para a configuração do crime de denúncia caluniosa o fato de que a portaria que deu início ao inquérito policial que investigou os fatos se reportou tanto ao Boletim de ocorrência lavrado pela recorrente quanto ao Boletim de ocorrência ofertado, no mesmo dia, por seu ex-esposo, imputando à recorrente o descumprimento de acordo judicial de guarda do filho de ambos. Isso porque, tal circunstância não ilide o fato de que a recorrente acusou seu ex-marido de tentativa de homicídio, fazendo questão de afirmar que ele nitidamente teria tido a intenção de matá-la, acusação essa, que por si só, já daria causa à instauração de um inquérito policial. **5. Não há como se vislumbrar, de plano, a atipicidade da conduta unicamente pelo fato de que a recorrente pleiteou, em sede inquisitorial, a juntada de vídeo dos eventos, pois tal fato não corresponde a indício irrefutá-**

vel de que desconhecia a inocência de seu ex-marido. Tampouco é possível aferir, na via estreita do habeas corpus, se efetivamente a recorrente passava por situação de grave stress emocional, na ocasião, que a teria levado a uma percepção equivocada de que seu marido tinha a intenção de colocar sua vida em risco. A verificação da existência de **dúvida razoável que permita excluir o dolo da recorrente demanda o prosseguimento do feito com a produção de provas em juízo.** 6. "O reconhecimento da inexistência de justa causa para o prosseguimento da ação penal e da atipicidade da conduta exigem profundo exame do contexto probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do writ" (AgRg no RHC 137.438/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021). 5. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC n. 147.724/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 26/10/2021.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. DOLO EVENTUAL RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE ANIMUS CALUNIANDI: IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). APLICAÇÃO RETROATIVA. PROCESSO SENTENCIADO COM CONDENAÇÃO MANTIDA PELO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRECEITO SECUNDÁRIO QUE COMINA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CUMULADA COM MULTA. SUBSTITUIÇÃO POR MULTA. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 171/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que "a verificação da existência de animus caluniandi também demanda revisão do contexto fático-probatório, providência vedada na via estreita do habeas corpus. Precedentes" (AgRg no RHC 141.756/RO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021). Situação em que as instâncias ordinárias, amparadas em precedente da Corte Especial do STJ (Apn 613/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/05/2015, DJe 28/10/2015), entenderam configurado o dolo eventual, ao fundamento de que **"não há nos autos qualquer prova ou indício capaz de demonstrar que as acusações de que a vítima subtraiu o celular pertencente à esposa de Márcio, que supostamente estava na mochila da filha do casal deixada na escola, eram verdadeiras, tendo o apelante no mínimo assumido o risco ao acusá-la sem as devidas cautelas de confirmação dos fatos, maculando, portanto, a honra da vítima em seu local de trabalho, o que revela o animus caluniandi de sua conduta".** (...) regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 680.533/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/10/2021, DJe de 13/10/2021.)

A existência de meios para contornar a dificuldade aqui exposta não equivale, por óbvio, a dizer que o tipo penal não poderia ser melhorado de maneira a prescindir de tais circunlóquios. Poder-se-ia, portanto, pensar em substituir o elemento típico subjetivo por outro, que a mesma função atendesse, mas de verificação empírica independente

de estados mentais. Uma sugestão seria a de substituir “fatos que sabe inverídicos” do 359-O por “fatos cuja inverdade seja pública”. A alteração faria com que a aferição da ocorrência do crime passasse pela prova, apenas, da publicização do status inverídico da notícia, por meio de jornais e afins, ou quando muito, da prova de que os periódicos específicos possuiriam alta probabilidade de ingressarem no raio de cognição do agente. Para tratar de formulações típicas que já são enfrentadas pela legislação em vigor, seria algo parecido com o meio de aferição da causa de aumento de pena dos crimes contra honra, presente no art. 141, III do Código Penal (quando o crime é praticado por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria).

Admitida, em alguma medida, a premissa do veto que encampa a insegurança jurídica do tipo penal (embora, como visto, não necessariamente pelas razões aludidas), falta saber se existe conserto possível para a criminalização de conduta que entra e sai da ordem do dia em tempos de convulsão do país. Passar-se-á a analisar a tecnologia adotada pelo direito alemão, numa perspectiva comparativa, para diminuir a incerteza interpretativa ao penalizar a disseminação de discurso propositalmente inverídico.

A SOLUÇÃO ALEMÃ E A SOLUÇÃO ADOTADA PELA REVOGADA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL

Os ordenamentos nacionais refletem os problemas que determinado povo mais frequentemente é convidado a resolver. A “neutralidade valorativa” da Constituição da República de Weimar, em que pese não poder ser justamente indicada como causa única da ascensão do nazismo, senão como sua facilitadora – era tão marcante que a mencionada lei conseguiu viger por todo o período do nacional-socialismo, até 1945 (Leão, 2020). Na dicção de Karl Lowenstein (1937):

The causes for the failure of the democratic experiment in Germany are by far too complex to be measured in terms of a single denominator. But the lack of militancy of the Weimar Republic against subversive movements, even though clearly recognized as such, stands out in the post-war predicament of democracy both as an illustration and as a warning

Nos esforços pela evitação de que fenômenos semelhantes aos anos do nazismo voltassem a se repetir, já no final da década de 1930 começou-se a construir a ideia de “democracia combativa”, enquanto um regime de direitos que apresenta maior instinto de sobrevivência e é dotado de maior responsividade institucional às agressões contra si. Dentro dessa rubrica é que se inserem os tipos penais destinados a proteger o Estado de Direito, sobretudo o ultraje a órgãos constitucionais (Leite, Teixeira, 2020).

No terceiro título do primeiro capítulo do Código Penal alemão (StGB) se encontram os chamados “crimes que colocam em perigo o Estado Democrático de Direito” e que não

são isentos de polêmicas doutrinárias, justamente porque tutelam condutas não violentas a instituições e, assim, produzem potencial fricção com garantias fundamentais constitucionais, principalmente com a liberdade de expressão. O artigo que interessa à análise comparativa aqui proposta, por sua vez, é assemelhado ao 359-O em sua intenção de invocar a intervenção do direito penal em momento anterior ao da agressão física às instituições governamentais, já no período em que são feitas incitações a tal (Leite, Teixeira, 2020). É o crime que consta no dispositivo §90b do StGB, chamado “difamação anticonstitucional dos órgãos constitucionais”, como consta da tradução do Código Penal teutônico para o espanhol feita pela Claudia Lopez Diaz (1999):

§ 90b. Difamación anticonstitucional de los órganos constitucionales (1) Quien públicamente en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (§11, inciso 3), difame a un órgano legislativo, al gobierno o al Tribunal de Garantías Constitucionales de la Federación o de un Estado o a alguno de sus miembros en tal calidad, de tal manera que ponga en peligro la reputación del Estado y por medio de esto intencionalmente se empeñe en tentativas contra la existencia de la República Federal de Alemania o contra los principios de la constitución, será castigado con privación de la libertad de tres meses hasta por cinco años.

O tipo penal, de tão longo, já entrega na primeira leitura uma das escolhas legislativas para contornar a potencial dificuldade surgida com a limitação da liberdade de expressão: uma grande quantidade de elementos típicos a serem satisfeitos por uma conduta amoldável a esse crime. O tipo penal exige uma criação de perigo concreto ao Estado, o que deve ser provado processualmente além da dúvida razoável, bem como, no plano da própria subsunção dos fatos à norma, é exigida robustez e aptidão da difamação para pôr em perigo a reputação do Estado. Somado a isto, ainda, haveria o requisito de comprovar ações insistentemente justapostas no sentido de atentar contra a existência da República Federal da Alemanha ou contra seus princípios. Não bastaria, portanto, meramente difundir mensagens com teor abolitivo do Estado em questão: a norma foi construída de maneira tal a pinçar, dentre os comportamentos desse tipo, somente aqueles geradores de determinado estado, material e verificável, de perigo ao bem jurídico tutelado, numa escala macro.

Tornando aos comentários acerca das razões de veto ao art. 359-O, tem-se aqui sugestão que contorna, pelo menos, a razão 1) – a saber, a da incerteza sobre o momento do cometimento, se quando da criação ou quando da propagação – e a razão 2) – que alude à possível incerteza sobre se o crime seria permanente ou instantâneo. Para ambas as querelas, a construção da conduta como uma reiteração intencionada e capaz de gerar um estado aferível de instabilidade parecem afastar os debates possíveis sobre o momento comissivo dessa conduta.

Na realidade, trata-se de tipo penal tão exigente que a jurisprudência existente sobre ele na Alemanha é, inclusive, escassa. Sobre o tema, em parecer elaborado para a Ordem dos Advogados do Brasil em setembro de 2020, os professores Alaor Leite e Adriano Teixeira apontam justamente, em tom elogioso, para a exiguidade das oportunidades de uso desse instrumental:

g) O § 90b StGB não possui grande âmbito de aplicação. Há, a rigor, parco material jurisprudencial a respeito desse dispositivo, quer pela raridade empírica das condutas que a proibição visa a evitar, quer pelas altas exigências do tipo penal acima mencionadas¹⁷⁰. Em 2016, o BGH, por exemplo, teve de se controverter com caso em que, resumidamente, um sujeito teria produzido e difundido material – uma “lista de procurados” – por email, no qual constavam fotos de alguns parlamentares, qualificados como “esquerdistas, verdes [alusão ao “Partido Verde” – die Grünen], islamófilos” e “traidores da pátria”, seguidas de uma exortação à procura ou caça dessas pessoas que teriam “implicitamente tolerado e até mesmo participado” de assassinatos, pedofilia e outros crimes. O escrito continha, por fim, uma recompensa de €100.000,00 pela captura dos “procurados”. O acusado circulava com esse cartaz em seu carro e em sua residência foram encontrados vários exemplares impressos. Houve condenação em 2º grau, mas o BGH a cassou, sobretudo em face das elevadas exigências subjetivas do tipo penal, indicando a necessidade de novo julgamento. O acusado, enfim, teria apenas se manifestado no sentido de negar que a Alemanha estivesse realmente livre de “pressões ou de domínio internacional”, mas não teria atuado concretamente no sentido de colocar em perigo o Estado.

Outra solução adotada pela penalística teuta no sentido de aclarar a aplicação do crime em questão de forma a, se não eliminar, ao menos minimizar o quanto possível o espaço de discricionariedade de um operador politicamente mal-intencionado pode ser citada. É inegável que o tipo penal trazido comporta em seu texto termos semanticamente abertos, e isso é não só aceitável como desejável em alguma medida. A ancoragem excessiva do tipo caminharia potencialmente para sua inaplicabilidade a casos concretos com mudanças mínimas de substrato fático em relação às palavras específicas demais selecionadas no preceito primário. Por outro lado, a abertura excessiva não privilegia a segurança jurídica que um tipo preenhe de armadilhas autoritárias como esse pode carregar.

Assim é que, logo após o dispositivo §90b, no Código Penal Alemão, o legislador adotou a atitude de apor um dispositivo inteiramente dedicado ao afunilamento semântico dos termos amplos usados na tipificação. São explicados exemplificativamente, mas não exaustivamente (o sentido é de dar nortes ao intérprete do que a norma deseja proibir), em que consistiriam os “princípios constitucionais” e “prejudicar a existência da República Federal da Alemanha”:

§ 92. Definición de conceptos (1) En el sentido de ésta ley perjudica la existencia de la República Federal de Alemania quien subordine su libertad al dominio foráneo, elimine su unidad nacional o separe una región que le pertenezca. (2) En el sentido de esta ley son principios constitucionales.

1. el derecho del pueblo a ejercer el poder estatal en elecciones y votaciones y por medio de Organos legislativos, ejecutivos y judiciales y elegir la representación popular en elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas.

2. la atadura de la legislación al orden constitucional y la atadura del poder ejecutivo y judicial a la ley y al derecho.

3. el derecho a la creación y ejercicio de una oposición parlamentaria.

4. la alternatividad y de su responsabilidad de frente a la representación popular.

5. la independencia de los tribunales y

6. la exclusión de todo despotismo y régimen arbitrario.

(3) En el sentido de ésta ley se consideran como

1. empeños contra la existencia de la República Federal Alemana, tales tentativas cuyos representantes trabajan con el propósito de perjudicar la existencia de la República Federal de Alemania (inciso 1),

2. Empeños contra la seguridad de la República Federal Alemana, tales tentativas cuyos representantes trabajan con miras para perjudicar la seguridad externa o interna de la República Federal de Alemania,

3. Empeños contra los principios de la Constitución, tales tentativas cuyos representantes trabajan con miras para eliminar un principio de la Constitución (inciso 2), dejarlo sin validéz o socavarlo.

Na dicção dos professores consultados pela OAB e mencionados anteriormente, “se essas definições não expungem todas as indeterminações, pelo menos reconhecem a sua existência e oferecem uma saída legal de limitação para a atividade do intérprete. É medida prudente de técnica legislativa” (Leite, Teixeira, 2020). Trazendo a solução citada para a problemática do art. 359-O, poder-se-ia pensar, para aprimoramento da técnica legislativa em caso de uma reedição desse tipo penal vetado, em um artigo conceitual para definir matérias sobre as quais a comunicação enganosa potencialmente criminalizável versaria. Certamente, interessa mais ao Estado punir a propagação de informações falsas sobre candidatos a um cargo eletivo no bojo de uma eleição, de forma a preservar a lisura do processo eleitoral, ou mesmo mentiras a respeito de informações de saúde pública de uma pandemia em andamento. Por outro lado, faz pouco sentido punir, por exemplo, a disseminação de mentiras sobre um astro da música (nesse último caso, surgiria a dúvida de se a conduta não careceria, inclusive, de tipicidade material).

Na realidade, a adoção da solução do rol explicativo não é inédita em nosso ordenamento para crimes de discurso. A Lei de Segurança Nacional, revogada pela Lei 14.197/21, continha tipo penal que criminalizava a propaganda que versasse sobre determinados temas, especificamente listados no diploma. A solução, em teoria, era louvável para dar amarras ao intérprete. O que era digno de crítica, por outro lado, era justamente a seleção de quais temas mereceriam essa tutela penal. Importante, para evitar anacronismos, reconhecer que o rol escolhido, como dito, espelhava as preocupações dos detentores do poder no momento político que o país vivia, em plena Guerra Fria (Brasil, 1983). Assim:

Art. 22 - Fazer, em público, propaganda:

I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social;

II - de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa;

III - de guerra;

IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Pena: detenção, de 1 a 4 anos.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão.

§ 2º - Sujeita-se à mesma pena quem distribui ou redistribui:

a) fundos destinados a realizar a propaganda de que trata este artigo;

b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda.

§ 3º - Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas.

É curiosa a justaposição da proibição de propaganda que verse sobre discriminação racial com a que verse sobre luta violenta entre classes sociais. Dado que a luta de classes em forma de revolução é uma doutrina seminal do comunismo, percebe-se que tal hipótese de cometimento do crime menos atendia à necessidade de resguardar o Estado do que de coibir manifestações em prol da doutrina que o ditador de plantão repudiava. De outro lado, a execução da ideia de criar um rol exemplificativo para dirimir dúvidas não foi executada da maneira mais hábil, vez que o §3º cria uma causa de atipicidade para “a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas”. Se logo antes a divulgação de uma ideia central de uma determinada doutrina, o comunismo, foi nominalmente criminalizada, tal paradoxo teria enorme aptidão para gerar insegurança jurídica indesejável na seara penal, mormente quando se tutela a liberdade de expressão.

CONCLUSÃO E PROPOSTA

Sem adentrar o debate de se é a tutela penal a que constituiria a melhor via de auto-defesa das instituições numa perspectiva de “democracia combativa”, viu-se que as razões específicas para o veto presidencial ao artigo que criminaliza a comunicação enganosa em massa não são dotadas de força cogente suficiente para convencer da inoportunidade de se dispor desse instrumento no ordenamento. Seja porque apresentam dificuldades já há muito conhecidas – e possivelmente transponíveis – para a dogmática penal, seja porque mal redigidas e confusas, não são por aquelas razões que o crime do art. 359-O mereceria ser expurgado do ordenamento brasileiro.

Afinal, a Justiça Eleitoral, e o Tribunal Superior Eleitoral, instituições democráticas encarregadas de nossas eleições, têm zelado para que o sufrágio popular seja respeitado, portanto, aqueles que forem proclamados eleitos pela justiça especializada deverão assumir legitimamente os seus cargos e não poderão ser depostos. Colocar em jogo isso é colocar em jogo a democracia.

Por outro lado, isso não quer dizer que uma nova roupagem para ele, dirimente de vaguezas pouco saudáveis quando se fala em tutela da liberdade de expressão, não seja possível. Aqui, tanto com base na comparação com o tratamento dado a outros tipos penais que com aquele guardam semelhança de interesse, quanto com base na comparação com o ordenamento alemão sobre o mesmo tema, buscou-se lançar luz sobre sugestões de melhoramentos à redação do preceito incriminador.

A conclusão é a de que, com tais melhoramentos, o crime de comunicação enganosa em massa pode se converter em poderoso aliado na salvaguarda da qualidade do espaço de debate público em face das dificuldades que a modernidade e seus aplicativos de comunicação em massa, bem como com o aprofundamento do espaço da internet na vida mundial, têm trazido.

Por fim, sugere-se um novo texto para sua reformulação, que insere nele as ideias corretivas extraídas da comparação com o direito penal alemão e com acertos anteriores da própria Lei de Segurança Nacional, mas que não tem a pretensão de encerrar todos os melhoramentos possíveis, senão inaugurar um empreendimento: “propagar ou financiar, pessoalmente ou por interposta pessoa, mediante uso de expediente não fornecido diretamente pelo provedor de aplicação de mensagem privada ou pelos expedientes regulares deste quando ciente do risco de disseminação massiva, campanha ou iniciativa para disseminar fatos cuja inverdade seja pública e que sejam capazes de comprometer a higidez do processo eleitoral: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. §1º São matérias potencialmente ofensivas à higidez do processo eleitoral a oposição à criação e ao exercício de oposição política, à alternati-

dade das ideologias políticos-partidárias, à independência dos tribunais e ao combate do despotismo e de regimes arbitrários”.

REFERÊNCIAS

BOLSONARO, Jair Messias. “- Hoje, dia da Liberdade de Imprensa, tive excelente reunião com o vice-presidente mundial do Telegram, o Sr. Ilya Perekopsky, e o representante legal no Brasil, o sr. Alan Thomaz. - Ótima conversa sobre a sagrada liberdade de expressão, democracia e cumprimento da Constituição”. @jairbolsonaro, 7 de junho de 2022, 11h16. Disponível em: <https://twitter.com/jairbolsonaro/status/1534177536850141187>. Acesso em 21 de julho de 2023.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: crime permanente ou instantâneo? 03/05/17. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-mai-03/direito-defesa-lavagem-dinheiro-crime-permanente-ou-instantaneo> . Acesso em 21 de julho de 2023.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 1385, de 2021. Estabelece a Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito.. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg->

BRASIL. [Constituição (1988)]. 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. Acesso em: 21 de julho de 2023.

BRASIL. Palácio do Planalto. MENSAGEM Nº 427, DE 1º DE SETEMBRO DE 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-427.htm#acao%20penal

BRASIL. Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983. Brasília, DF: Palácio do Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm. Acesso em: 21 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 173458 / SC. Conflito de competência entre o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Blumenau-SC e o Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal do Foro Central da Barra Funda (SP). Relator: Min. João Otávio de Noronha, 27 de novembro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001719717 Acesso em 21 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal 613/SP. Relator: Min. Og Fernandes, 28

de outubro de 2015. Disponível em : https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200902334302 Acesso em 21 de julho de 2023

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte especial. V. 1 São Paulo: Atlas. 2014. Pág. 11.

Desmonetizado pelo TSE, maior canal ultrabolsonarista sofre derrota para o Google na Justiça. 01/09/21. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2021/09/desmonetizado-pelo-tse-principal-canal-ultrabolsonarista-sofre-derrota-para-o-google-na-justica.shtml> . Acesso em 21 de julho de 2023

DIAZ, Claudia Lopez. Código Penal Alemán. Universidade Externado de Colombia. 1999. Disponível em https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/20080616_02.pdf . Acesso em 24 de julho de 23.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime: Coimbra: Coimbra Editora, 2007

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O papel do Direito Penal na proteção de gerações futuras. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, nº 55. Disponível em: <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>. Acesso em 10 out.2021, p. 52.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Trad.Manuel Cancio Meliá e Feijó Sánchez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996

LEÃO. Hannah de Gregorio. Weimarestá em chamaz? Um Estudo sobre o Legado da Constituição de Weimar de 1919. PUC Rio, 2020. Disponível em https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2020/download/relatorios/CCS/DIR/DIR-Hannah%20De%20Gregorio%20Le%C3%A3o.pdf. Acesso em 24 de julho de 2023.

LEITE, Alaor e TEIXEIRA, Adriano. Defesa do Estado de Direito por Meio do Direito Penal: a Experiência Comparada e o Desafio Brasileiro. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-alaor-teixeira.pdf> . Acesso em 24 de julho de 2023.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, *The American Political Science Review* Vol. XXXI, 1937, p. 417 e ss., p. 426

MARTINELLI, João Paulo. BEM, Leonardo Schmitt de. Direito penal: lições fundamentais . Parte Geral. 7ª ed. -Belo Horizonte, São Paulo. D'Plácido, 2022. Pág. 1070

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal: parte general.

3 Ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 1998, p.65

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 525

O tamanho do poder da família Bolsonaro no Telegram. Veja. 9/04/2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/maquiavel/o-tamanho-do-poder-da-familia-bolsonaro-no-telegram>

POPPER, Karl. *The Logic of Scientific Discovery*. Routledge, 2002. Pág. 58.

Por maioria de votos, TSE declara Bolsonaro inelegível por 8 anos 30/06/23. <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Junho/por-maioria-de-votos-tse-declara-bolsonaro-inelegivel-por-8-anos>

ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires, Hamurabi, 2002.

STF dá 24 horas para que Telegram indique representante legal no Brasil. 26/05/23. <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=507949&ori=1> . Acesso em 21 de julho de 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 266

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 242

Tarcísio elogia site acusado de fake news e diz que Bolsonaro mudará composição de tribunais. 10/06/22. Disponível em : <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painel/2022/06/tarcisio-elogia-site-acusado-de-fake-news-e-diz-que-bolsonaro-mudara-composicao-de-tribunais.shtml>. Acesso em 21 de julho de 2023.

