

Revista da
PROCURADORIA-GERAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2966-1889

100
julho/dezembro 2024

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

100

JULHO/DEZEMBRO 2024



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TARCÍSIO DE FREITAS

Governador do Estado

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA

Procuradora-Geral do Estado

Cintia Byczkowski

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Fernanda Lopes dos Santos

Procuradora do Estado



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

ISSN 2966-1889

CENTRO DE ESTUDOS**PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 – 10º andar

CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil Tel. (11) 3286-7005

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

Cintia Byczkowski

Assessoria

Valter Farid Antonio Junior

Fernanda Lopes dos Santos

Comissão Editorial

Presidência

Cintia Byczkowski

Membros

Cintia Byczkowski, Valter Farid Antonio Junior (até 12/09/24), Fernanda Lopes dos Santos (a partir de 13/09/2024), Anselmo Prieto Alvarez, Arilson Garcia Gil, Caio Augusto Nunes de Carvalho, Carlos Ogawa Colantonio, Lucas Soares de Oliveira, Roberto Pereira Perez, Norberto Oya, Sueine Patricia Cunha de Souza, Talita Leixas Rangel.

Revista

Coordenação editorial desta edição: Fernanda Lopes dos Santos

Equipe: Juliana Aguilera do Nascimento Silva Guedes, Luciene de Cássia de Santana e Maisa Maciel Rodrigues.

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: revista eletrônica.

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971 - (semestral)

1971-2024 (1-99)

CDD-341.3
CDU-342.9

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
--------------------	-----

Lucas Soares de Oliveira e Talita Leixas Rangel

COMITÊ DE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE DISPUTAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE O CABIMENTO, CARACTERÍSTICAS E ESPÉCIES APLICÁVEIS.....	10
---	----

Matheus Alves Nascimento

ANÁLISE ECONÔMICA E O DIREITO DA INFRAESTRUTURA: NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS ÀS CONCESSÕES E PPPs.....	37
--	----

Iago Oliveira Ferreira

LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO ESTADO DE SÃO PAULO	59
---	----

Amanda de Moraes Modotti

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL: RELEVÂNCIA E POSSIBILIDADES	82
---	----

Paulo Vitor da Silva

LINGUAGEM, SILÊNCIO CONSTITUCIONAL E SISTEMA JURÍDICO: UM POSSÍVEL DIÁLOGO HEIDEGGER-LUHMANN	113
--	-----

Arilson Garcia Gil

APRESENTAÇÃO

Foi com muita honra que recebemos a missão de apresentar a centésima edição da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* (PGE-SP), que assim se consagra como duradouro veículo de disseminação do conhecimento jurídico e de promoção do debate crítico nas diversas áreas do Direito.

A publicação da Revista de número 100 reforça o papel da PGE-SP como espaço de pensamento jurídico inovador e de reflexão sobre questões de vanguarda no cenário nacional e internacional, como são exemplos os trabalhos publicados nesta oportunidade.

Já no primeiro trabalho apresentado, intitulado **“Comitê de Prevenção e Solução de Disputas no âmbito da Administração Pública: reflexões jurídicas sobre o cabimento, características e espécies aplicáveis”**, o Procurador do Estado de São Paulo Matheus Alves Nascimento examina a viabilidade de se incorporar o instituto do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Board*) como um dos métodos inseridos nos contratos entabulados pela Administração Pública para a prevenção e solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis vinculados à avença contratual e faz excelentes propostas de aplicação do tema para a Advocacia Pública.

Na sequência, em artigo intitulado **“Análise Econômica e o Direito da Infraestrutura: notas sobre a aplicação da teoria econômica dos contratos às concessões e PPPs”**, o Procurador Iago Oliveira Ferreira repassa aspectos relevantes da teoria dos incentivos e da teoria dos contratos incompletos, propondo aplicações em contratos de concessões comuns, concessão patrocinada e concessão administrativa, em análise de inegável relevância para a Administração Pública e que demonstra a atuação de vanguarda da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo na matéria.

A proteção dos mananciais na Região Metropolitana de São Paulo é um desafio que entrelaça questões ambientais, sociais e jurídicas. No artigo **“Litigância Climática no Estado de São Paulo”**, a Procuradora do

Estado de São Paulo, Amanda de Moraes Modotti, apresenta uma análise profunda sobre como o pagamento por serviços ambientais (PSA) pode ser uma solução eficaz para combater as ocupações irregulares e a consequente degradação dessas áreas vitais. Ao comparar a situação paulista com a bem-sucedida experiência de Nova York nos mananciais de Catskill e Delaware, a autora ilumina caminhos inovadores que podem ser adaptados ao nosso contexto. Ela traça um panorama histórico da legislação de proteção aos mananciais e discute possibilidades concretas de aplicar mecanismos de mercado para a preservação ambiental. Este trabalho é de grande relevância para a Advocacia Pública estadual, ao fornecer subsídios para a elaboração de políticas públicas mais eficazes, reforçando o papel dos procuradores na defesa do meio ambiente. Convido os leitores a explorarem esta leitura enriquecedora, que certamente trará reflexões valiosas para a construção de um futuro sustentável.

Após, no trabalho **“A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Fiscal: relevância e possibilidades”**, o Procurador do Estado Paulo Vitor da Silva se propõe a analisar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, inaugurado pelo CPC/2015, com especial atenção à aplicabilidade do instituto no âmbito das execuções fiscais, exaltando avocação do instrumento para coibir fraudes tributárias, em especial nos casos em que a normativa constante do Código Tributário Nacional não se revele apta a tanto. Exatamente por referida potencialidade, propõe que sejam conferidos efeitos mais amplos ao instrumento, quando manejado em sede de execuções fiscais, de forma a conferir maior racionalidade à cobrança do crédito tributário, inclusive na esfera da cobrança administrativa.

Por fim, a interpretação do silêncio na Constituição é um tema que desafia e enriquece o pensamento jurídico contemporâneo. No artigo **“Linguagem, Silêncio Constitucional e Sistema Jurídico: um possível diálogo Heidegger-Luhmann”**, o Procurador do Estado de São Paulo, Arilson Garcia Gil, nos conduz por um diálogo entre as teorias de Martin Heidegger e Niklas Luhmann, revelando como o silêncio não é mera ausência, mas uma força ativa na linguagem constitucional e no sistema jurídico. Ao explorar o silêncio como potencialidade em Heidegger e como elemento essencial para a autopoiese dos sistemas em Luhmann, o autor evidencia que o não dito na Constituição abre

caminho para o reconhecimento de novos direitos e para a evolução contínua do direito. Este trabalho é essencial para a Advocacia Pública estadual, por oferecer perspectivas profundas sobre a adaptação do sistema jurídico às novas realidades sociais. Convido todos a mergulhar nesta leitura instigante, que certamente ampliará os horizontes da interpretação constitucional.

Convidamos todos a explorar o riquíssimo conteúdo desta Edição Centésima, o qual temos certeza de que será de grande valia não só para os colegas procuradores, mas também para outros profissionais do Direito.

Excelente leitura a todos!

LUCAS SOARES DE OLIVEIRA

Procurador do Estado

TALITA LEIXAS RANGEL

Procuradora do Estado

COMITÊ DE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE DISPUTAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE O CABIMENTO, CARACTERÍSTICAS E ESPÉCIES APLICÁVEIS

Matheus Alves Nascimento¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Cardápio de opções para modelagem dos comitês: características, espécies, composição e ritos de atuação; 3. Incorporação dos comitês como ferramentas à disposição dos contratos administrativos; 4. A compreensão jurídica das manifestações vinculantes expedidas pelo comitê decisório; 5. Conclusões; Referências Bibliográficas.

RESUMO: Este artigo busca verificar a viabilidade prática de se incorporar o instituto do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas como um dos métodos inseridos nos contratos entabulados pela Administração Pública. Para tanto, centra-se a análise nas modalidades elegíveis pelo gestor público, assim como alguns dos pontos de atenção a serem por eles observados quando do efetivo manejo dessa que é uma ferramenta extrajudicial preventiva e resolutiva de litígios contratuais. Entre os principais temas abordados estão as opções para modelagem dos comitês, no que concerne às suas características, espécies, composições e ritos de atuação, análise dos cenários normativos correspondentes às realidades contratuais existentes, diante da potencial intenção de incorporação do comitê,

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas.

como mecanismo de prevenção e solução de litígios surgidos na contratação pública, e investigação quanto aos desdobramentos jurídicos das manifestações vinculantes expedidas pelo comitê decisório. **PALAVRAS-CHAVE:** Comitê de Prevenção. Solução de Disputas. Contratos entabulados. Modelagem dos comitês. Contratos Administrativos.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo destina-se a analisar a viabilidade de se incorporar o instituto do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Board*) como um dos métodos inseridos nos contratos entabulados pela Administração Pública para a prevenção e solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis vinculados à avença contratual. Para tanto, sem esgotar todo o rol de temas correlacionados, o que se espera é evidenciar, sobretudo, alguns benefícios de sua incorporação à prática público-administrativa.

O Comitê de Prevenção e Solução de Disputas (*Dispute Board*) consiste em método de prevenção e resolução extrajudicial de conflitos definido pela formação de comitê composto por profissionais especialistas técnicos nomeados para acompanhar a execução contratual, desde o início ou nos momentos mais críticos do projeto, e sugerirem/decidirem soluções às eventuais controvérsias técnicas que possam surgir durante a extensão do liame entre os pactuantes.

Trata-se de ferramenta com aderência destacada no nicho dos contratos de infraestrutura (Equipamento de Proteção Coletiva - EPC, empreitada, concessão, parceria público-privada, contratos de obra pública de grande vulto etc.) e dos contratos de inovação científica e tecnológica, diante dos benefícios trazidos à gestão contratual dos empreendimentos de considerada afetação físico-ambiental, expressivo impacto social ou tecnológico e relevante modelagem econômico-financeira.

Pertence o instituto ao rol de instrumentos à solução de controvérsias, voltado ao adequado tratamento do dissenso contratual nos contratos mais sensíveis na carteira de projetos de alto impacto, intencionado não só ao saneamento dos impasses já instalados, como também

à antecipação das soluções impeditivas ao escalonamento do impasse entre as partes.

Dentre os benefícios apontados pela doutrina especializada, fortalecida pela experiência já existente no manejo do instituto², estão a redução dos custos³ e a maior agilidade proporcionadas à obtenção de soluções (se comparadas aos métodos judiciais e arbitrais resolutivos de controvérsia). Ademais, permite-se uma gestão mais abrangente dos litígios contratuais, preservando-se a incolumidade do projeto mesmo quando a situação de crise conflitiva exsurgir.

Aliás, não é sem motivo que a utilização do *Dispute Board* é prática bastante difundida entre os contratos de infraestrutura. Há, nesses contratos, uma complexidade imanente na criação e manutenção de seu sinalagma. O conjunto obrigacional gravitante ao objeto contratado é de tal conformação que passa a ser natural, e já considerada pelas partes, a atração de diversas oportunidades conflitivas ao longo da execução, chegando a compor, inclusive, o custo de transação precificado pelos envolvidos.

E grande parte da complexa trama obrigacional dos contratos de infraestrutura se dá por ocasião do binômio especificidades do objeto contratado e modelagem faseada de sua execução contratual. Assim ocorre quando a formatação do empreendimento envolver a consideração de objeto com especificidades técnico-tecnológicas relevantes a serem desenvolvidas ao longo de etapas interativas, atraindo ambas as partes ao cumprimento de obrigações interdependentes e, por vezes, afetadas pelas relações com terceiros ao contrato. Veja-se, por exemplo, a constante implicação entre as fases de financiamento, de implantação, de operação, conquista de liquidez, investimentos adicionais, equalização do fluxo de

2 Citam-se, à maneira de exemplificação, o projeto “ERTAN HYDRO”, o projeto “KATSE DAM”, o projeto “HONG KONG AIRPORT”, o projeto “Río Paraná Dam Expansion”. Cf.: DBF - THE DISPUTE BOARD FEDERATION. *The use of Dispute Boards in public-private partnership transactions*. [S. l.]: DBF, 2013.

3 DE SOUSA, Antonio Luis Pereira. Dispute Boards. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution*, Belo Horizonte, n. 03, p. 71-156, 2020.

“[...] Custo direto: outro dado relevante refere-se ao custo dessa solução mais efetiva, que se situa de 0,05% do custo final do contrato de construção, para projetos com poucas disputas, a um máximo de 0,25% em projetos mais complexos, que envolvam muitas disputas [...]”.

caixa e compatibilização com as etapas de amortização do serviço da dívida, entrega do objeto contratado, mobilização e desmobilização etc.

Nesse sentido, deflagrado o conflito em algumas das fases componentes da modelagem, a prática contratual revela que o entrave extrapola suas consequências, afetando a incolumidade da execução contratual como um todo.

Eis que o manejo do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas intenciona mitigar, exatamente, os impactos da conflitualidade latente dos contratos complexos. No liceu de Ana Paula Brandão Ribeiro e Isabella Carolina Miranda Rodrigues:

[...] o alcance de uma solução para a controvérsia no momento em que ela está sendo desenvolvida (ou logo quando surgiu), já que os boards são formados desde o início da relação contratual, torna menos necessária a utilização de medidas drásticas para conter os prejuízos das partes enquanto não resolvem os seus impasses. Exemplo disso é a paralisação das obras e serviços contratados, medida que traz danos econômicos e financeiros para o projeto como um todo, porquanto exige das partes um replanejamento dos recursos alocados e a repactuação do equilíbrio contratual em termos de cronograma e valores contratuais⁴.

Muito embora constem dos contratos, amiúde, a necessidade de que as partes façam observar a manutenção do cumprimento de suas obrigações ainda quando pendente a discussão da controvérsia (na via arbitral, judicial ou por outro mecanismo compositivo de litígios), não raras vezes, ocorrido o dissenso, os pactuantes suspendem o cumprimento de obrigações correlacionadas àquelas cernes do litígio, o que afeta sistemicamente o projeto. Nesse cenário, destacam-se os efeitos indesejados produzidos ao fluxo de caixa do projeto, aos subcontratados, aos financiadores do projeto, dentre outros.

Sobre o tema, vale consignar a doutrina de Brodsky, para quem:

[...] na área da construção, os donos das obras consideram fundamental que a execução não pare ou desacelere sem necessidade em uma disputa

4 RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os Dispute Boards no direito brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 129-159, 2015.

ou controvérsia comercial ou técnica entre as partes que possa surgir durante o período de execução da obra ou projeto, de maneira que a operação continue sem interrupção ou interferência enquanto as desavenças ou disputas sejam resolvidas. Por outro lado, os contratantes, para poder atender a esta necessidade real e fundamental dos donos de não paralisar ou desacelerar a realização do projeto, requerem, de forma igualmente fundamental, que o processo de resolução de controvérsias sirva para resolver as disputas que surjam durante a execução do projeto com legitimidade, e de forma eficiente e efetiva, sem interromper o trabalho, mas que as resoluções, incluindo aqueles que exijam pagamentos adicionais ou ajustes ao valor contratual, sejam implementadas de imediato como soluções permanentes ou temporárias e sujeitas a processos de resolução posteriores, mantendo assim o fluxo de recursos necessários para a execução do projeto dentro do prazo estabelecido.⁵

Notabiliza-se, portanto, a necessidade de mecanismo capaz de prover solução o mais ágil e eficazmente possível, evitando-se o recurso a soluções drásticas e prejudiciais ao empreendimento como um todo.

A adoção de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, dadas as características que o definem (em sequência detalhadas) habilita-se como ferramenta dotada dos adequados meios à satisfação daquela necessidade.

Aliás, não é despidiendo relembrar, ligando-se o *dispute board* ao rol de instrumentos à conquista da gestão mais eficiente de empreendimentos complexos, com sua previsão contratual, conquista-se um ponto a mais inclusive à bancabilidade⁶ do projeto. Não por outra razão, os *dispute boards* foram inseridos no Brasil, em grande parte, como consequência de imposições do Banco Interamericano de Desenvolvimento e do Banco Mundial, que exigem essa ferramenta para financiamentos de obras de infraestrutura.

Diante de todos os apontamentos, sobretudo diante dos efeitos práticos projetados com a utilização do Comitê, não é de se estranhar que, cada vez mais, o tema venha ganhando espaço no meio jurídico.

⁵ BRODSKY, Jerry. Mesas paralelas de resolución de controversias en mega proyectos de ingeniería y construcción: una perspectiva práctica. In: GARCÍA, Roberto Hernández (coord.). *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

⁶ Disposição dos mais diferentes agentes financeiros em aportar recursos ao projeto.

O Conselho da Justiça Federal (CJF), em estudo sobre a Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos, coordenado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, emitiu três importantes enunciados sobre os *dispute boards*:

- a) Enunciado CJF nº 49: “Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro”;
- b) Enunciado CJF nº 76: “As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada”;
- c) Enunciado CJF nº 80: “A utilização de Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos”⁷

O Poder Judiciário, como sabido, tem crescente interesse nos mecanismos mais adequados para solução de litígios. Destacam-se, nesse sentido, dois julgados correlatos ao tema dos *dispute boards*.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.569.422/RJ, ratificou a extinção do processo sem resolução do mérito, manifestando-se quanto à validade de ser adotado o *dispute board* como meio hábil para solucionar disputas, senão vejamos (nossos grifos):

RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VEICULADA EM DOCUMENTO APARTADO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL SUBJACENTE (MEIO EPISTOLAR). APOSIÇÃO DE ASSINATURA NO DOCUMENTO. DESNECESSIDADE. ANUÊNCIA

⁷ BRASIL. CJF - CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada – Enunciados aprovados – 2016. Brasília, DF: CJF, 2016.

INEQUÍVOCA SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. RECONHECIMENTO. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE DELEGA A TERCEIRO A SOLUÇÃO DE ESPECÍFICA CONTROVÉRSIA (VALOR DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA A SER ADQUIRIDA), CUJA DECISÃO SERIA FINAL, DEFINITIVA E ACATADA PELAS PARTES. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, AINDA QUE VAZIA, APTA A SUBTRAIR DO PODER JUDICIÁRIO O JULGAMENTO DA QUESTÃO. EFEITO NEGATIVO. OBSERVÂNCIA. PRETENSÃO ACERCA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. RESISTÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

[...] 2.1 Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência / necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância – ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, – deve ser detidamente observada. 2.2 Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses. [...] 4. Recurso especial provido, para extinguir o processo sem julgamento de mérito.⁸

8 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (3 Turma). REsp 1569422/RJ. O Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Pedi vista dos autos diante das questões levantadas. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 26/04/2016, DJe: 20 mai. 2016. Brasília, DF: STJ, 2016.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já apreciou o tema, por meio do Agravo nº 2096127-39.2018 (nossos grifos):

ADMINISTRATIVO. Capital. Contrato administrativo nº 4107521301. **Linha 4 – Amarela do Metrô.** Execução da obra civil, obra bruta e acabamentos para conclusão da fase 2. VCA Vila Sônia. Serviços de retirada e disposição de solo contaminado. **Decisão do Conselho de Resolução de Disputas (CRD). Revisão. 1. CRD. Decisão.** O item 20.2 do Edital prevê o envio dos litígios a um Conselho de Resolução de Disputas, composto por três membros qualificados e admitidos por ambas as partes. A cláusula 7.2.8.3 do Termo de Acordo do Conselho de Resolução de Disputas assegura que “a decisão do Conselho somente deixará de ser exigível pelas Partes quando for notificada ou revisada, integral ou parcialmente, por meio de um acordo ou de um laudo arbitral ou sentença judicial”. As decisões proferidas pelo CRD do Metrô podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário, tanto com fundamento no art. 5º, XXXV da CF, quanto com base no Edital e Termo de Acordo que permeiam o contrato administrativo nº 4107521301; a concessão da tutela de urgência, por sua vez, é admitida desde que presentes os requisitos exigidos na lei (CPC, art. 300, “caput”), sem que isso represente desprestígio ao relevante instituto do “dispute board”. 2. Tutela de urgência. A decisão do CRD trata minuciosamente da (i) falha e demora na comunicação do Metrô sobre a contaminação do solo; (ii) suposta mistura do solo contaminado com solo limpo; e (iii) opção pelo sistema de coprocessamento em detrimento da dessorção térmica. A probabilidade do direito resta abalada pela embasada decisão do CRD; e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo é mitigado pela existência de seguro garantia que assegura o pagamento de indenização em quantia superior à discutida nos autos em caso de prejuízos decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações assumidas pelo agravante. Ausentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela de urgência (CPC, art. 300, “caput”), a revogação é medida de rigor. Tutela de urgência deferida. Agravo provido⁹.

9 SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo nº 2096127 – 39.2018.8.26.0000.** Relator: Torres de Carvalho. Data de Julgamento: 30/07/2018, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/08/2018. São Paulo: TJ-SP, 2018.

2. CARDÁPIO DE OPÇÕES PARA MODELAGEM DOS COMITÊS: CARACTERÍSTICAS, ESPÉCIES, COMPOSIÇÃO E RITOS DE ATUAÇÃO

Vistos os benefícios trazidos pelo Comitê e o cenário de sua aderência na prática contratual, passa-se a detalhar as especificidades do instituto, principalmente, para melhor diferenciá-lo de outros mecanismos extrajudiciais e extra-arbitrais compositivos de litígios.

A *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF – 2015) listou as características que mais contribuem para o sucesso da utilização dos *boards* como método de solução de litígios contratuais, dentre as quais¹⁰:

- a) os membros do comitê deverão ser imparciais e ambas as partes deverão aprovar a sua nomeação;
- b) os membros do comitê prestarão um compromisso contratual perante as partes de conferir a ambas um tratamento igualitário e imparcial;
- c) os custos decorrentes da utilização do comitê serão repartidos entre as partes contratantes;
- d) o comitê deverá ser formado antes mesmo que exista qualquer controvérsia ou divergência entre os contratantes, passando os membros a trabalhar desde o início da execução do contrato. Trata-se de diferença em relação ao instituto da Junta Técnica, cuja existência contratual ocorre pontualmente no momento em que o conflito já esteja instalado e para finalidades meramente recomendatória às partes¹¹;
- e) o comitê acompanhará a execução contratual em tempo real, na medida em que os registros das obras e serviços forem sendo produzidos (o que inclui documentos técnicos e contratuais, visitas a canteiros de obras), o que facilitará a análise da

10 RIBEIRO; RODRIGUES, *Op. cit.*, p. 134.

11 Entre a doutrina especializada, há quem defenda a possibilidade de composição de *dispute boards ad hoc*, isto é, comitês que não são formados desde o início do contrato, mas quando surge a divergência a ser resolvida. A desvantagem é de que os membros do comitê não estarão envolvidos com as circunstâncias e com os fatos que permeiem a execução contratual, podendo não ser tão eficaz como aquele comitê formado desde o início do contrato.

documentação e conferirá um entendimento mais fiel dos fatos que vem ocorrendo;

- f) o comitê poderá fazer visitas aos locais das obras, para cotejar os registros desenvolvidos e a realidade do dia a dia da execução, o que agregará uma percepção mais palpável e real, ainda que não surjam disputas entre os contratantes.

Quanto à composição dos membros do Comitê, a prática contratual normalmente adota a formação por três membros, cada parte contratante indicando um dos componentes. Os dois indicados, então, nomeiam um terceiro membro.

Apesar disso, há projetos cuja complexidade exige modelagens distintas. Peter Chapman¹² anota que Projeto do *Channel Tunnel* contou com a presença de um *dispute board* de cinco membros, e na concessão do *Channel Tunnel Rail Link*, no Reino Unido, foram constituídos dois comitês: um composto por engenheiros incumbidos dos assuntos técnicos relacionados essencialmente à construção e outro para acompanhar os assuntos financeiros do contrato.

Espera-se que os membros do comitê cumpram com as obrigações decorrentes do dever geral de agir com boa fé, de independência, de confidencialidade e de imparcialidade. Da mesma forma, os contratantes possuem a obrigação de cooperar com o comitê, informando-o de todos os fatos ocorridos no desenvolvimento do contrato.

À semelhança do que ocorre na arbitragem, a formação e o desenvolvimento dos trabalhos do *dispute board* seguirá as regras contratualmente estabelecidas. No caso de ser nomeada uma instituição para auxiliar e administrar aspectos burocráticos da atuação dos membros do Comitê, se esta contiver regras para esse tipo de procedimento, tais regras é que serão observadas pelas partes, salvo expressa ressalva dos contratantes.

Ainda relativamente à nomeação dos membros do Comitê, recomenda-se adoção da mesma lógica jurídica detrás da inexigibilidade

12 CHAPMAN, Peter H. J. Dispute boards on major infrastructure projects. *Proceedings of the Institution of Civil Engineers – Management, Procurement and Law*, [S. l.], v. 162, n. 1, p. 7-16, 2009.

de licitação para escolha da Câmara Arbitral, detalhada por meio do PARECER SUBG-CONS n.º 17/2018¹³.

Quanto à formalização das obrigações reciprocamente assumidas entre os membros do Comitê e as partes contratantes, recomenda-se que aditivo ao contrato instrumentalize a relação obrigacional encetada, remetendo-se a disciplina do aditivo aos parâmetros contratuais firmados pelo modelo de *dispute board* antes avençado no instrumento originário.

Constituído o Comitê, devem os membros se reunirem periodicamente para acompanhamento da execução contratual. Nesse sentido, a agenda de trabalho do *board* deve ser definida de maneira autônoma pelos próprios componentes, salvaguardando a atualização dos membros quanto ao status do projeto e, ainda, a neutralidade que deles é esperada.

Surgida controvérsia ou reivindicação de quaisquer das partes, a atuação resolutiva do Comitê pode ser provocada pela apresentação, pelos contratantes, de seus posicionamentos e razões, inclusive por meio da convocação de uma audiência.

Após, o *dispute board* deve se reunir para deliberar (por maioria de votos) sobre as divergências apresentadas e, ao final, emitir um relatório contendo recomendação ou decisão, considerando os aspectos legais, contratuais e técnicos que envolvem a discussão.

Com a emissão da decisão ou recomendação pelo Comitê, cabe aos contratantes analisar a conformidade de seu conteúdo com os seus próprios interesses, isto é, os contratantes têm a possibilidade de levar a controvérsia para as instâncias judiciais ou arbitrais.

Passando-se às espécies¹⁴ de Comitês de Solução e Prevenção de Disputas, três são as categorias tratadas pela doutrina especializada e

13 CONTRATO.PARceria PÚBLICO-PRIVADA. Solicitação de instauração de arbitragem pela concessionária responsável pela execução do contrato de concessão patrocinada da Linha 6 do Metrô de São Paulo, para apresentação de pleito para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Arbitragem institucional, com escolha da câmara para administração do litígio a ser efetuada pelo Poder Concedente, com base em critérios previstos na avença. Procedimento de inexigibilidade de licitação, com celebração de compromisso arbitral entre as partes interessadas. Viabilidade jurídica de indicação da instituição de arbitragem proposta pela Assistência de Arbitragens da Procuradoria-Geral do Estado.

14 Essas modalidades de *dispute boards* estão previstas no Regulamento da Câmara Internacional de Comércio de Paris (ICC – 2015).

visualizadas na prática de seu manejo contratual. Segundo Arnoldo Wald¹⁵, os *boards* são:

[...] painéis, comitês ou conselhos, para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards – DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards – DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes.

Portanto, a depender do regramento contratual, as soluções providas pelo Comitê poderão assumir a feição de recomendações aos contratantes, é dizer, não vinculantes; poderão assumir a qualificação de decisões obrigatórias às partes; ou, a depender do ajuste, poderão ter, para algumas matérias, natureza cogente e, para outras circunstâncias do contrato, natureza recomendatória, revelando-se modelagem híbrida do *dispute board*. Nessa modelagem, a manifestação do Comitê passará a ter natureza decisória se uma das partes acioná-lo para decidir sobre dada questão e a outra parte anuir ou silenciar quanto à resolução do litígio por meio de solução vinculante do *board*.

Quando a cláusula de *dispute board* previr espécie vinculante de Comitê, a ideia é que as decisões devam ser cumpridas de imediato, salvo se por provimento judicial ou arbitral forem anuladas ou de alguma maneira afastadas.

Trata-se, portanto, nessa hipótese, de decisão potencialmente temporária, mas vinculante às partes enquanto não afastada ou anulada por posterior decisão judicial ou arbitral.

Quando estruturado o comitê para elaboração de recomendações, poderão as partes assentir ou não à orientação dada pelo Comitê¹⁶. As recomendações emitidas, conquanto não vinculantes, podem ser usadas, igualmente, como prova (nos limites permitidos pelas leis processuais

15 WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 18-19, 2005.

16 DAVID, Cairns; MADALENA, Ignacio. El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Brasília, DF, v. 3, n. 10, p. 178-198, 2006.

aplicáveis) em eventuais procedimentos arbitrais ou perante a autoridade judicial.

Arnoldo Wald¹⁷ anota que, em geral, os contratos têm a previsão de arbitragem no caso de uma das partes não se conformar com a decisão do *board*. Mas é possível convencionar que todas as suas decisões serão executórias, desde logo, e que somente após a conclusão da obra poderá haver uma única arbitragem para o acerto de contas final, fixando o valor de eventuais créditos e débitos dos contratantes, uns em relação aos outros. Segundo o autor, a função do *board* estaria entre a perícia propriamente dita e a decisão arbitral, sendo mais do que a primeira e menos do que a segunda. Tanto é assim que, das decisões tomadas pelo *dispute board*, as partes poderiam prever o cabimento da arbitragem e/ou do recurso ao Poder Judiciário para anular ou reformar o que fora decidido.

A respeito do tema, interessante anotar que a cláusula padrão do Banco Mundial¹⁸ para grandes contratos prevê modelagem peculiar, basicamente consistente em três passos procedimentais escalonados para a tentativa de se dirimir uma disputa contratual:

- a) Primeiramente, deve-se tentar atingir uma solução com a intervenção e o auxílio da figura do *Engineer*, fiscal da obra.
- b) Entretanto, se essa tentativa malograr e as partes continuarem em discordância, deve-se submeter a questão a um Dispute Board de um ou três membros, que deve ser apontado ainda no início do contrato. Provocado, o Board deverá emitir a sua decisão em 84 dias contados do recebimento da notícia de controvérsia dada pelas partes, devidamente suportada pelos documentos pertinentes à questão posta em análise. Neste sentido, a decisão do Dispute Board previsto pelo Banco Mundial vincula as partes, que devem cumpri-la imediatamente após a sua emissão.
- c) Contudo, se alguma das partes estiver insatisfeita com a decisão do Board, poderá, em 28 dias do recebimento da decisão, enviar à outra parte notificação de intenção de iniciar processo arbitral.

¹⁷ WALD. *op. cit.*, p. 18-19.

¹⁸ RIBEIRO; RODRIGUES, *op. cit.*, p.145.

Caso não haja notificação nos 28 dias subsequentes ao recebimento da decisão, esta se torna final, não podendo mais ser revisada nem mesmo em procedimento arbitral.

3. INCORPORAÇÃO DOS COMITÊS COMO FERRAMENTAS À DISPOSIÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Vistas as principais características do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, passa-se a analisar a compatibilidade entre o instituto e os contratos encetados pela Administração Pública Paulista.

Relativamente aos contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133/2021 (ainda que subsidiariamente, como o caso das concessões e parcerias público-privadas¹⁹ que venham a ser celebradas após a vigência daquela Lei), por disposição expressamente consignada no diploma, admite-se a previsão de “comitê de resolução de disputas”, a quem se designe como meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações (artigo 151, *caput* e parágrafo único). A esse respeito, vaticina-se que os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias, entre os quais, o próprio comitê (artigo 153), devendo-se prever, relativamente ao processo de escolha dos comitês de resolução de disputas, critérios isonômicos, técnicos e transparentes (artigo 154).

Por fim, nos termos do artigo 138, a extinção do contrato administrativo regido pela Lei nº 14.133/2021 poderá ocorrer pela via consensual por meio de comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração.

Para os demais contratos da Administração Pública celebrados sob a vigência da Lei nº 8.666/1993 (ainda que por aplicação subsidiária, como o caso de concessões e parcerias público-privadas) e que não

¹⁹ Nos termos do artigo 186 da Lei nº 14.133/2021, aplica-se, subsidiariamente, o regramento ali consignado às licitações e contratações regidas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010.

tenham sido extintos, sendo, por isso, por ela ainda alcançados no curso de sua execução remanescente²⁰, muito embora seja inexistente previsão expressa na Lei nº 8.666/1993 ou na Lei Estadual nº. 6.544/1989 quanto à possibilidade de manejo de *dispute board* como método resolutivo das controvérsias contratuais, a adoção de métodos compositivos extrajudiciais, inclusive *dispute board*, decanta-se por meio da leitura sistêmica daqueles diplomas ao lado das Leis nº 9.307/1996 (Art. 1º, § 1º – “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”), nº 13.140/2015 (Art. 1º – “esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a auto-composição de conflitos no âmbito da administração pública”) e da Lei nº 8.987/1995 (Artigo 23-A – “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”).

Isto porque, havendo autorização legal para a adoção da via arbitral e da resolução dos conflitos envolveres à Administração Pública por meio de mediação e de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, não haveria razão juridicamente aceitável para afastar a aplicação de outros métodos resolutivos de litígios contratuais.

Se, de um lado, arbitragem representa a atribuição a terceiros, eleitos pelas partes, do poder de decidir em definitivo determinada controvérsia, em decisões que não admitem, em regra, posterior revisão judicial; do outro lado, a mediação representa a atribuição a terceiros, eleitos pelas partes, de um papel meramente facilitador de composição amigável, sem qualquer papel decisório.

Ora, se é certo que a lei permite a adoção de meios alternativos nessas duas pontas, não há razão para se inadmitir a previsão de *dispute boards*, os quais, mesmo quando revestidos de poder decisório,

20 Muito embora tenha se dado a revogação da Lei nº 8.666/1993, pela entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021, nos termos do artigo 190 deste diploma, “[...] o contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.”.

vinculante às partes, terão as suas decisões passíveis de posterior avaliação judicial ou arbitral.

Trata-se, portanto, de mecanismo de satisfação imediata do conflito por decisão temporária, equacionando a crise no momento em que surgida, sem suprimir o direito da Administração de fazer valer os seus interesses pela via judicial ou arbitral.

Especialmente, porque, conforme defendido por Gustavo Binenbojm e Paulo Osternack Amaral²¹, há situações nas quais o próprio interesse público primário será melhor atendido pela participação do poder público em mecanismos privados de solução de conflitos, na medida em que estes, como visto, tendem a proferir decisões mais técnicas, céleres e, portanto, adequadas ao caso concreto, tutelando de forma mais eficiente os interesses da coletividade.

Aliás, defender impossibilidade de manejo do *dispute board* aos diversos contratos da Administração, ausente previsão legal autorizativa expressa, significaria reduzir o princípio da legalidade a um contorno limitador incompatível com a contemporânea visão de atuação proativa da Administração Pública. No liceu de Anna Carolina Migueis Pereira²²:

Há, ainda, de se ter em mente que, na moderna dogmática administrativista, o princípio da legalidade não pode mais ser enxergado como mera vinculação positiva à lei, uma vez que tal visão, dentre outras deturpações, inviabilizaria atuações proativas da Administração Pública, implicando dominação de um Poder sobre o outro, na medida em que o Executivo tornar-se-ia mera longa manus do Legislativo.

Admitir que o Administrador somente atue nas estritas autorizações legais amesquinhas o papel do Executivo, além de ignorar a realidade fática, mutável em passo que não pode mais ser acompanhado pelo Legislador. Diante dessa inviabilidade prática e política, o clássico princípio da legalidade administrativa deve ser alargado, permitindo que o

21 AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

22 PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 15, n. 168, p. 9-28, 2015.

Administrador busque fundamento para a sua atuação não somente na lei em sentido estrito, mas em todo o ordenamento jurídico, que comporta regras e princípios, explícitos e implícitos. Eis o moderno princípio da juridicidade.

[...]

Sendo assim, pautado no princípio da juridicidade, o Administrador terá a liberdade de verificar no caso concreto a atuação que melhor irá atender ao interesse público, não estando vinculada à estrita vênua legislativa expressa. No caso em estudo, poderá decidir qual é o método de solução de conflitos mais proveitoso para o contrato em questão.

Tampouco há que se falar em incompatibilidade jurídica do instituto diante da pretensa indisponibilidade ou supremacia do interesse público subjacente.

Nesse ponto, auspiciosa se mostra a restrição da matéria a ser tratada pelo Comitê àquela hipoteticamente arbitrável. Circunscrevendo-se o temário tecnicamente apreciável pelo Comitê ao campo dos direitos patrimoniais disponíveis que envolvam o escopo do projeto de infraestrutura, aloca-se a solução provida pelo *board* dentro da seara de interesses negociáveis da Administração Pública, não restando violado, portanto, o interesse público envolvido. Preserva-se, pois, a mesma lógica jurídica já aplicável ao manejo da arbitragem.

Demonstrada a adequação do instituto ao sistema jurídico aplicável para os contratos da Administração Pública, não se perda de vista que se trata de instrumento em grande parte conectado aos contratos mais complexos, notadamente, de infraestrutura.

Por isso, ainda que impedimento jurídico não exista, querendo-se adotá-lo aos demais contratos celebrados pelo poder público, os benefícios práticos extraídos do seu manejo terão maiores chances de concretização nos contratos como de concessão, de parceria público-privada, arrendamento de bem público, concessão de direito real, alguns contratos para a realização de obra cujo vulto ou complexidade de engenharia assim justifique ou, ainda, instrumentos obrigacionais que, em função de seu caráter estratégico, especificidade, volumes de investimentos, prazo de execução, riscos envolvidos, inovação tecnológica ou científica, perfaçam estrutura jurídica semelhante.

Desse modo, ao tempo da modelagem do projeto, é recomendável que a Administração exerça juízo quanto à necessidade/adequação prática de se incluir a possibilidade do Comitê, considerando a complexidade do empreendimento, a potencialidade dos conflitos e de seus respectivos impactos na incolumidade da contratação, os riscos associados ao projeto e os custos adicionais trazidos pela instalação do *board*.

Aliás, a respeito dos contratos públicos, a doutrina consigna que, em um cenário ideal, a instalação de *dispute boards* deveria estar prevista desde a celebração inicial do contrato administrativo.

No entanto, vício não haveria se a constituição do Comitê ocorresse em etapa posterior, por meio de aditivo ao contrato já em curso:

Do mesmo modo que a arbitragem pode ser iniciada a partir de um compromisso arbitral, ainda que sem a cláusula compromissória, também seria possível a previsão de um *dispute board* para atuação em uma concessão já em curso a partir de uma determinada data, a partir da qual o *dispute board* seria responsável pelo acompanhamento e solução de todos os problemas surgidos e levados ao seu conhecimento pelas partes interessadas no tocante àquela concessão²³.

Quanto à duração do Comitê, se a ideia é que acompanhe o projeto de perto, são recomendáveis modelagem que assegure a manutenção do Comitê por toda a contratação, como também modelagem que previsse funcionamento limitado a alguns anos considerados períodos críticos da execução contratual (e.g. o lustro de implantação dos empreendimentos obrigatórios e o prazo de retomada da concessão), sem prejuízo do acionamento pontual diante de conflitos surgidos fora do período de manutenção.

No Brasil, dentre os projetos públicos que já se valeram do mecanismo ora tratado, destacam-se a Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, Parceria Público-Privada (PPP) para construção do Complexo Criminal Ribeirão das Neves, PPP Terminais de ônibus Município de

23 CARVALHO, André Castro; LINO, Marcos dos Santos. O *dispute board* nos contratos de concessão de serviços públicos. In: MARCONDES, Fernando (Org.). **Direito da construção: estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção**. São Paulo: PINI, 2014, p. 177-202.

São Paulo e nos contratos para construção do trecho Norte do Rodoanel de São Paulo.

Na legislação posta²⁴, merece destaque o regramento dado pela Lei do Município de São Paulo nº 16.873/2018, que disciplina genericamente e padroniza a instalação de *dispute resolution boards* para solução de conflitos em contratos de construção feitos pelo município de São Paulo.

Esclarece-se que, muito embora a produção legislativa específica seja alternativa ao tratamento da questão pelos entes federados intencionados a disciplinarem a adoção de *dispute boards* em seus contratos, não significa tratar-se da única via possível para incorporação do *board* à prática contratual pública.

Conforme demonstrado, só com o atual ordenamento de regência já seria juridicamente adequado o manejo do referido Comitê, inserto que o seja dentre as diversas iniciativas compositivas validamente selecionáveis pelo gestor público no tratamento das lides contratuais. Não há dúvidas de que a autorização legislativa mais ampla das normas legais já vigentes²⁵ alberga o instituto, como o faz para outros instrumentos compositivos, como a negociação direta, a junta técnica e a mediação.

Diante de todo o exposto, se dúvida não deve pairar quanto à viabilidade de se inserir *dispute board* nos contratos da Administração Pública, resta analisar se todas as modelagens possíveis quanto ao caráter das soluções providas pelo Comitê seriam juridicamente adequadas àqueles contratos celebrados com o poder público.

A respeito da modelagem de *board* com o viés apenas recomendatório de soluções compositivas, indubitavelmente, o regime jurídico da contratação celebrada pela Administração Pública não impediria a admissão de tal ferramenta.

Aliás, conforme visto, buscando-se o método mais adequado à resolução do litígio contratual, nem sempre o acionamento do Judiciário,

24 Há dois Projetos de Leis correntes no Congresso Nacional a respeito do tema: PL nº 9883/2018 e o PL nº 206/2018.

25 Cf.: Lei nº. 8.987/1995, Lei nº 11.079/2004, Lei nº 8.666/1993, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.140/2015.

ou até mesmo da arbitragem, serão os caminhos mais ajustados diante das circunstâncias contratuais enfrentadas.

Nesse sentido, o *dispute board* habilitado a prover apenas recomendações às partes contratantes seria alternativa para ou impedir que o litígio instalado escalasse a proporções maiores, que possivelmente seriam judicializadas ou levadas à arbitragem, ou até mesmo para antecipar soluções que inviabilizassem o nascimento do conflito. No entanto, sendo a natureza da solução puramente orientativa às partes, dependerá, em todo o caso, do livre convencimento pelos contratantes quanto aos benefícios de se impedir/sanar o dissenso, a partir da análise estratégica de custo-benefício, considerado cenário alternativo de manutenção da litigiosidade.

Demonstrada a ausência de impedimento jurídico à modelagem apenas recomendatória aos contratos públicos, cumpre indagar se, efetivamente, solução não vinculante às partes seria capaz de capturar maior número de cenários conflituosos instaurados ao longo da execução contratual, comparada à modelagem de *boards* decisórios, isto é, provedores de soluções vinculantes às partes em litígio.

Se a análise tiver como premissa que a conquista da resolução do litígio contratual é a meta a ser atingida, para uma modelagem recomendatória das soluções providas pelos Comitês, seguintes são os cenários: 1 – instaurado o litígio entre os contratantes, acionado o *board* para prover solução, ambas as partes se submetem à recomendação, convencidas de que a solução atende eficazmente ao impasse antes existente, incorporando-se, pois, a solução provida à execução contratual; 2 – instaurado o litígio, acionando o *board*, alguma das partes não se sujeita à solução proposta, ainda que, aparentemente, pudesse a recomendação pacificar o impasse, que se mantém em rumo provável de judicialização ou arbitramento.

Vê-se, portanto, para um modelo de Comitê compositivo com viés meramente recomendatório, a vontade de submissão das partes à solução provida é traço indispensável à conquista da pacificação do litígio, inexistente qualquer estímulo exógeno à voluntariedade dos contratantes que, com alguma cogência, aproxime-as da composição da lide.

Em última análise, significa dizer que, sendo a solução mera recomendação aos contratantes, o efeito prático do desfazimento do litígio só ocorrerá quando as partes voluntariamente assentirem, o que faz aproximar

a solução não vinculante aos institutos da Negociação Direta²⁶ e da Junta Técnica²⁷.

Se a intenção é acrescentar às alternativas extrajudiciais e extra-arbitrais de composição do litígio mais uma ferramenta para alcance da recomposição contratual, faz-se necessário que a modelagem de *dispute board* efetivamente agregue aos demais mecanismos algum elemento de relevante distinção à recomposição do ajuste.

Assim o fazem os *boards* decisórios, capazes de acrescentar a vinculação dos contratantes à solução provida pelo comitê.

Dada a importância do tema, é preciso que sejam feitos alguns esclarecimentos quanto aos contornos exatos da vinculação invocada.

4. A COMPREENSÃO JURÍDICA DAS MANIFESTAÇÕES VINCULANTES EXPEDIDAS PELO COMITÊ DECISÓRIO

Em primeiro lugar, vinculação não se confunde com imutabilidade do decisório. Aliás, para melhor compreensão da distinção, basta reavivar antiga, mas ainda aplicada, conceituação manejada no processo civil para a coisa julgada, trazendo luz à diferenciação entre aqueles conceitos, e que se aplica, de maneira análoga, à presente análise.

Segundo o artigo 502 do Código de Processo Civil, “[...] denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”²⁸.

Conquanto a autoridade da coisa julgada material somente qualifique algumas das decisões e em determinado estado do processo, a vinculação

26 Trata-se do mecanismo compositivo da negociação direta, caracterizado pela diluição do litígio ainda em fase inicial, marcado por procedimento pautado na busca da intensificação do diálogo entre as partes e na conquista de soluções compositivas reciprocamente construídas pelos contratantes, sem a intermediação de um terceiro neutro.

27 Nos termos do previsto na minuta de Contrato de Concessão referente à Concorrência Internacional nº 01/2019 ARTESP (Dispõe sobre Concessão Rodoviária Piracicaba-Panorama), os relatórios emitidos pela Junta Técnica terão “natureza opinativa e constituirão referência para as atividades, métodos e procedimentos a serem empregados pelas PARTES para tentativa de solução das divergências/conflitos que forem submetidos à JUNTA TÉCNICA”.

28 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

imediatamente às partes processuais é traço comum de toda decisão judicial, ainda que os efeitos executivos concretos possam ser postergados (decisões sem exequibilidade imediata, dada a suspensividade recursal) ou ainda que reformáveis ou anuláveis pelo provimento judicial subsequente. Trata-se do que a doutrina convencionou denominar de princípio da inevitabilidade da jurisdição.

À semelhança do conceito empregado no processo civil, dizer que decisão do *board* deva vincular as partes não significa afirmar que os contratantes, estando imediatamente submetidos à solução proposta, não possam buscar a reforma ou anulação da decisão, acionando a via judicial ou arbitral.

Vincular as partes consiste na dotação de cogência à solução provida pelo Comitê diante do conflito. Afasta-se, com isso, daquele cenário descrito na modelagem recomendatória de *board*, segundo o qual a vontade de submissão das partes à solução provida perfaz traço indispensável à conquista da efetiva pacificação do litígio, bastando que qualquer dos contratantes não assinta à solução proposta para que efeito concreto algum surja à resolução da lide.

Distintamente, para os Comitês decisórios, dois são os cenários gerados a partir de *dispute boards* decisórios: 1 – instaurado o litígio entre os contratantes, acionado o comitê, as partes concordam e se submetem à decisão; 2 – instaurado o litígio, acionado o comitê, alguma das partes não concorda com a decisão, mas, ainda assim, submete-se à solução dada.

Por óbvio, diante da ausência de imutabilidade do decisório estabelecido pelo Comitê, a parte irresignada poderia aventar a defesa de sua pretensão, acionando a competência reformadora ou anulatória judicial ou arbitral.

No entanto, até que sobrevenha provimento judicial ou arbitral contrário ao sentido decidido pelo *board*, certo é que a solução compositiva prevalecente será aquela posta pelo Comitê, devendo ser incorporada, imediatamente, à conduta contratual das partes, não sendo forçoso dizer, inclusive, de sua eficácia executiva imediata.

Sobre esse último ponto, da eficácia executiva imediata da decisão do *board*, passa-se a detalhar.

Ainda que se reconheça a mutabilidade da decisão do *board*, não significa que a solução seja desprovida de eficácia executiva e que dependa da confirmação pelo juízo arbitral ou estatal. Se assim o fosse, a utilização do *dispute board* decisório na solução das controvérsias contratuais deixaria de se tornar ferramenta autônoma e suficientemente habilitada a resolver o dissenso entre as partes, para se tornar apenas uma etapa prévia ao rito arbitral ou processual civil. O que não se deseja. A lógica da composição extrajudicial e extra-arbitral, por meio dos diversos mecanismos, é criar meios para que o litígio não escale àquelas vias de composição.

A ideia subjacente é a de que as partes tenham mecanismos de incentivo à resolução do litígio sem o acionamento da via judicial ou arbitral. Se a decisão do Comitê não tivesse eficácia executiva imediata, as partes não teriam qualquer incentivo ao acionamento do *board*, tornando-se mais econômico o manejo direto da via arbitral ou judicial para resolução da disputa.

Portanto, não há dúvida de que a decisão do *board* deve ter, preferencialmente, eficácia executiva imediata, para que, num cálculo de economicidade e agilidade na resolução da disputa, possam as partes considerá-la mais vantajosa e adequada à recomposição do ajuste contratual, se comparada aos demais mecanismos de resolução de disputas.

Fundamental, também, calibrar um comando de prazo dentro do qual a parte a quem incumbir a conduta firmada pela decisão do Comitê deva adotar as devidas providências para o reestabelecimento do ajuste.

Não sendo possível determinar prazo universalmente aplicável às diversas situações nas quais o litígio poderia ser resolvido, impende aventar a possibilidade de que o *board* decida, em concreto, o prazo tecnicamente mais ajustado à satisfação do comando decidido.

Se as partes contratantes entendem, pela previsão contratual, que há situações nas quais os litígios exsurgidos possam ser adequadamente solvidos pelo Comitê, sobrevivendo a lide, acionado o *board* pelos contratantes, não haveria razão para não lhe atribuir a decisão quanto ao prazo tecnicamente mais ajustado ao cumprimento das medidas necessárias à recomposição do contrato.

Aliás, a prefixação de prazos genéricos no contrato para cumprimento das decisões do *board* iria de encontro à ideia de acerto em concreto da situação litigiosa, inafastável a análise técnica do tempo necessário à recomposição do ajuste.

Por isso, não parecendo mais adequado que assista às partes, em comum acordo, decidirem sobre o prazo para cumprimento da decisão proferida pelo Comitê, sob risco, inclusive, de novo conflito surgir quanto à definição do tempo necessário ao adimplemento do comando, melhor solução, principalmente sob o ponto de vista da adequação técnica, será a que estabeleça competir ao *board* fixar o prazo para cumprimento de sua decisão, levando-se em consideração as obrigações da parte a quem incumbir a readequação da conduta, vista, igualmente, a complexidade (econômico-financeira, técnica e jurídica) envolvida no cumprimento do ajuste.

Postos os cenários albergados pela solução vinculante do Comitê, não significa dizer que a atuação será em todo o caso decisional, mesmo no modelo de *Dispute Board* de natureza adjudicatória.

5. CONCLUSÕES

Se é certo que, instalado o conflito, benefícios consideráveis à proteção da incolumidade do projeto poderiam surgir quando o acionamento do *board* conduzisse a uma solução imediatamente vinculante às partes, igualmente correto é que nem toda atuação do Comitê será para que se resolva conflitos já instalados.

Aliás, o diferencial da modelagem do *board* ao longo da execução contratual é que coexista em funcionamento perene (por todo o período do contrato ou para os períodos mais críticos da pactuação) como Comitê também de monitoramento. Com esse mister, não parece inadequada a atuação recomendatória, inserida num contexto de prevenção de conflitos (e não de remediação).

Por isso, benefícios consideráveis defluem da modelagem de *dispute boards* que conduza a uma atuação dúplice dos membros do Comitê. Ora com agenda de acompanhamento do projeto, exercendo funções recomendatórias na prevenção de conflitos, ora desempenhando papel decisional diante dos litígios instalados. Para esse segundo momento,

dado aspecto vinculante conferido à solução provida, fundamental que as partes tenham os incentivos contratuais adequados ao acionamento do comitê, num cálculo de custo-benefício aos seus interesses em face da continuidade do projeto.

Ainda assim, em alguns casos particulares, poderia a modelagem contratual melhor afeiçãoar-se à adoção de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas de natureza exclusivamente orientativa (*Dispute Review Boards*), principalmente, diante da valia probatória da espécie, ou de natureza híbrida (*Combined Dispute Boards*), espécie na qual serão emitidas recomendações e decisões, a depender da forma como o litígio lhe for submetido pelas partes contratantes.

Não é despidendo repisar que a multiplicidade de cenários possíveis aos contratos com relevante nível de complexidade demanda a dotação, ao gestor público, de opções de modelagem igualmente diversas, de maneira a viabilizar, caso a caso, a definição contratual que melhor albergue a tutela do interesse público.

Considerando-se, de um lado, os limites da negociabilidade contratual do poder público e, de outro lado, a compreensão de que a criação ou a postergação do litígio possa trazer, em certos cenários, maiores prejuízos ao erário e ao interesse público, se comparadas à imediata mobilização dos recursos necessários para o impedimento ou saneamento da lide, entende-se que a modelagem do Comitê deve conferir formação que assegure, em algum momento, a realização daquele juízo de adequação do manejo do *board*, diante dos elementos do caso concreto. Principalmente, considerados aspectos técnicos, financeiros, jurídicos, conjunto probatório já produzido etc.

Aliás, o sobredito momento de juízo de submissão da prevenção ou solução de um litígio contratual à atuação do Comitê compõe, exatamente, a concretização da decisão de mérito administrativo na condução dos contratos e não significa, em último caso, juízo de disponibilidade do próprio interesse público, mas de condução estratégica rumo ao caminho de sua conquista, quando adequadamente motivado pelos elementos concretos constituintes da lide potencial ou presente.

Evidencia-se, nesse sentido, a necessidade de atuação aproximada dos membros da advocacia pública no trabalho de orientação e

acompanhamento junto ao desenho da modelagem contratual dos Comitês e diante dos procedimentos instaurados em face dos *boards*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (3 Turma). **REsp 1569422/RJ**. O Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Pedi vista dos autos diante das questões levantadas. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 26/04/2016, DJe: 20 mai. 2016. Brasília, DF: STJ, 2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 17 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#:~:text=L13105&text=LEI%20N%C2%BA%2013.105%2C%20DE%2016%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202015.&text=C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.&text=Art.%201%C2%BA%20O%20processo%20civil,se%20as%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20deste%20C%C3%B3digo. Acesso em: 4 fev. 2025.

BRODSKY, Jerry. Mesas paralelas de resolución de controversias en mega proyectos de ingeniería y construcción: una perspectiva práctica. *In*: GARCÍA, Roberto Hernández (coord.). **Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos**. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

CAIRNS, David; MADALENA, Ignacio. El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Brasília, DF, v. 3, n. 10, p. 178-198, 2006.

CARVALHO, André Castro; LINO, Marcos dos Santos. O dispute board nos contratos de concessão de serviços públicos. *In*: MARCONDES, Fernando (Org.). **Direito da construção: estudos sobre as várias áreas do direito aplicadas ao mercado da construção**. São Paulo: PINI, 2014, p. 177-202.

CHAPMAN, Peter H. J. Dispute boards on major infrastructure projects. **Proceedings of the Institution of Civil Engineers – Management, Procurement and Law**, [S. l.], v. 162, n. 1, p. 7-16, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/250073150_Dispute_boards_on_major_infrastructure_projects. Acesso em: 16 nov. 2024.

BRASIL. CJF - CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada – Enunciados aprovados – 2016**. Brasília, DF: CJF, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>. Acesso em: 4 fev. 2025.

SOUSA, Antonio Luis Pereira de. Dispute Boards. **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution**, Belo Horizonte, n. 3, p. 71-156, 2020. Disponível em: <https://rbadr.emnuvens.com.br/rbadr/article/view/71/47>. Acesso em: 4 fev. 2025.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 15, n. 168, p. 9-28, 2015.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão; RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Os Dispute Boards no direito brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 129-159, 2017.

SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo nº 2096127 – 39.2018.8.26.0000**. Relator: Torres de Carvalho. Data de Julgamento: 30/07/2018, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/08/2018. São Paulo: TJ-SP, 2018.

THE DISPUTE BOARD FEDERATION – DBF. **The use of Dispute Boards in public-private partnership transactions**. [S. l.]: DBF, 2013. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Dispute%20Board%20Federation-%20Dispute%20Boards%20in%20Practice%20by%20Cyril%20Chern.pdf>. Acesso em: 15 out. 2024.

WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 09-24, 2005.

ANÁLISE ECONÔMICA E O DIREITO DA INFRAESTRUTURA: NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS ÀS CONCESSÕES E PPPs

*Iago Oliveira Ferreira*¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A teoria econômica dos contratos; 2.1. Teoria da Agência ou Teoria dos Incentivos; 2.2. Teoria dos Contratos Incompletos; 3. Aplicações aos contratos de parceria (concessões e PPPs); 4. Conclusões; Referências Bibliográficas.

RESUMO: Este artigo explora a literatura sobre a teoria econômica dos contratos, analisando suas repercussões e implicações práticas sobre os contratos de parceria celebrados pelo poder público. Em primeiro plano, explica-se as premissas teóricas que fundam a teoria da agência e a teoria dos contratos incompletos, comentando os seus trabalhos fundadores e principais aplicações, ressaltando, também, a sua utilidade para lidar com cenários de incerteza, assimetria informacional e incompletude contratual. Adicionalmente, faz-se a conexão entre a literatura estudada e a realidade dos contratos estatais de delegação de bens e serviços públicos, explorando-se a aplicabilidade dos referidos *insights* teóricos a desafios prementes na estruturação e gestão desses contratos, como repartição de riscos, mecanismos de remuneração, renegociação contratual e extinção antecipada, destacando-se, por fim, a sua utilidade para o desenvolvimento de soluções inovadoras nos referidos temas.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Economia pela Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EESP).

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de parceria no setor de infraestrutura; Análise econômica; Teoria da agência; Teoria dos contratos incompletos; Regulação por incentivos.

1. INTRODUÇÃO

Investimentos em infraestrutura são amplamente reconhecidos como essenciais para o desenvolvimento, contribuindo para o aumento de produtividade, criação de empregos, redução dos custos logísticos e aprimoramento de capital humano do país. Ao mesmo tempo em que essa importância é reconhecida, também se reconhece que há uma grande demanda não atendida por investimentos em infraestrutura, seja para a superação de gargalos relevantes em países emergentes e em desenvolvimento, seja para a manutenção adequada do estoque de infraestrutura existente em países desenvolvidos.

Diante da incompatibilidade das restrições fiscais com esse cenário de crescente necessidade de investimento, vários países vêm adotando modelos de parceria com a iniciativa privada para o desenvolvimento de novos projetos, na intenção de aliar a capacidade de financiamento público à de financiamento privado na implantação de ativos de infraestrutura, além de aproveitar a *expertise* do mercado na gestão desses ativos².

No Brasil não se deu de forma diferente: desde meados da década de 1990, além de promover a privatização de setores estratégicos, como energia e telecomunicações, o país inaugurou seus primeiros programas de concessão na área de rodovias, que hoje se expandiram para outros setores de transporte – como aeroportos, trilhos e portos –, e mesmo para áreas de infraestrutura social, com a presença de concessões e parcerias público-privadas nas áreas de saúde, educação, habitação, parques públicos, gestão prisional, entre outras.

2 FOUAD, Manal; MATSUMOTO, Chishiro; MONTEIRO, Rui; RIAL, Isabel; SAKRAK, Ozlem Aydin. *Mastering the risky business of public-private partnerships in infrastructure*. Washington, DC: International Monetary Fund, 2021.

Para a melhor compreensão das vicissitudes inerentes às mencionadas parcerias, e na esteira do crescimento no número de abordagens acadêmicas que buscam aplicar a análise econômica aos institutos jurídicos, mostra-se de grande valia que se colha contribuições da teoria econômica dos contratos, a qual possui aplicações diversas e muito úteis para o estudo do funcionamento de tais institutos do direito da infraestrutura, tema sobre o qual se buscará lançar algumas luzes neste ensaio.

Visando alcançar tal objetivo, o trabalho foi assim dividido: na Seção 2, discute-se duas vertentes importantes da teoria econômica dos contratos, quais sejam, a teoria da agência e a teoria dos contratos incompletos; na Seção 3, discute-se as principais aplicações dos *insights* teóricos discutidos à realidade dos contratos de concessão e parceria público-privada (PPP); ao final, conclui-se com a síntese dos principais achados.

2. A TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS

2.1. Teoria da Agência ou Teoria dos Incentivos

Os desafios vivenciados na estruturação e gestão de contratos de concessão e parceria público-privada surgem, essencialmente, pelo fato de serem contratos incompletos de longo prazo, cuja execução se desenvolve em um cenário de incerteza e assimetria informacional³. Esse tema é objeto de estudo por parte de duas principais correntes teóricas na economia dos contratos: a teoria da agência e a teoria dos contratos incompletos.

A teoria da agência investiga a estruturação ótima de contratos que envolvem a delegação de uma atividade por um principal a um agente, o que, em ambiente de assimetria informacional, gera problemas de incentivo⁴.

As situações de assimetria informacional analisadas por essa literatura envolvem, tipicamente, uma vantagem informacional do agente sobre o principal. Tal vantagem pode decorrer de um conhecimento privilegiado

3 CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. *Manual de parcerias público-privadas e concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

4 LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *The theory of incentives: The principal-agent model*. New Jersey: Princeton University Press, 2002.

acerca da sua estrutura de custos ou de características importantes do objeto contratado (seleção adversa ou informação oculta⁵), ou dizer respeito a ações que o agente realiza na execução desse objeto que não são observáveis pelo principal, dando azo ao emprego de esforço insuficiente ou a comportamentos oportunistas (risco moral ou ação oculta⁶).

Para o tema analisado neste trabalho, o *insight* de maior interesse que se extrai dessa corrente teórica é que, em havendo um principal neutro ao risco e um agente avesso ao risco, existe um relevante *trade-off* entre alocação eficiente de riscos e alinhamento de incentivos^{7,8,9}.

O principal que deseja induzir esforço (não observável) do agente precisa alocar a esse último parte do risco pertinente aos resultados do negócio delegado, fazendo com que sua remuneração seja contingente em relação a esse resultado, mas isso exige o pagamento de um prêmio de risco que traz custos de agência e ineficiência à contratação – caso o esforço do agente fosse contratualizável, a solução eficiente (*first best*) seria alocar todo o risco do contrato ao principal que, por ser neutro ao risco, não exige nenhum prêmio para assumi-lo.

Contudo, a transferência de riscos ao agente não deve se dar de forma indiscriminada, mas se pautar no princípio da informatividade¹⁰. Deve-se analisar se o sinal revelado pelos eventos que afetam o resultado do negócio é informativo quanto ao exercício de esforço pelo agente – hipótese em que é eficiente que o risco seja a ele alocado –, ou se, ao revés, é pouco correlacionado com esse esforço, estando fora de seu controle – hipótese em que a alocação do risco ao agente apenas implicará em custos e não trará benefícios em termos de provisão de incentivos.

A atenção ao *trade-off* e princípio acima mencionados contribui, assim, para a estruturação de contratações eficientes em diversos ramos

5 Traduções para as expressões em inglês *adverse selection* e *hidden knowledge*.

6 Traduções para as expressões em inglês *moral hazard* e *hidden action*.

7 LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *Op. cit.* 2002.

8 BOLTON, Patrick; DEWATRIPONT, Mathias. *Contract theory*. Cambridge: The MIT Press, 2005.

9 MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, David. *An Introduction to the economics of information: Incentives and contracts*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

10 HOLMSTRÖM, Bengt. Moral hazard and observability. *The Bell Journal of Economics*, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 74-91, 1979.

da economia, dada a ubiquidade dos contratos de delegação – que possuem o problema de agência em sua essência – nos mais diferentes setores produtivos. Jogando luz sobre os mecanismos disponíveis para alinhar os interesses do agente aos objetivos do principal, assim como explicitando os custos associados a tais mecanismos, a teoria dos incentivos permite a tomada de decisões mais conscientes e informadas por aqueles responsáveis pela elaboração de contratos de delegação – o que, como se verá no tópico a seguir, é de grande utilidade também para a atuação estatal na estruturação dos contratos de delegação de serviços públicos.

2.2. Teoria dos Contratos Incompletos

Além da teoria dos incentivos, um outro referencial teórico da economia dos contratos que contribui para a melhor compreensão dos desafios presentes na estruturação de concessões e PPPs é, como se antecipou acima, a teoria dos contratos incompletos.

A teoria dos contratos incompletos guarda íntima relação com a literatura anterior e, no fundo, pode ser enxergada como uma ferramenta de análise complementar que é aplicável, essencialmente, às mesmas questões de alinhamento de incentivos para a obtenção de contratações eficientes em cenários de incerteza. Sob esse último referencial teórico, no entanto, o foco é transferido da assimetria informacional para a especificidade dos investimentos feitos pelas partes no bojo do contrato, adotando-se uma perspectiva diversa para a compreensão das relações contratuais.

O surgimento da teoria dos contratos incompletos pode ser atribuído ao trabalho de Oliver Williamson¹¹.

Em um de seus principais ensaios¹², o economista americano adota a perspectiva da economia dos custos de transação¹³ para analisar as principais instituições que compõem uma economia de mercado, tais como os contratos e as firmas. Nesse contexto, é ressaltada a relevância assumida pela existência de investimentos específicos e não recuperáveis (custos

11 DEWATRIPONT, Mathias.; LEGROS, Patrick. Public-private partnerships: Contract design and risk transfer. *EIB Papers*, Luxembourg, v. 10, n. 1, p. 120-145, 2005.

12 WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*. New York: Free Press, 1985.

13 COASE, Ronald Harry. The Nature of the Firm. *Economica*, Londres, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

afundados) em cenários de incerteza, o que produz, para determinadas contratações (tipicamente, complexas e de longo prazo), dois tipos de ineficiência: custos associados a renegociações ou litígios e realização subótima de investimentos produtivos.

Williamson argumenta que a complexidade e incerteza no ambiente de contratação resultam em um alto grau de incompletude contratual, que impede a proteção dos investimentos específicos à transação (*transaction-specific investments*), feitos por uma parte, contra o oportunismo da outra. Isso porque essa última buscará, diante de inevitáveis renegociações necessárias à adaptação do contrato às contingências futuras, apropriar-se dos excedentes gerados pelos investimentos realizados pela parte contrária, ciente de que possuem um maior valor dentro da relação contratual, em comparação com usos alternativos.

Tal situação de *hold up* traz claras ineficiências, na medida em que, além de gerar custosos processos de barganha e resolução de litígios, desincentiva a realização de investimentos específicos que aumentam o excedente gerado pela transação. Essa é a principal explicação para a criação de outros mecanismos institucionais, complementares ou alternativos à contratação bilateral, para o desenvolvimento de determinados tipos de transação, que buscam superar ou mitigar o risco de oportunismos expropriatórios em sua execução, tais como a integração vertical, comprometimentos prévios críveis (*credible commitments*), instâncias de governança contratual e resolução de disputas, entre outros.

No arcabouço teórico esboçado, investimentos específicos à relação podem ser interpretados de forma ampla, o que é destacado por Williamson¹⁴, citando os exemplos de investimentos em capital humano e no desenvolvimento comunicacional da relação. O aspecto central à análise se situa no fato de que a continuidade da relação contratual tem valor para uma ou ambas as partes, em virtude de investimentos e atos preparatórios prévios especificamente voltados ao ajuste celebrado, que são irrecuperáveis (no todo ou em parte) caso a relação se encerre prematuramente e as partes tenham que buscar alternativas no mercado¹⁵.

14 WILLIAMSON. *Op. cit.* 1985.

15 No original: “The reason why significant reliance investments in durable, transaction-specific

Nesse cenário, opera-se o que o autor denomina de “transformação fundamental”, que transporta as partes de um cenário competitivo *ex ante* para um monopólio bilateral *ex post*, no qual cada parte depende da outra para desenvolver a transação almejada em todo o seu potencial. Isso situa os contratantes em posição estratégica, um em relação ao outro, para barganhar oportunisticamente e litigar – visando aumentar seus ganhos – em torno de inevitáveis contingências futuras não previstas que impactem a execução contratual, o que reclama o desenvolvimento de mecanismos contratuais e/ou estruturas de governança que atenuem o oportunismo e reduzam os custos associados ao desenvolvimento de transações com tais características.

Aprofundamentos subsequentes enfatizaram a importância da alocação da propriedade para a solução ótima do problema de *hold up*^{16,17,18,19}.

Tais ensaios destacam que os direitos residuais de controle, decorrentes da propriedade, permitem a tomada unilateral de decisões necessárias à adaptação da relação produtiva face às contingências futuras. Isso confere poder de barganha *ex post* para o dono do ativo específico à relação, que também se torna padrão do contratado, o que reduz os custos associados à renegociação e à litigância, assim como incentiva a realização de investimentos específicos e não recuperáveis. Por outro lado, a alocação de todo o controle e resultado residual do negócio à parte contratante reduz os incentivos para a realização de investimentos específicos pela parte contratada, assim como para empreender esforço voltado à redução de custos, também gerando ineficiências²⁰.

assets introduces contractual asymmetry between the winning bidder on the one hand and nonwinners on the other is that economic values would be sacrificed if the ongoing supply relation were to be terminated. Faceless contracting is thereby supplanted by contracting in which the pairwise identity of the parties matter” (Williamson, 1985, p. 62).

- 16 KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert George; ALCHIAN, Armen Albert. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 21, n. 2, p. 297-326, 1978.
- 17 GROSSMAN, Sanford Jay; HART, Oliver. The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 94, n. 4, p. 691-719, 1986.
- 18 HART, Oliver; MOORE, John. Property rights and the nature of the firm. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 98, n. 6, p. 1119-1158, 1990.
- 19 HART, Oliver; MOORE, John. Foundations of incomplete contracts. *The Review of Economic Studies*, Oxford, v. 66, n. 1, Special Issues, p. 115-138, 1999.
- 20 O problema de redução de incentivos ao contratado na configuração de Grossman, Hart

Em suma, o *trade-off* que se extrai dessa última análise é entre custos de governança/adaptação, de um lado, e provisão de incentivos de outro, cuja devida consideração oferece aplicações relevantes ao contexto de relações de longo prazo e com dependência bilateral²¹.

A abordagem fundamentou, principalmente, o exame sobre quando a integração vertical entre firmas é uma solução eficiente *vis-à-vis* a contratação independente^{22,23}, sendo também aplicada à escolha de mecanismos contratuais/institucionais em outros contextos. Entre estes, como se detalhará na seção seguinte, destaca-se o tratamento de questões relativas à provisão de bens e serviços públicos, havendo sólida literatura que aborda as variáveis a serem consideradas na decisão estatal entre provisão pública *vis-à-vis* a prestação mediante delegação à iniciativa privada, contribuindo-se também para a adequada estruturação de arranjos contratuais destinados a promover essa delegação, nos casos em que ela é considerada como a melhor alternativa.

Para Bolton e Dewatripont²⁴, a introdução da incompletude contratual levou a importantes mudanças metodológicas no âmbito da teoria econômica dos contratos. Enquanto a teoria da agência foca na otimização da remuneração e distribuição de riscos para incentivar o agente a realizar esforços não observáveis, de forma alinhada aos interesses do principal, a abordagem dos contratos incompletos se volta à otimização de mecanismos contratuais ou de governança para mitigar o oportunismo das partes no contexto de dependência mútua em que se situam, impossível de ser neutralizado mediante um disciplinamento exaustivo de todas as

e Moore, apesar de não idêntico, aproxima-se bastante do problema clássico de *moral hazard* explorado pela teoria da agência, dado que a parte contratual que detém os direitos residuais ao controle e ao resultado do negócio costuma ser, também, a parte que suporta os seus riscos.

21 O mencionado *trade-off* é destacado por Williamson (1985, p. 91) em sua análise comparativa entre a integração vertical entre firmas *versus* contratação com terceiros: “Thus market procurement is the preferred supply mode where asset specificity is slight – because of the incentive and bureaucratic disabilities of internal organization in production cost control respects. But internal organization is favored where asset specificity is great, because a high degree of bilateral dependency exists in those circumstances and high-powered incentives impair the ease with which adaptive, sequential adjustments to disturbances are accomplished”.

22 HART, Oliver; MOORE, John. *Op. cit.* 1990.

23 HART, Oliver. *Firms, contracts, and financial structure*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

24 BOLTON, Patrick; DEWATRIPONT, Mathias. *Op. cit.*

contingências futuras que impactarão o desenvolvimento da transação. Essas abordagens se mostram complementares e, em conjunto, iluminam de forma mais completa os principais problemas verificados em contratações complexas de longo prazo, que costumam guardar as características assumidas por ambas as correntes teóricas, quais sejam: incerteza, assimetria informacional e incompletude contratual.

3. APLICAÇÕES AOS CONTRATOS DE PARCERIA (CONCESSÕES E PPPs)

Este trabalho defende a tese de que os *insights* decorrentes das correntes teóricas da ciência econômica discutidas acima possuem muito a contribuir para a atividade estatal de estruturação de contratos de parceria, conceito mais geral no qual se pode englobar as categorias legais da concessão comum (regrada pela Lei Federal nº 8.987/1995 – “Lei de Concessões”)²⁵ e das concessões patrocinadas e administrativas (regradas pela Lei Federal nº 11.079/2004 – “Lei de Parcerias Público-Privadas”)²⁶ de serviços públicos.

A começar pela teoria da agência, o equacionamento ótimo do *trade-off* entre alocação de riscos e provisão de incentivos está na essência da estruturação de contratos de concessão, que têm como um de seus aspectos centrais a matriz de distribuição de riscos entre o poder público – que pode ser enxergado como o principal neutro ao risco e com desvantagem informacional – e o parceiro privado – visto como o agente avesso ao risco e com vantagem informacional.

Com efeito, boa parte das cláusulas contratuais usualmente inseridas em contratos de PPP impactam na distribuição dos riscos do contrato, ainda que não estejam inseridas nas seções específicas que tratam do tema. Logo, o *trade-off* mencionado perpassa grande parte das questões inerentes ao *design* contratual, envolvendo a definição dos seus diferentes regramentos e de como a interação entre eles afeta os incentivos à performance do contratado.

25 BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

26 BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2004.

Nesse sentido, existe farta literatura aplicando esse referencial teórico à análise de problemas relacionados à regulação e, especificamente, à provisão de infraestrutura via concessões e parcerias público-privadas.

Laffont e Tirole²⁷ adotam tal perspectiva para construir um arcabouço sistemático sobre a teoria dos incentivos aplicada à regulação econômica no setor de infraestrutura, inaugurando uma “nova economia da regulação”. Iossa e Martimort^{28,29} estendem a aplicação da teoria dos incentivos ao caso específico das parcerias público-privadas, deduzindo alguns *insights* relevantes sobre o design ótimo desses contratos, com o tratamento de pontos como a alocação do risco de demanda, a integração (*bundling*) entre atividades de construção e operação e a definição do prazo contratual. Dewatripont e Legros³⁰ também reconhecem a existência do *trade-off* entre alocação eficiente de riscos e incentivos nas contratações de parcerias público-privadas, e exploram questões de design contratual sob essa ótica. Klein³¹, por sua vez, destaca a importância da estruturação de sistemas de incentivo eficientes no design de contratos de concessão, que envolvem diversos temas, como alocação de riscos, mecanismos de pagamento (*cost-plus x fixed price*), indicadores de desempenho e exigência de garantias.

É possível enxergar a tradução dos principais *insights* da teoria dos incentivos, inclusive, em alguns manuais de referência sobre contratações de PPP^{32,33}, em que se recomenda que os riscos do contrato sejam alocados à parte em melhor posição para evitá-los ou mitigar os seus

27 LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Regulation and Procurement*. Cambridge: MIT Press, 1993.

28 IOSSA, Elisabetta; MARTIMORT, David. The theory of incentives applied to the transport sector. *CEDI Discussion Paper Series*, Bristol, n. 09-04, p. 1-25, 2009.

29 IOSSA, Elisabetta; MARTIMORT, David. The simple micro-economics of public-private partnerships. *Journal of Public Economic Theory*, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 4-48, 2015.

30 DEWATRIPONT, Mathias.; LEGROS, Patrick. *Op. cit.*

31 KLEIN, Michael. *Bidding for concessions: The impact of contract design*. Washington, DC: Viewpoint; World Bank, 1998.

32 WORLD BANK GROUP. *Guidance on PPP contractual provisions*. Washington, DC: The World Bank, 2019. p. 10. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/guidance-ppp-contractual-provisions-2019>. Acesso em: 3 jul. 2023.

33 APMG. Chapter 5: Structuring and Drafting the Tender and Contract. *In: APMG. The APMG Public-Private Partnership (PPP) Certification Guide*. Washington, DC: World Bank Group, 2016. p. 75-76. Disponível em: <https://ppp-certification.com/ppp-certification-guide/structuring-and-drafting-tender-and-contract>. Acesso em: 19 dez. 2023.

impactos (princípio da informatividade) e, nos casos em que isso não seja possível, sejam alocados à parte capaz de absorver riscos não controláveis ao menor custo financeiro (usualmente a parte pública).

Sob outro prisma, de forma mais próxima à teoria dos contratos incompletos, Grout³⁴, Hart³⁵, e Besley e Ghatak³⁶ analisam em que condições a utilização de parcerias-público privadas, com a delegação conjunta do financiamento, construção e operação da infraestrutura ao parceiro privado, é mais eficiente do que a provisão pública, o que depende da dificuldade relativa para a especificação das atividades envolvidas. Segundo essa abordagem, a delegação à iniciativa privada é preferível para cenários em que a construção do ativo é de difícil especificação *ex ante*, mas as características e indicadores de qualidade dos serviços são mais facilmente determináveis. Do contrário, a provisão pública é mais eficiente, ainda que com a subcontratação de construtores/operadores privados, pois o direito residual ao controle do ativo confere maior facilidade para adaptações do serviço à medida em que incertezas são resolvidas no futuro, reduzindo custos decorrentes das renegociações, e o problema de assimetria informacional relativa à construção do ativo é atenuado, por ser de fácil especificação.

A incompletude dos contratos de concessão também dá ensejo a uma vertente da literatura que explora o problema das renegociações nas concessões e PPPs, que é considerada uma das principais fontes de ineficiência da regulação contratual no setor de infraestrutura.

Em trabalho pioneiro, Guasch³⁷, analisando mais de mil concessões na América Latina, constatou que as renegociações são excessivamente frequentes, prematuras, impactam significativamente o valor dos contratos e, na maior parte das vezes, são iniciadas pelo concessionário. Aliado a outros

34 GROUT, Paul. The economics of the private finance initiative. *Oxford Review of Economic Policy*, Oxford, v. 13, n. 4, p. 53-66, 1997.

35 HART, Oliver. Incomplete contracts and public ownership: remarks, and an application to public-private partnerships. *The Economic Journal*, Oxford, v. 113, n. 486, p. C69-C76, 2003.

36 BESLEY, Timothy; GHATAK, Maitreesh. Government versus private ownership of public goods. *Quarterly Journal of Economics*, Oxford, v. 116, n. 4, p. 1343-1372, 2001.

37 GUASCH, Jose Luis. *Granting and renegotiating infrastructure Concession: Doing it right*. Washington, DC: WBI Development Studies, 2004.

estudos empíricos que se desenvolveram ao longo do tempo^{38,39,40,41,42}, inclusive analisando o cenário brasileiro^{43,44}, conclui-se que o padrão observado revela o baixo comprometimento do poder público com o cumprimento dos contratos, que incentiva mudanças estruturais nos ajustes e pleitos oportunistas em sua execução, cuja antecipação pelos licitantes também estimula, por sua vez, distorções nas propostas apresentadas nos leilões, levando à seleção adversa.

A intuição é que, antevendo ajustes *ex post* aos contratos, os competidores recorram ao *low-balling* ou *underbidding*, que é a prática de submeter uma proposta irrealisticamente baixa para ganhar a licitação e buscar compensar as perdas a partir de renegociações ao longo da execução contratual, principalmente no caso de materialização de cenários desfavoráveis de demanda e/ou custos^{45,46,47,48}. Cruz e Marques⁴⁹

- 38 BITRAN, Eduardo; NIETO-PARRA, Sebastián; ROBLEDO, Juan Sebastián. **Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru.** [S. l.]: OECD library: 2013.
- 39 CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. Exogenous determinants for renegotiating public infrastructure concessions: Evidence from Portugal. **Journal of Construction Engineering and Management**, v. 139, n. 9, p. 1082–1090, 2013.
- 40 GI HUB – GLOBAL INFRASTRUCTURE HUB. **Managing PPP contracts after financial close: Practical guidance for governments managing PPP contracts, informed by real-life project data.** [S. l.]: Global Infrastructure Hub, 2018. Disponível em: https://content.gihub.org/live/media/1465/updated_full-document_art3_web.pdf. Acesso em: 22 nov. 2023.
- 41 GUASCH, Jose Luis; BENITEZ, Daniel; PORTABALES, Irene; FLOR, Lincoln. **The Renegotiation of PPP Contracts: An overview of its recent evolution in Latin America.** Paris: OECD library, 2014.
- 42 INTERNATIONAL TRANSPORT FORUM – ITF. **Public Private Partnerships for Transport Infrastructure: Renegotiation and Economic Outcomes.** Paris: OECD Publishing, 2017.
- 43 NETO, Dimas de Castro e Silva; SARMENTO, Joaquim; CRUZ, Carlos Oliveira. **Understanding the patterns of PPP renegotiations for infrastructure projects in Latin America.** Competition and Regulation in Network Industries, v. 18, n. 3, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/1783591718790712>
- 44 NETO, Dimas de Castro e Silva. **Contributos para os processos de governança e renegociação das PPPs brasileiras.** 2019. Tese (Doutorado em Engenharia Civil) - Departamento de Engenharia Civil, Arquitetura e Georecursos do Instituto Superior Técnico da Universidade de Lisboa, 2019.
- 45 ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. Soft budgets and endogenous renegotiations in transport PPPs: An equilibrium analysis. **Economics of Transportation**, Amsterdam, v. 17, p. 40-50, 2019.
- 46 ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. When and how to use public-private partnerships in infrastructure: Lessons from the international experience. **National Bureau of Economic Research Working Papers**, Cambridge, n. 26766, p. 1-36, 2020.
- 47 GUASCH, Jose Luis; LAFFONT, Jean-Jacques.; STRAUB, Stéphane. Renegotiation of concession contracts: A theoretical approach. **Review of Industrial Organization**, [s. l.], v. 29, n. 1–2, p. 55–73, 2006.
- 48 GUASCH, Jose Luis; LAFFONT, Jean-Jacques.; STRAUB, Stéphane. Renegotiation of concession contracts in Latin America: Evidence from the water and transport sectors. **International Journal of Industrial Organization**, [s. l.], v. 26, n. 2, p. 421–442, 2008.
- 49 CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *Op. cit.*

e Fernandes, Cruz e Moura⁵⁰ destacam o potencial de ganhos que tal estratégia guarda para o parceiro privado, considerando que: (a) a renegociação se dá em ambiente não competitivo (monopólio bilateral) e sob forte assimetria informacional; e (b) o concessionário costuma ter um poder de barganha maior nessas situações, dados os altos custos, principalmente políticos, enfrentados pelo poder público com o encerramento e realocação da concessão.

Há estudos empíricos convergentes com a ocorrência da mencionada prática, apontando para uma correlação estatisticamente significativa entre agressividade das propostas dos licitantes e frequência/impacto das renegociações contratuais, principalmente em ambientes de institucionalidade fraca^{51,52,53}. Amorim⁵⁴ reporta resultados similares para o contexto de concessões rodoviárias federais no Brasil, encontrando associação entre otimismo/agressividade das propostas e discussões de reequilíbrio contratual.

A explicação para a situação empiricamente constatada se apoia em modelos teóricos de contratos incompletos. Na literatura sobre o tema das *franchise biddings*, aponta-se para os riscos de *hold up* do poder público pelo concessionário dos serviços públicos delegados, visando à obtenção de termos mais favoráveis em relação aos resultantes do leilão⁵⁵. Um *insight* relevante que advém dessa premissa teórica se relaciona à formatação dos leilões de concessões, tendo-se observado estudos que

50 FERNANDES, Carlos; CRUZ, Carlos Oliveira; MOURA, Filipe. Ex post evaluation of PPP government-led renegotiations: Impacts on the financing of road infrastructure. *The Engineering Economist*, London, v. 64, n. 2, p. 116-141, 2019.

51 IIMI, Atsushi. Testing low-balling strategy in rural road procurement. *Review of Industrial Organization*, [s. l.], v. 43, p. 243-261, 2013.

52 ATHIAS, Laure; NUNEZ, Antonio. **The more the merrier?** Number of bidders, information dispersion, renegotiation and winner's curse in toll road concessions. Lausanne: University of Lausanne, 2009.

53 ATHIAS, Laure.; NUNEZ, Antonio. Effects of uncertainty and opportunistic renegotiations on bidding behavior: evidence from toll road concessions. In: PICOT, Arnold; FLORIO, Massimo; GROVE, Nico; KRANZ, Johann. (Eds.). **The Economics of Infrastructure Provisioning: The changing role of the State**. Cambridge: MIT Press, 2015. p. 285-314.

54 AMORIM, Fábio Augusto de. **O viés do otimismo em concessões rodoviárias: evidências, causas e soluções**. Monografia de Conclusão de Curso (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, 2023.

55 ARMSTRONG, Mark; SAPPINGTON, David. Regulation, Competition and Liberalization. *Journal of Economic Literature*, Nashville, v. 44, n. 2, p. 325-366, 2006.

demonstram como a definição de critérios de julgamento que permitem o comprometimento do fluxo de caixa futuro da concessão impacta sobre o surgimento de fricções e jogos de barganha ao longo de sua execução, o que é aferido pelo aumento na frequência de pedidos de reequilíbrio/renegociação^{56,57} e devolução antecipada⁵⁸.

Sob outro prisma, abordando especificamente o caso das PPPs, Menezes e Ryan (2014) buscam explicar a ocorrência frequente de renegociações a partir de um modelo em que o concessionário se utiliza estrategicamente da alavancagem para se proteger contra cenários econômicos negativos, hipótese em que, por meio da utilização oportunista da ameaça de falência, que gerará custos para a realocação da concessão, o concessionário coloca em *hold up* o poder concedente e força renegociações que aumentem o seu retorno nos cenários de *downside*. No modelo analisado, os incentivos gerados levam à escolha de estruturas de capital ineficientemente alavancadas e a propostas excessivamente agressivas que, além de contribuírem para o proponente ser vencedor na licitação, aumentam a renda extraída das renegociações com o governo na hipótese de *downside*⁵⁹.

Por fim, verifica-se a publicação de relevantes artigos analisando a estrutura de incentivos decorrente de diferentes mecanismos de encerramento antecipado dos contratos de concessão e PPP.

56 CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *Op. cit.*

57 MATTOS, César. Concessões de rodovias e renegociação no Brasil. In: OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo; OLIVEIRA, Gesner (Orgs.). **Parcerias Público-Privadas: Experiências, Desafios e Propostas**. Rio de Janeiro: Editora LTC, 2013. p. 65-102.

58 FERREIRA, Iago Oliveira. **A relicitação como opção de abandono contratual: uma análise dos incentivos gerados pela prática brasileira em concessões de infraestrutura**. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia) – Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2024. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/dcb2fa92-f42a-4d0b-9d17-8f789ee326c7>. Acesso em: 15 ago. 2024.

59 A análise de Menezes e Ryan é inspirada no modelo de *soft budget-constraint*, utilizado para analisar cenários em que uma fonte financiadora não consegue se comprometer efetivamente em manter um projeto sob um orçamento pré-fixado, de modo que, mediante refinanciamento ou resgate futuro, os patrocinadores do empreendimento podem extrair *ex post* mais recursos para o projeto do que seria considerado eficiente *ex ante*, levando à redução de incentivos ao planejamento prudente e controle de custos por parte dos patrocinadores, assim como ao desenvolvimento de projetos não viáveis economicamente. Para uma análise geral desse modelo, pode-se conferir Maskin (1996) e Bolton & Dewatripont (2005). Entre as aplicações específicas, conferir Kornai (1986) em análise do financiamento estatal em economias planificadas, e Dewatripont e Maskin (1995) em análise do financiamento bancário de projetos.

Nesse sentido, o regramento da indenização devida ao privado nos casos de extinção antecipada se insere no arcabouço de incentivos contratuais, pois representa a alternativa (*outside option*) do concessionário ao contrato. Por existir a possibilidade de devolver a concessão e receber a indenização previamente acordada, o prestador que visa à maximização dos seus lucros estará sempre comparando o retorno esperado pelo cumprimento contratual com o retorno esperado da indenização, cujo montante influencia diretamente os incentivos do contratado ao cumprimento contratual por todo o seu prazo, assim como aumenta o seu poder de barganha junto ao poder público em eventuais pleitos de renegociação⁶⁰.

Nesse contexto, a literatura aponta alguns *insights* relevantes aplicáveis à elaboração da cláusula de indenização ao concessionário nos casos de extinção antecipada dos contratos de parceria.

Nota-se a existência de um *tradeoff*, ínsito ao regramento indenizatório para os casos de encerramento antecipado dos contratos, entre acréscimo de atratividade ao projeto, via proteção contra riscos de *default*, e incentivo à performance contratual. Assim, quanto maior proteção contra perdas financeiras for oferecida pelo regramento indenizatório, principalmente nos casos em que a extinção prematura se dá por causas atribuíveis ao concessionário (ex: caducidade, relicitação), mais atrativo se tornará o projeto para a iniciativa privada, porém maior o risco moral gerado, no que diz respeito ao incentivo à baixa performance, assunção imprudente de riscos e devolução oportunista de concessões financeiramente viáveis^{61,62,63}.

60 Segundo a literatura especializada nos jogos de negociação (*bargaining games*) de acordo com o *outside option principle*, o jogador com a habilidade de exercer uma *outside option* faz com que o seu *payoff* na negociação seja, pelo menos, equivalente ao *payoff* obtido com a opção de saída, de modo que o aumento das demandas do jogador é diretamente proporcional à sua *outside option* (Osborne; Rubinstein, 1994; Hennig-Schimdt *et al*, 2017).

61 XIONG, Wei; HAN, Yilong. Incentives of early termination compensation in public-private partnership projects. *IEEE Transactions on Engineering Management*, Piscataway, v. 70, n. 6, p. 1-13, 2021.

62 PLOTKOWSKI, Fabio Maciel; IGREJAS DA SILVA, Rafael. A flexibilidade de abandono em concessões de infraestrutura de transporte: um estudo de caso em rodovias no Brasil. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 58, p. 301-357, 2022.

63 COSTA, Felipe do Amaral; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre. **Aplicação da análise por opções reais para o abandono contratual em concessões rodoviárias: proposição de remédio regulatório sobre o valor da indenização por investimentos não amortizados**. Brasília, DF: Ipea, 2024. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12876>. Acesso em: 15 ago. 2024.

É o caso, por exemplo, da metodologia de indenização pelo método contábil⁶⁴, por meio da qual se indeniza a concessionária pelo custo histórico não amortizado ou depreciado dos investimentos realizados na concessão, garantindo a recuperação da maior parte dos investimentos feitos pelo parceiro privado, mesmo em hipóteses de fracasso contratual, em que, fosse dada continuidade ao contrato, a operadora provavelmente não os recuperaria.

Sob essa perspectiva, nos afigura mais adequada a definição de metodologias indenizatórias que não isentem os acionistas da concessionária das perdas que adviriam naturalmente do seu fracasso contratual, como a indenização pelo valor de continuidade do contrato, ou ainda o ressarcimento do saldo de dívida financeira contraída na concessão – que, apesar de proteger os financiadores do projeto, assegura a manutenção das perdas pelo acionista –, o que já tivemos oportunidade de defender, com maior detalhamento, em outra ocasião⁶⁵.

4. CONCLUSÕES

Ao longo do artigo, buscou-se discutir duas das principais vertentes da teoria econômica dos contratos, com relevante aplicação para o contexto da estruturação e gestão de contratos de concessão e parceria público-privada.

Assim, na Seção 2, explicou-se as premissas teóricas que fundam a teoria da agência e a teoria dos contratos incompletos, comentando os seus trabalhos fundadores e principais desenvolvimentos e aplicações.

A seguir, na Seção 3, visou-se fazer a conexão entre a literatura estudada e a realidade dos contratos estatais de delegação de bens e serviços públicos, explorando a aplicabilidade dos referidos *insights* teóricos a desafios prementes na estruturação e gestão desses contratos, como repartição de riscos, mecanismos de remuneração, renegociação contratual e extinção antecipada.

64 Cf., nesse sentido, a Resolução ANTT n° 5.860/2019, que aplica tal metodologia para o cálculo da indenização pelos investimentos não amortizados no setor rodoviário federal, e a Resolução ANAC n° 533/2019, com aplicação ao setor aeroportuário.

65 FERREIRA, Iago Oliveira. *Op. cit.*

Espera-se, com isso, ter oferecido uma contribuição, em termos de análise econômica, para a formulação de instrumentos contratuais adequados para a delegação de bens e serviços públicos, jogando luz sobre os mecanismos disponíveis para alinhar os interesses do agente privado aos objetivos do Estado, o que, em última instância, serve para trazer eficiência e qualidade no atendimento ao usuário final dos ativos de infraestrutura concedidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Fábio Augusto de. **O viés do otimismo em concessões rodoviárias: evidências, causas e soluções**. Monografia de Conclusão de Curso (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília, DF, 2023.

APMG. Chapter 5: Structuring and Drafting the Tender and Contract. *In: APMG. The APMG Public-Private Partnership (PPP) Certification Guide*. Washington, DC: World Bank Group, 2016. p. 1-198. Disponível em: <https://ppp-certification.com/ppp-certification-guide/structuring-and-drafting-tender-and-contract>. Acesso em: 19 dez. 2023.

ARMSTRONG, Mark; SAPPINGTON, David. Regulation, Competition and Liberalization. **Journal of Economic Literature**, Nashville, v. 44, n. 2, p. 325-366, 2006.

ATHIAS, Laure; NUNEZ, Antonio. **The more the merrier?** Number of bidders, information dispersion, renegotiation and winner's curse in toll road concessions. Lausanne: University of Lausanne, 2009.

ATHIAS, Laure.; NUNEZ, Antonio. Effects of uncertainty and opportunistic renegotiations on bidding behavior: evidence from toll road concessions. *In: PICOT, Arnold; FLORIO, Massimo; GROVE, Nico; KRANZ, Johann. (Eds.). The Economics of Infrastructure Provisioning: The changing role of the State*. Cambridge: MIT Press, 2015. p. 285-314.

BESLEY, Timothy; GHATAK, Maitreesh. Government versus private ownership of public goods. **Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 116, n. 4, p. 1343-1372, 2001.

BITRAN, Eduardo; NIETO-PARRA, Sebastián; ROBLED, Juan Sebastián. **Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru.** [S. l.]: OECD library: 2013.

BOLTON, Patrick; DEWATRIPONT, Mathias. **Contract theory.** Cambridge: The MIT Press, 2005.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2004.

COASE, Ronald Harry. The Nature of the Firm. **Economica**, London, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

COSTA, Felipe do Amaral; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre. **Aplicação da análise por opções reais para o abandono contratual em concessões rodoviárias: proposição de remédio regulatório sobre o valor da indenização por investimentos não amortizados.** Brasília, DF: Ipea, 2024. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12876>. Acesso em: 15 ago. 2024.

CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. Exogenous determinants for renegotiating public infrastructure concessions: Evidence from Portugal. **Journal of Construction Engineering and Management**, Reston, v. 139, n. 9, p. 1082–1090, 2013.

CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. **Manual de parcerias público-privadas e concessões.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DEWATRIPONT, Mathias.; LEGROS, Patrick. Public-private partnerships: Contract design and risk transfer. **EIB Papers**, Luxembourg, v. 10, n. 1, p. 120-145, 2005.

DEWATRIPONT, Mathias; MASKIN, Eric. Credit and efficiency in centralized and decentralized economies. **Review of Economic Studies**, [s. l.], v. 62, p. 541-555, 1995.

ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. Soft budgets and endogenous renegotiations in transport PPPs: An equilibrium analysis. **Economics of Transportation**, Amsterdam, v. 17, p. 40-50, 2019.

ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. When and how to use public-private partnerships in infrastructure: Lessons from the international experience. **National Bureau of Economic Research Working Papers**, Cambridge, n. 26766, p. 1-36, 2020.

FERNANDES, Carlos; CRUZ, Carlos Oliveira; MOURA, Filipe. Ex post evaluation of PPP government-led renegotiations: Impacts on the financing of road infrastructure. **The Engineering Economist**, London, v. 64, n. 2, p. 116-141, 2019.

FERREIRA, Iago Oliveira. **A relicitação como opção de abandono contratual: uma análise dos incentivos gerados pela prática brasileira em concessões de infraestrutura**. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia) – Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2024. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/dcb2fa92-f42a-4d0b-9d17-8f789ee326c7>. Acesso em: 15 ago. 2024.

FOUAD, Manal; MATSUMOTO, Chishiro; MONTEIRO, Rui; RIAL, Isabel; SAKRAK, Ozlem Aydin. **Mastering the risky business of public-private partnerships in infrastructure**. Washington, DC: International Monetary Fund, 2021.

GI HUB – GLOBAL INFRASTRUCTURE HUB. **Managing PPP contracts after financial close**: Practical guidance for governments managing PPP contracts, informed by real-life project data. [S. l.]: Global Infrastructure Hub, 2018. Disponível em: https://content.gihub.org/live/media/1465/updated_full-document_art3_web.pdf. Acesso em: 22 nov. 2023.

GROSSMAN, Sanford Jay; HART, Oliver. The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 94, n. 4, p. 691–719, 1986.

GROUT, Paul. The economics of the private finance initiative. **Oxford Review of Economic Policy**, Oxford, v. 13, n. 4, p. 53-66, 1997.

GUASCH, Jose Luis. **Granting and renegotiating infrastructure Concession: Doing it right**. Washington, DC: WBI Development Studies, 2004.

GUASCH, Jose Luis; LAFFONT, Jean-Jacques.; STRAUB, Stéphane. Renegotiation of concession contracts: A theoretical approach. **Review of Industrial Organization**, [s. l.], v. 29, n. 1–2, p. 55–73, 2006.

GUASCH, Jose Luis; BENITEZ, Daniel; PORTABALES, Irene; FLOR, Lincoln. **The Renegotiation of PPP Contracts: An overview of its recent evolution in Latin America**. Paris: OECD library, 2014.

GUASCH, Jose Luis; LAFFONT, Jean-Jacques.; STRAUB, Stéphane. Renegotiation of concession contracts in Latin America: Evidence from the water and transport sectors. **International Journal of Industrial Organization**, [s. l.], v. 26, n. 2, p. 421–442, 2008.

HART, Oliver. **Firms, contracts, and financial structure**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

HART, Oliver. Incomplete contracts and public ownership: remarks, and an application to public-private partnerships. **The Economic Journal**, Oxford, v. 113, n. 486, p. C69-C76, 2003.

HART, Oliver; MOORE, John. Property rights and the nature of the firm. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 98, n. 6, p. 1119-1158, 1990.

HART, Oliver; MOORE, John. Foundations of incomplete contracts. **The Review of Economic Studies**, Oxford, v. 66, n. 1, Special Issues, p. 115-138, 1999.

HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert Ward. The proper scope of government: theory and an application to prisons. **Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 112, n. 4, p. 1127-1161, 1997.

HENNIG-SCHMIDT, Heike; IRLENBUSCH, Bernd; RILKE, Rainer Michael; WALKOWITZ, Gari. Asymmetric outside options in ultimatum bargaining: a systematic analysis. **International Journal of Game Theory**, [s. l.], v. 47, n. 1, p. 301–329, 2017.

HOLMSTRÖM, Bengt. Moral hazard and observability. **The Bell Journal of Economics**, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 74-91, 1979.

IIMI, Atsushi. Testing low-balling strategy in rural road procurement. **Review of Industrial Organization**, [s. l.], v. 43, p. 243-261, 2013.

IOSSA, Elisabetta; MARTIMORT, David. The theory of incentives applied to the transport sector. **CEDI Discussion Paper Series**, Bristol, n. 09-04, p. 1-25, 2009.

IOSSA, Elisabetta; MARTIMORT, David. The simple micro-economics of public-private partnerships. **Journal of Public Economic Theory**, [s. l.], v. 17, n. 1, p. 4–48, 2015.

ITF – INTERNATIONAL TRANSPORT FORUM. **Public Private Partnerships for Transport Infrastructure: Renegotiation and Economic Outcomes**. Paris: OECD Publishing, 2017.

KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert George; ALCHIAN, Armen Albert. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. 21, n. 2, p. 297-326, 1978.

KLEIN, Michael. **Bidding for concessions: The impact of contract design**. Washington, DC: Viewpoint; World Bank, 1998.

LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. **The theory of incentives: The principal-agent model**. New Jersey: Princeton University Press, 2002.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. **A Theory of Incentives in Regulation and Procurement**. Cambridge: MIT Press, 1993.

MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, David. **An Introduction to the economics of information: Incentives and contracts**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.

MASKIN, Eric. Theories of soft budget-constraint. **Japan and the World Economy**, Amsterdam, v. 8, n. 2, p. 125-133, 1996.

MATTOS, César. Concessões de rodovias e renegociação no Brasil. *In*: OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo; OLIVEIRA, Gesner (Orgs.). **Parcerias Público-Privadas: Experiências, Desafios e Propostas**. Rio de Janeiro: Editora LTC, 2013. p. 65-102.

NETO, Dimas de Castro e Silva; SARMENTO, Joaquim; CRUZ, Carlos Oliveira. Understanding the patterns of PPP renegotiations for infrastructure projects in Latin America. **Competition and Regulation in Network Industries**, v. 18, n. 3, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/1783591718790712>

NETO, Dimas de Castro e Silva. **Contributos para os processos de governança e renegociação das PPPs brasileiras**. 2019. Tese (Doutorado em Engenharia Civil) - Departamento de Engenharia Civil, Arquitetura e Georecursos do Instituto Superior Técnico da Universidade de Lisboa, 2019.

OSBORNE, Martin; RUBINSTEIN, Ariel. **A course in game theory**. Cambridge: The MIT Press, 1994.

PLOTKOWSKI, Fabio Maciel; IGREJAS DA SILVA, Rafael. A flexibilidade de abandono em concessões de infraestrutura de transporte: um estudo de caso em rodovias no Brasil. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 58, p. 301-357, 2022.

WILLIAMSON, Oliver. Franchise bidding for natural monopolies: In general and with respect to CATV. **The Bell Journal of Economics**, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 73-104, 1976.

WILLIAMSON, Oliver. **The economic institutions of capitalism**. New York: Free Press, 1985.

WORLD BANK GROUP. **Guidance on PPP contractual provisions**. Washington, DC: The World Bank, 2019. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/guidance-ppp-contractual-provisions-2019>. Acesso em: 3 jul. 2023.

XIONG, Wei; HAN, Yilong. Incentives of early termination compensation in public-private partnership projects. **IEEE Transactions on Engineering Management**, Piscataway, v. 70, n. 6, p. 1-13, 2021.

LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

*Amanda de Moraes Modotti*¹

Justiça climática significa a adequada distribuição das responsabilidades, custos e consequências advindas das alterações causadas pelos fenômenos climáticos. Essa distribuição envolve países desenvolvidos e em desenvolvimento, pessoas ricas e pobres, geração atual e futuras gerações.

Ministro Luis Roberto Barroso

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito e dados sobre litigância climática; 3. Litigância Climática no Superior Tribunal Federal; 4. Litigância climática no Estado de São Paulo; 5. Conclusões; Referências Bibliográficas.

RESUMO: Este artigo aborda a crescente relevância dos termos Mudanças Climáticas, Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável no contexto contemporâneo, especialmente em face do debate sobre a era geológica do Antropoceno, onde a atividade humana é o principal fator de impacto planetário. Discute-se a controvérsia em torno da definição do Antropoceno e a necessidade de um marco geológico claro. O artigo também explora a importância da Agenda 2030 e do Acordo de Paris, destacando seus objetivos na mitigação das mudanças climáticas. A crescente litigância climática, com foco no contexto brasileiro, é analisada como uma ferramenta para garantir a justiça climática e responsabilizar governos e corporações por suas ações ambientais. Este estudo visa entender como a legislação e a ação jurídica podem influenciar políticas públicas e impactos ambientais, promovendo um desenvolvimento mais sustentável e responsável, especialmente no Estado de São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE: Mudanças Climáticas. Litigância Climática. Acordo de Paris. Ações Climáticas no Brasil. Ações climáticas no Estado de São Paulo.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Ambiental pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE/SP). Mestranda em Gestão de Políticas Públicas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos dez anos, os termos Mudanças Climáticas, Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável têm sido amplamente utilizados e, muitas vezes, de maneira generalista. Isso se deve ao aumento do destaque das questões socioambientais na mídia, nas empresas e na sociedade em geral.

A questão ambiental se tornou especialmente relevante diante da proposta de ingresso na nova era geológica do Antropoceno. Essa era sugere que a ação humana é o principal fator de impacto na Terra, representando a maior crise e risco existencial não só para a nossa própria espécie, mas também para todas as demais que compartilham conosco a vida terrestre. Uma em cada três moléculas de CO_2 presentes hoje na atmosfera terrestre foi gerada por um ser humano. No entanto, a classificação do Antropoceno é controversa e ainda não é universalmente aceita. A heurística das eras geológicas evoluiu ao longo do tempo e a definição de novas épocas geralmente requer um “prego de ouro” – um marcador geológico claro e universalmente aceito. Muitos cientistas argumentam que ainda não há evidências suficientes para estabelecer oficialmente o Antropoceno como uma nova época geológica. Por exemplo, em uma votação recente, cientistas do Laboratório de Estudos de História das Geociências (LEHG) da Unicamp negaram que estejamos no Antropoceno, destacando a ausência de um consenso sobre o “prego de ouro” necessário para diagnosticar essa transição.

A proposta de ingresso na nova era geológica do Antropoceno sugere que a ação humana se tornou o principal fator de impacto na Terra, alterando significativamente os sistemas terrestres. O conceito, apesar de criado na década de 80, foi popularizado pelo químico atmosférico Paul Crutzen e pelo biólogo Eugene Stoermer no início dos anos 2000, destacando que as atividades humanas, como a industrialização, urbanização e agricultura intensiva, têm deixado marcas geológicas duradouras.

Evidências científicas apontam para mudanças significativas na composição atmosférica, como o aumento das concentrações de

dióxido de carbono (CO₂) e metano (CH₄), bem como a disseminação de materiais sintéticos como plásticos e alumínio nos sedimentos terrestres².

No entanto, a definição oficial do Antropoceno é controversa. A Comissão Internacional sobre Estratigrafia (ICS) e o Grupo de Trabalho sobre o Antropoceno (AWG) ainda debatem a existência de um marcador geológico claro e universalmente aceito que sinalize o início dessa nova época³. Alguns cientistas argumentam que as mudanças antropogênicas são evidentes, mas ainda não há consenso sobre o momento exato de início ou os critérios específicos para definir o Antropoceno⁴. Apesar dessas controvérsias, a discussão sobre o Antropoceno é crucial para entender o impacto humano no planeta e orientar políticas de sustentabilidade e mitigação das mudanças climáticas.

Vale dizer, no contexto de “limites planetários”, pontos críticos nos sistemas ambientais da Terra, além dos quais pequenas mudanças podem levar a grandes e potencialmente irreversíveis impactos ecológicos e climáticos, a humanidade já ultrapassou a margem de segurança e se aproxima cada vez mais de um *tipping point*⁵, ou ponto de não retorno em matéria climática.

O relatório mais recente do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC)⁶ destaca as consequências irreversíveis do aumento das emissões de gases de efeito estufa no mundo, ao mesmo tempo que aponta para a necessidade de aproveitarmos a última oportunidade para mudar essa trajetória.

O documento, fruto de oito anos de trabalho de cientistas reconhecidos por sua competência e contribuições nas ciências ambientais, oferece uma perspectiva sombria, apontando que o Planeta Terra já superou a

-
- 2 ZALASIEWICZ, Jan. *et al.* The Working Group on the Anthropocene: Summary of evidence and interim recommendations. **Anthropocene**, Washington, DC, v. 19, p. 55-60, 2017.
 - 3 WATERS, Colin Neil *et al.* The Anthropocene is functionally and stratigraphically distinct from the Holocene. **Science**, Washington, DC, v. 351, n. 6269, 2016.
 - 4 LEWIS, Simon; MASLIN, Mark Andrew. Defining the Anthropocene. **Nature**, Londres, v. 519, p. 171-180, 2015.
 - 5 ROCKSTRÖM, Johan *et al.* A safe operating space for humanity. **Nature**, Londres, v. 461, p. 472-475, 2009.
 - 6 IPCC. IPCC advances work on final roduct of upcoming assessment report. **IPCC**, Geneva, 25 jan. 2021.

barreira de 1° C de aquecimento em relação aos níveis pré-industriais e que seres humanos e não humanos estão sofrendo os efeitos negativos das mudanças climáticas.

De outro lado, o lançamento da Agenda 2030, com os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) em 2015, gerou expectativas sobre os caminhos práticos para alcançar esse modelo de desenvolvimento almejado. Essa agenda representa uma visão global construída de forma participativa e assinada por líderes de muitas nações, incluindo o Brasil.

O ODS 13, especificamente, refere-se à “Ação contra a mudança global do clima” e propõe metas para combater as mudanças climáticas e seus impactos. No Brasil, o Instituto Brasileiro de Pesquisa Econômica (IPEA) é responsável por traduzir essas metas globais para a realidade nacional.

Além das metas vinculadas à Agenda 2030, o Brasil também assumiu compromissos no âmbito do Acordo de Paris, assinado em 2015 e internalizado pelo Decreto Federal nº 9.073/2017⁷.

Em 2020, os países foram convidados a apresentar metas mais ambiciosas para reduzir as emissões de gases do efeito estufa, tendo o Brasil, como o sexto maior emissor do mundo, apresentado sua nova contribuição (*nationally determined contributions* – NDC’s), plano de ação climática que reafirma o compromisso do país em reduzir as emissões de gases de efeito estufa.

É de se apontar que, muito embora o acordo de Paris não faça referência expressa aos princípios da proibição do retrocesso e da progressividade, há um imperativo de progressividade que vincula juridicamente os Estados Membros rumo ao alcance da meta de neutralidade climática, vedando, por via de consequência, o retrocesso a patamares de emissões já superados no passado.

Conforme se verá mais adiante, o Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive, já reconheceu o Acordo de Paris como um tratado internacional de Direitos Humanos que, bem por isso, tem status de norma supralegal.

⁷ BRASIL. Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Brasília, DF: Presidência da República, 2017.

Assim, a era das mudanças climáticas e das emergências e catástrofes daí decorrentes é também o tempo dos direitos fundamentais e da sustentabilidade que, por sua vez, é um dever que vincula entes públicos e particulares.

Nesse contexto, a litigância climática, em escala mundial e no Brasil, tem se tornado cada vez mais relevante diante dos desafios impostos pelas mudanças climáticas acima referidas e pelos compromissos impostos pelo acordo de Paris em 2015 e pela adesão à Agenda 2030.

O Ministro Luís Roberto Barroso em seu discurso na COP 27, em dezembro de 2022, pontuou a crescente importância da Justiça Climática no âmbito das decisões do STF:

É importante registrar que o direito a um meio ambiente saudável – e o dever de os governos enfrentarem a mudança climática – vem sendo crescentemente compreendido, pela jurisprudência e pela literatura, como um direito fundamental. E tratados internacionais, como o Acordo de Paris, passam a ser vistos como tratados de direitos humanos [...]

Justiça climática significa a adequada distribuição das responsabilidades, custos e consequências advindas das alterações causadas pelos fenômenos climáticos. Essa distribuição envolve países desenvolvidos e em desenvolvimento, pessoas ricas e pobres, geração atual e futuras gerações⁸.

Diante desse novo cenário, analisaremos a seguir como caminha a litigância climática no Brasil e, em especial, as decisões dos Tribunais Superiores a respeito do tema.

2. CONCEITO E DADOS SOBRE LITIGÂNCIA CLIMÁTICA

O litígio climático engloba tanto as ações judiciais quanto os procedimentos administrativos que visam obter decisões relacionadas à redução das emissões de gases de efeito estufa, gestão dos riscos climáticos, reparação de danos causados pelas mudanças climáticas e diminuição da vulnerabilidade aos efeitos dessas alterações. Trata-se de

8 BARROSO, Luis Roberto. Litigância climática no mundo e no Brasil: empurrando a história. In: CONFERÊNCIA DAS PARTES DA CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS, 27, 2022, Sharm El Sheik. **Discurso** [...]. 2022.

um conjunto de medidas legais e jurídicas que se concentram na proteção do meio ambiente, com especial atenção às questões climáticas. Esse tipo de litígio pode ser classificado em litígio climático puro ou próprio e litígio climático impuro ou impróprio⁹.

No litígio climático puro, as ações judiciais são diretamente relacionadas às mudanças climáticas, buscando a adoção de medidas para mitigar ou adaptar-se aos impactos ambientais. Já no litígio climático impuro, as ações judiciais abordam temas ambientais que possuem relação indireta com as mudanças climáticas, mas que contribuem para a proteção do meio ambiente como um todo.

A London School of Economics and Politican Science, por intermédio de seu Grantham Research Institute, divulgou em junho de 2023 seu mais recente relatório a respeito do tema, demonstrando que a litigância climática se apresenta como um acontecimento global e apontando um aumento significativo no número de países com ações climáticas em andamento¹⁰.

Nos litígios climáticos, especialmente aqueles que se configuram como “impuros”, a discussão vai além dos limites tradicionais do litígio ambiental ao incluir questões variadas relacionadas (in)diretamente com as mudanças climáticas (v.g., direito das gerações futuras, direito fundamental à vida, regulamentação das zonas de resiliência climática).

Banda e Fulton categorizam as disputas climáticas como:

(a) litígios envolvendo medidas de mitigação – esforços destinados a reduzir ou prevenir emissões de gases de efeito estufa (GEEs), e (b) litígios envolvendo medidas de adaptação ao clima – esforços projetados para construir resiliência e reduzir os impactos negativos das mudanças climáticas nas comunidades e ecossistemas¹¹.

9 SARLET, Ingo Wolfgang; WEDY, Gabriel; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de Direito Climático*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

10 SETZER, Joana; HIGHAM, Catherine. *Global trends in Climate change litigation: 2023 snapshot*. London: Grantham Research Institute on Climate Change, 2023.

11 BANDA, Maria; FULTON, Scott. *Litigating climate change in national courts: recent trends and developments in global climate law*. *Environmental Law Institute*, Washington, DC, v. 47, p. 10121, 2017. Tradução nossa.

No mesmo sentido dos autores acima, Bernardo expõe que a litigância climática poderá exercer influência em quatro áreas relevantes para a diminuição das emissões de gases de efeito estufa no Brasil, são elas: “i) elaboração de leis, ii) desmatamento e reflorestamento, iii) planejamento urbano e iv) estudos de impacto ambiental”¹².

No Banco de Dados de Litigância Climática (*Climate Change Litigation Databases*), organizado em conjunto pelo Sabin Center for Climate Change Law da Columbia Law School e o escritório de advocacia internacional Arnold & Porter, o litígio climático é interpretado de forma ampla¹³.

Apesar de haver precedentes anteriores, a maior parte dos litígios climáticos ajuizados no Brasil se deu durante a última gestão do governo federal, entre 2019 e 2022. Até o ano de 2019 o Banco de Dados do Sabin Center for Climate Change apontava a existência de apenas 4 litígios climáticos no Brasil, enquanto, atualmente, estão registrados 41 casos brasileiros.

Isso, porque, de acordo com os dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), o desmatamento verificado na Amazônia voltou a aumentar significativamente nos últimos anos, após ter alcançado sua média histórica mais baixa em 2012, o desmatamento entre julho de 2018 e agosto de 2019 foi o maior dos 11 anos antecedentes, o que só se agravou em 2020, 2021 e 2022¹⁴.

Além disso, a gestão de importantes Fundos, como o Fundo Clima e o Fundo Amazônia, bem como de Programas, como o Plano de Ação para Preservação e Controle ao Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm), foram sucateadas ou descontinuadas.

12 BERNARDO, Vinicius Lameira. Mudanças climáticas: estratégias de litigância e o papel do judiciário no combate às causas do aquecimento global no contexto brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 88, p. 523-545, 2017.

13 SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Climate Change Litigation Databases*. New York: Columbia Law School; Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2023.

14 PRODES. Monitoramento do desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por satélite. São José dos Campos: INPE, 2024.

Assim, verificou-se uma intensa judicialização desses e de outros temas relacionados às mudanças climáticas, especialmente no âmbito dos Tribunais Superiores.

3. LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL

Um marco importante e quase inaugural na litigância climática no Brasil foi o Recurso Extraordinário nº 586.224, que tratou da queima da palha da cana-de-açúcar e foi considerado o primeiro precedente significativo nessa área¹⁵.

A representação de inconstitucionalidade foi proposta pelo Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo (SIFAESP) e pelo Sindicato da Indústria de Açúcar no Estado de São Paulo (SIAESP), em sede de Recurso Extraordinário, visando impugnar a Lei Municipal nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia, que proibiu totalmente a queima da palha de cana-de-açúcar em seu território.

Em 2015, o STF deu provimento ao Recurso Extraordinário para declarar inconstitucional a Lei editada pelo Município de Paulínia em detrimento da Lei Estadual nº 11.241/02¹⁶, que previa a extinção progressiva do mecanismo de queima de palha de cana-de-açúcar no Estado de São Paulo.

Tal decisão, baseada em fundamento técnico sobre a falta de competência municipal para legislar sobre dano que ultrapassa os limites do município e que já se encontra abarcado por legislação estadual, foi muito criticada pelos ambientalistas por permitir a continuidade da arcaica técnica de queima de palha diante das inúmeras alternativas tecnológicas.

15 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 586.224 São Paulo*. Recurso Extraordinário em Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual. Limites da competência municipal... Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 2015.

16 SÃO PAULO (ESTADO). *Lei Estadual nº 11.241/02, de 19 de setembro de 2002*. Dispõe sobre a eliminação gradativa da queima da palha da cana-de-açúcar e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2002.

Outro caso relevante foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 708¹⁷, que discutiu o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima).

Trata-se de uma ação direta constitucional proposta por quatro partidos políticos perante o STF requerendo o reconhecimento do dever jurídico do Governo de enfrentar a mudança climática, a retomada do funcionamento do Fundo Clima (inoperante nos anos de 2019 e 2020) e a proibição de contingenciamento dos seus recursos.

O Fundo Clima foi estabelecido com o propósito de garantir recursos para apoiar projetos, estudos e financiamentos de empreendimentos direcionados à mitigação das mudanças climáticas, adaptação às alterações climáticas e seus efeitos (conforme disposto na Lei nº 12.114/2009)¹⁸. Esse fundo representa o principal instrumento destinado ao financiamento das ações de combate às mudanças climáticas e ao cumprimento das metas de redução das emissões de gases de efeito estufa. Suas fontes de recursos incluem participações especiais provenientes da exploração de petróleo, doações domésticas e internacionais, previsões orçamentárias, entre outras.

No julgamento da ADPF em julho de 2022, o STF assentou: (a) a proteção do meio ambiente e o combate às mudanças climáticas não constituem questão política, mas dever constitucional, supralegal e legal do Governo Federal e, como consequência, (b) o Governo não pode se omitir na operacionalização do Fundo nem (c) tampouco pode contingenciar os valores a eles destinados.

Tal decisão é considerada a primeira decisão mundial de uma Suprema Corte reconhecendo o Acordo de Paris como um tratado de direitos humanos:

Na mesma linha, a Constituição reconhece o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil faz parte,

17 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 708. Direito Constitucional Ambiental. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Fundo Clima... Relator: Ministro Roberto Barroso, 4 de julho de 2022. Brasília, DF: STF, 2022.

18 BRASIL. Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009. Cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, altera os arts. 6º e 50 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009.

nos termos do seu art. 5º, § 2º. E não há dúvida de que a matéria ambiental se enquadra na hipótese. Como bem lembrado pela representante do PNUMA no Brasil, durante a audiência pública: “Não existem direitos humanos em um planeta morto ou doente” (p. 171). Tratados sobre direito ambiental constituem espécie do gênero tratados de direitos humanos e desfrutam, por essa razão, de status supranacional. Assim, não há uma opção juridicamente válida no sentido de simplesmente omitir-se no combate às mudanças climáticas.

O reconhecimento pelo STF de que tratados internacionais em matéria ambiental possuem hierarquia supralegal, assim como os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, é um aspecto crucial na litigância climática no Brasil. Essa decisão fortalece a proteção ambiental no país e contribui para a implementação de medidas de combate às mudanças climáticas em conformidade com acordos internacionais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 59¹⁹ trata sobre o Fundo Amazônia, que tem como objetivo financiar ações de combate ao desmatamento e à degradação florestal na Amazônia.

Ajuizada pelos mesmos autores da ação que versa sobre o Fundo Clima, o pedido é pela reativação do Fundo com a retomada das captações, repasse de recursos para os projetos já aprovados, o exame de novos projetos e a proibição de utilização dos recursos do Fundo para fins diversos dos previstos no decreto de sua criação.

Nesse caso, o STF considerou inconstitucionais os decretos que revogaram os comitês de governança do Fundo e determinou que em 60 dias o Governo Federal reativasse o Fundo Amazônia, com o formato de governança anterior.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 760²⁰ também merece destaque, uma vez que pede o reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais em matéria ambiental.

19 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO 59. Relator: Ministra Rosa Weber, 5 de junho de 2020. Brasília, DF: STF, 2020a.

20 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 760. Relator: Ministro André Mendonça, 12 de novembro de 2020. Brasília, DF: STF, 2020c.

Entre as inúmeras ações e inações do Governo Federal, foram apontadas: (a) redução da fiscalização e controle ambientais; (b) redução e inexecução do orçamento do Ministério do Meio Ambiente e dos órgãos ambientais em geral (Ibama, ICMBio e Funai); (c) desestruturação administrativa dos órgãos de combate ao desmatamento e proteção do clima; e (d) descumprimento de deveres internacionais de redução de desmatamento e de combate à emergência climática.

Nesse caso, discutiu-se a necessidade de implementação de políticas públicas para o enfrentamento das mudanças climáticas e a proteção do meio ambiente. O voto da Ministra Carmem Lúcia reconheceu o estado de coisas inconstitucional quanto ao desmatamento ilegal da Floresta Amazônica e de omissão do Estado brasileiro em relação aos seus deveres de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As diversas falhas estruturais nas políticas ambientais de controle ao desmatamento da Amazônia, de garantia de respeito aos povos indígenas, à ausência de fiscalização eficiente, à inexecução dos orçamentos garantidores da adoção das providências necessárias à garantia da eficiente proteção do meio ambiente, pormenorizadas ao longo dessa exposição, demonstram a inércia e a recalcitrância administrativa e vislumbre de falta de vontade política em cumprir fielmente a Constituição ambiental, com a persistente ausência de empenho administrativo das autoridades públicas em modificar a situação comprovada de gravames ecológicos com efeitos postergados em intensidade e atingindo gerações futuras. O descumprimento aos deveres constitucionais sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado e aos tratados internacionais assinados pelo Brasil tisa de inválido o estado de coisas na matéria ambiental.

[...]

Pelos fundamentos apontados neste voto, considerando-se a insuficiência das justificativas apresentadas pelos órgãos responsáveis para fazer frente às alegações dos arguentes e aos crescentes níveis de desmatamento da Amazônia, reconheço o estado de coisas inconstitucional²¹.

21 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 760. Relator: Ministro André Mendonça, 12 de novembro de 2020. Brasília, DF: STF, 2020c.

Como consequência, determinou que o Governo Federal e os órgãos e entidades federais competentes formulem e apresentem um plano de execução efetiva e satisfatória do PPCDAm ou de outros que estejam vigentes, especificando as medidas adotadas para: (i) a retomada de efetivas providências de fiscalização e controle voltados à proteção da Floresta Amazônica; (ii) resguardo dos direitos dos indígenas e das áreas protegidas (Terras Indígenas e Unidades de Conservação); e (iii) combate aos crimes ambientais.

Após o voto da Ministra Relatora, o julgamento encontra-se suspenso.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6446²² aborda a Lei da Mata Atlântica, questionando a flexibilização das regras de proteção desse bioma. Ajuizada pela Advocacia-Geral da União (AGU) perante o STF, postula a declaração de nulidade de dispositivos do Código Florestal (Lei nº 12.651/2012)²³ e da Lei da Mata Atlântica (Lei nº 11.428/2006)²⁴. Seu objetivo é afastar interpretações que, segundo a AGU, esvaziam o conteúdo do direito de propriedade e afrontam a segurança jurídica.

A proteção do bioma da Mata Atlântica, é de se ressaltar, tem um papel fundamental para a integridade do sistema climático, de sorte que a discussão lançada na ADI 6446 também diz respeito ao caso de litigância climática e a possível violação ao direito fundamental a um clima estável.

Em acórdão publicado recentemente (junho de 2023), o STF não conheceu da ADI ajuizada sob o fundamento de que os dispositivos do Código Florestal já haviam sido declarados constitucionais pelo referido Tribunal, não cabendo a análise casuística de sua aplicabilidade.

Esse caso reforça a relevância do STF na proteção dos ecossistemas e no estabelecimento de limites legais para a exploração dos recursos

22 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6446. Relator: Ministro Luiz Fux, 04 de junho de 2020. Brasília, DF: STF, 2020d.

23 BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012.

24 BRASIL. Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006.

naturais, considerando os impactos das atividades humanas nas mudanças climáticas e na conservação do meio ambiente.

Há, ainda, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 743²⁵, movida pela Rede Sustentabilidade. Nesse caso, é questionada a omissão do Governo Federal em relação às frequentes queimadas no Pantanal mato-grossense, que alcançaram a marca de 2,3 milhões de hectares somente em 2020, de acordo com dados do Centro Nacional de Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais.

Essa ação não se limita apenas aos danos ambientais decorrentes das constantes queimadas no Pantanal, mas também aborda seus efeitos sobre a saúde pública da população. Isso demonstra que eventos extremos, como os incêndios florestais em larga escala, têm impacto direto na mudança climática, afetando o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como a proteção constitucional à vida, saúde e integridade física.

Por fim, a chamada pauta ambiental do STF abrange diversas outras ações e discussões relacionadas à proteção do meio ambiente e às mudanças climáticas. Essa pauta engloba temas como desmatamento, licenciamento ambiental, regularização fundiária, entre outros, demonstrando o comprometimento do Judiciário brasileiro em lidar com os desafios ambientais.

A saber: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 735, em que se questiona o Decreto nº 10.341/2020, por meio do qual foi autorizado o emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem e demais ações subsidiárias a fim de realizar ações preventivas e repressivas contra delitos ambientais e combate a focos de incêndio; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 746 que tem como objeto omissão quanto aos deveres de proteção dos biomas do Pantanal e Amazônia; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 747, julgada procedente pelo Plenário em 14.12.2021, para declarar a inconstitucionalidade da Resolução CONAMA nº 500/2020, com a imediata restauração da vigência e eficácia das Resoluções CONAMA n.º 284/2001, 302/2002

25 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 743. Relator: Ministro André Mendonça, 18 de setembro de 2020. Brasília, DF: STF, 2020b.

e 303/2002 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 755, em que se questiona o Decreto nº 9.760/2019, por ter criado uma etapa de conciliação no processo sancionador ambiental, paralisando os procedimentos administrativos respectivos, além de ter inviabilizado a conversão de multas em serviços ambientais; e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 54, que tem como objeto a omissão inconstitucional do Presidente da República e do Ministro do Meio Ambiente no combate ao desmatamento na Amazônia.

4. LITIGÂNCIA CLIMÁTICA NO ESTADO DE SÃO PAULO

No âmbito do Estado de São Paulo há três casos listados pelo banco de dados do Sabin Center for Climate Change²⁶, um envolvendo particulares e dois envolvendo órgãos governamentais, sendo uma delas contra o ex-Ministro do Meio Ambiente Ricardo Salles e outra contra o Estado de São Paulo.

A Ação Popular nº 1068508-84.2021.8.26.0053 versa sobre o Programa IncentivAuto do Governo Estadual e tem como pedido a declaração da nulidade das Resoluções SFP nº 11 e 12, a Deliberação Cofunac 27/2020, o Decreto Estadual nº 64.130/2019, bem como qualquer ato administrativo editado em decorrência deles, ou, subsidiariamente, para determinar que o Estado de São Paulo inclua, no Programa IncentivAuto, condições para a aprovação dos projetos relativas à adoção de medidas voltadas à redução de emissão de gases do efeito estufa e de adaptação aos impactos das mudanças climáticas.

Em julho de 2022 a ação foi julgada improcedente em primeira instância tendo a Juíza sentenciante se limitado a analisar a lesividade ao patrimônio público sem adentrar no mérito dos eventuais impactos ambientais relativos ao programa questionado. Pende de julgamento recurso de apelação interposto pelos Autores.

26 SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. *Op. cit.*

Apesar de não estar catalogada pelo banco de dados do Sabin Center for Climate Change, a Ação Civil Pública 0006687-77.2013.8.26.0053²⁷ também configura antigo litígio climático em curso no Estado de São Paulo.

Referida ação ajuizada pelo Ministério Público estadual contra o Estado de São Paulo busca a condenação da Fazenda estadual na obrigação de fazer consistente em implantar um programa harmonizado e abrangente de inspeção de manutenção, emissões de gases e ruídos para veículos automotores em uso em todas as regiões saturadas do Estado, previstas no Plano de Controle de Poluição Veicular (PCPV).

Requer, ainda, seja tornada obrigatória a inspeção de emissões de gases e ruídos para toda a frota de veículos do ciclo Diesel do Estado de São Paulo e que seja realizado estudo multidisciplinar visando ao desenvolvimento de proposta ao Conselho Nacional do Meio Ambiente de procedimentos atualizados mais eficazes e adequados às novas tecnologias veiculares.

Anterior ao Acordo de Paris, a Ação Civil Pública tem como mote a poluição atmosférica em razão das fontes móveis de poluição geradas pelos veículos: monóxido de carbono (CO), dióxido de enxofre (SO²), óxidos de nitrogênio (NO e NO²) e hidrocarbonetos (HC).

Em 2014, a ação foi julgada parcialmente procedente para condenar o Estado de São Paulo a:

obrigação de fazer consistente em implementar a) o programa obrigatório de inspeção veicular de gases e ruídos para toda a frota de veículos nos municípios das regiões saturadas, que constam na 'Área 1' do Plano de Controle de Poluição Veicular (PCPV) do Estado de São Paulo; e b) programa obrigatório da inspeção de emissões de gases e ruídos para toda a frota de veículos do ciclo Diesel do Estado de São Paulo, também como previsto no PCPV.

27 SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ação Civil Pública 0006687-77.2013.8.26.0053. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo... Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: TJ-SP, 2013.

Após o trânsito em julgado em 2022 iniciou-se o cumprimento de sentença, pendendo agora a realização de audiência de conciliação para definição dos parâmetros para se cumprir a decisão.

Há, por fim, recentes ações ligadas à litigância climática envolvendo a tragédia ocorrida no município de São Sebastião em fevereiro de 2023, sob o ponto de vista da adaptação climática.

Uma delas é a Ação Civil Pública nº 1002165-85.2023.8.26.0587²⁸ com pedido liminar proposta pelo Ministério Público em face do Estado de São Paulo e do Município de São Sebastião, objetivando, em breve síntese, a condenação dos entes públicos à execução das medidas de prevenção, mitigação, preparação e resposta aos riscos existentes no bairro da Barra do Sahy, em São Sebastião.

Alega que Estado e Município há muito têm conhecimento da existência de dezenas de áreas de risco ao longo do território de São Sebastião, entretanto, não teriam agido de forma efetiva para a prevenção, mitigação, preparação e respostas aos riscos, o que teria culminado nos eventos trágicos, de fevereiro deste ano, em razão das fortes chuvas que assolaram a região.

Um dos principais fundamentos da ação é a omissão do Estado de São Paulo alegando-se “a total falência da atuação da Administração Pública Estadual na seara administrativa para o enfrentamento das ocupações irregulares em áreas ambientalmente protegidas ou inadequadas para ocupação humana” e que “embora a Fazenda Pública estadual tenha deflagrado centenas de procedimentos administrativos a partir das autuações levadas a efeito pela Polícia Militar Ambiental, pouquíssimos chegaram a um desfecho positivo”, apontando que “apenas 5% das autuações ambientais levam à formalização de título extrajudicial voltado à recuperação da área, ao passo que cerca de 70% do total de Autos de Infração Ambiental lavrados não contam com qualquer desfecho positivo em âmbito administrativo”.

Assinala, ainda, que igualmente estaria falida a atuação da Fazenda Pública Estadual no âmbito penal, não estando as estruturas de Polícia

28 SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ação Civil Pública nº 1002165-85.2023.8.26.0587. Comarca de São Sebastião. São Paulo: TJ-SP, [2023-].

Judiciária de São Sebastião adequadamente preparadas, do ponto de vista material e humano, para o enfrentamento do expressivo volume de infrações criminais ambientais verificadas diariamente, problemática discutida na Ação Civil Pública nº 1001895-61.2023.8.26.0587²⁹.

Semelhantes à Ação Civil Pública acima foram ajuizadas, ainda, outras 19 ações, uma referente a cada bairro/núcleo urbano do Município de São Sebastião.

5. CONCLUSÕES

Em resumo, a litigância climática no Brasil tem se expandido e ganhado relevância nos últimos anos. Os precedentes estabelecidos pelo STF em casos acima expostos têm contribuído para a consolidação do arcabouço jurídico voltado à proteção ambiental e ao enfrentamento das mudanças climáticas.

A litigância no âmbito das mudanças climáticas evidenciou o papel das Cortes no enfrentamento do aquecimento global. As decisões judiciais impulsionaram os governos a considerar os efeitos das mudanças climáticas na formulação de políticas públicas. Além disso, essas decisões também resultaram na revisão de políticas públicas já existentes e motivaram grandes corporações a realizar alterações em seus projetos, levando em conta uma melhor avaliação dos impactos relacionados ao aquecimento global.

Portanto, a litigância, especialmente no contexto das mudanças climáticas, desempenha um papel importante na governança, incentivando a alteração de comportamentos das instituições públicas e privadas, assim como a forma como as decisões são tomadas. As ações judiciais, independentemente de seu resultado, orientam e estimulam comportamentos, promovendo mudanças na sociedade.

Apesar do evidente potencial da litigância climática e de seus possíveis aspectos positivos, ela enfrenta desafios significativos. As estruturas normativas existentes, especialmente no que diz respeito à responsabilidade

29 SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Processo nº 1001895-61.2023.8.26.0587. Comarca de São Sebastião. São Paulo: TJ-SP, [2023-].

civil e à imposição de políticas por meio do judiciário, não foram originalmente concebidas para lidar com uma questão tão complexa e multifacetada como a mudança climática.

Da mesma forma, o sistema de responsabilização civil atribui ao Poder Judiciário a autoridade para tomar decisões, o que requer a consolidação dessas decisões para formar uma “política” climática em um sistema descentralizado. Além disso, a falta de capacidade técnica e científica disponível aos juízes (uma vez que a gestão de riscos e decisões ambientais normalmente é atribuída aos órgãos administrativos ambientais como um primeiro filtro) dificulta o desempenho dessas atribuições pelas cortes judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 24, n. 68, p. 103-119, 2010.

ACSELRAD, Henri. Justiça ambiental e construção social do risco. *Desenvolvimento e meio Ambiente*, Curitiba, n. 5, p. 49-60, 2002.

ACSELRAD, Henri. Vulnerabilidade ambiental, processos e relações. *In: II ENCONTRO NACIONAL DE PRODUTORES E USUÁRIOS DE INFORMAÇÕES SOCIAIS, ECONÔMICAS E TERRITORIAIS, II*, 2006, Rio de Janeiro. *Comunicação* [...]. Rio de Janeiro: FIBGE, 2006.

ARTAXO, Paulo; RODRIGUES, Dêlcio. As bases científicas das mudanças climáticas. *In: SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; FABBRI, Amália Botter (coord.). Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 43-55.

BANDA, Maria; FULTON, Scott. Litigating climate change in national courts: recent trends and developments in global climate law. *Environmental Law Institute*, Washington, DC, v. 47, p. 10121-10134, 2017. Disponível em: www.eli.org/sites/default/files/elr/featuredarticles/47.10121.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.

BARROSO, Luis Roberto. Litigância climática no mundo e no Brasil: empurrando a história. *In: CONFERÊNCIA DAS PARTES DA CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE AS*

MUDANÇAS CLIMÁTICAS, 27, 2022, Sharm El Sheik. **Discurso** [...]. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/judiciario-age-negacionismo-imediatismo.pdf>. Acesso em: 05.02.2025.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010.

BERNARDO, Vinicius Lameira. Mudanças climáticas: estratégias de litigância e o papel do judiciário no combate às causas do aquecimento global no contexto brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 88, p. 517-548, 2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 780**. Relator: Ministro Celso de Mello, 04 de setembro de 1992. Brasília, DF: STF, 1992. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=708&classe=ADPF>. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADO 59**. Relator: Ministra Rosa Weber, 05 de junho de 2020. Brasília, DF: STF, 2020a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5930766>. Acesso em: 5 fev. 2025.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 743**. Relator: Ministro André Mendonça, 18 de setembro de 2020. Brasília, DF: STF, 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6007933>. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 760**. Relator: Ministro André Mendonça, 12 de novembro de 2020. Brasília, DF: STF, 2020c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6049993>. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6446**. Relator: Ministro Luiz Fux, 04 de junho de 2020. Brasília, DF: STF, 2020d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5929755>. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 708**. Direito Constitucional Ambiental. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Fundo Clima... Relator: Ministro Roberto Barroso, 4 de julho de 2022. Brasília, DF: STF, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5951856>. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 586.224 São Paulo**. Recurso Extraordinário em Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual. Limites da competência municipal... Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/863952288/inteiro-teor-863952316>. Acesso em: 5 fev. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017**. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm. Acesso em: 5 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11428.htm. Acesso em: 5 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009**. Cria o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, altera os arts. 6º e 5º da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12114.htm. Acesso em: 5 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12651.htm. Acesso em: 5 fev. 2025.

BULLARD, Robert Doyle. **Dumping in Dixie: race, class, and environmental quality**. Boulder: Westview Press, 1990.

CARVALHO, Délton Winter de. Litigância climática como governança ambiental. **Revista Eletrônica da Escola Superior de Advocacia**, Porto Alegre, Ano III, v. III, p. 1-21, 2018.

CARVALHO, Délton Winter de. Uma incursão sobre a litigância climática: entre mudança climática e responsabilidade civil. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coords.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 53-70.

CARVALHO, Délton Winter de; BARBOSA, Kelly S. Litigância climática e o Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 26, n. 101, p. 385-403, 2021.

CAVALCANTI, Clóvis. Economia e ecologia: problemas da governança ambiental no Brasil. **REVIBEC: Revista Iberoamericana de Economía Ecológica**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 1-10, 2004.

GRAY, Wayne; SHIMSHACK, Jay. The Effectiveness of Environmental Monitoring and Enforcement: A Review of the Empirical Evidence. **Review of Environmental Economics and Policy**, Oxford, v. 5, n. 1, p. 3-24, 2011.

GUY, Jack. Climate change lawsuits spreading around the world, says report. **CNN World**, Atlanta, 4 jul. 2019. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2019/07/04/world/climate-change-lawsuits-scli-intl/index.html>. Acesso em: 06 jul. 2019.

IPCC. IPCC advances work on final roduct of upcoming assessment report. **IPCC**, Geneva, 25 jan. 2021. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/ar6-syr/>. Acesso em: 10 jul. 2023.

LENTON, Timothy; HELD, Hermann; KRIEGLER, Elmar; HALL, Jim; LUCHT, Wolfgang; RAHMSTORF, Stefan; SCHELLNHUBER, Hans Joachim. Tipping elements in the Earth's climate system. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, Washington, DC, v. 105, n. 6, p. 1786-1793, 2008.

LEWIS, Simon; MASLIN, Mark Andrew. Defining the Anthropocene. **Nature**, Londres, v. 519, p. 171-180, 2015.

PRODES. **Monitoramento do desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por satélite**. São José dos Campos: INPE, 2024. Disponível em: <https://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/prodes>. Acesso em: 05.02.2025.

ROCKSTRÖM, Johan *et al.* A safe operating space for humanity. **Nature**, Londres, v. 461, p. 472-475, 2009.

SABIN CENTER FOR CLIMATE CHANGE LAW. **Climate Change Litigation Databases**. New York: Columbia Law School; Arnold & Porter Kaye Scholer LLP, 2023. Disponível em: <http://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/brazil/>. Acesso em: 10 jul. 2023.

SÃO PAULO (ESTADO). **Lei Estadual 11.241/02, de 19 de setembro de 2002**. Dispõe sobre a eliminação gradativa da queima da palha da cana-de-açúcar e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2002. Disponível em: <https://semil.sp.gov.br/legislacao/2022/07/lei-estadual-11-241-02>. Acesso em: 5 fev. 2025.

SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Ação Civil Pública 0006687-77.2013.8.26.0053**. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo... Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: TJ-SP, 2013.

SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Ação Civil Pública nº 1002165-85.2023.8.26.0587**. Comarca de São Sebastião. São Paulo: TJ-SP, [2023-]. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=GB0003L920000&processo.foro=587&processo.numero=1002165-85.2023.8.26.0587>. Acesso em: 6 fev. 2025.

SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Processo nº 1001895-61.2023.8.26.0587**. Comarca de São Sebastião. São Paulo: TJ-SP, [2023-]. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=GB0003KQK0000&processo.foro=587&processo.numero=1001895-61.2023.8.26.0587>. Acesso em: 6 fev. 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEDY, Gabriel; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Climático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

SETZER, Joana; CUNHA, Kamyla; BOTTER FABBRI, Amália. Emergência climática e a emergência da litigância climática. **Jota**, São Paulo, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/emergencia-climatica-e-a-emergencia-da-litigancia-climatica-12062019>. Acesso em: 04 jul. 2019.

SETZER, Joana; HIGHAM, Catherine. **Global trends in Climate change litigation: 2023 snapshot**. London: Grantham Research Institute on Climate Change, 2023. Disponível em: https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2023/06/Global_trends_in_climate_change_litigation_2023_snapshot.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. **The Status of Climate Change Litigation: A global review**. Nairobi: UN Environment Programme, 2017. Disponível em: <http://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/20767/climate-change-litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jul. 2019.

WATERS, Colin Neil *et al.* The Anthropocene is functionally and stratigraphically distinct from the Holocene. **Science**, Washington, DC, v. 351, n. 6269, 2016.

ZALASIEWICZ, Jan. *et al.* The Working Group on the Anthropocene: Summary of evidence and interim recommendations. **Anthropocene**, Washington, DC, v. 19, p. 55-60, 2017.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO FISCAL: RELEVÂNCIA E POSSIBILIDADES

*Paulo Vitor da Silva*¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A desconsideração da personalidade jurídica como ferramenta de proteção social; 3. O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ); 3.1. Cabimento do IDPJ na execução fiscal; 3.2. Particularidades do IDPJ na execução fiscal; 3.2.1. Efeitos da instauração – Suspensão dos processos executivos e do prazo para consumação da prescrição intercorrente; 3.2.2. Cabimento de tutelas provisórias; 3.2.3. Alguns efeitos da decisão definitiva; 3.2.3.1 Efeitos processuais ampliados – sujeição de todas as execuções fiscais entre credor e devedor; 3.2.3.2 Efeitos extraprocessuais – Ampliação administrativa dos devedores e anulação de benefícios; 4. Conclusões; Referências Bibliográficas.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo situar a desconsideração da personalidade jurídica como um poderoso instrumento de combate a fraudes na seara tributária. Busca-se demonstrar a relevância do instituto como ferramenta de proteção social e promoção de conformidade, apresentando importantes possibilidades no âmbito fiscal. A partir da normatização de regência, conclui-se pela necessidade de se atribuir à desconsideração (e ao incidente que a procedimentaliza) eficácia expansiva automática para as relações entre o mesmo credor e devedor,

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Constitucional – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru); Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio).

como forma de impedir que o contribuinte fraudador se beneficie da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Execução Fiscal. Eficácia expansiva processual e material.

1. INTRODUÇÃO

Um dos pilares para o bom desenvolvimento de relações jurídicas é a boa-fé. Esta pode ser observada tanto sob o aspecto subjetivo, que representa o propósito pessoal de celebrar ajustes honestos e bem-intencionados (elemento volitivo do agente), quanto sob a ótica objetiva, que demanda um agir leal que inspire confiança (*treu und glauben*), um dever de comportamento probó, a exteriorização de uma conduta íntegra. O agente deve pretender celebrar relações em conformidade com o ordenamento jurídico e deve se comportar de forma compatível (postulado ético e critério para aplicação de normas jurídicas).

O ordenamento jurídico trata da boa-fé em variados contextos. Em nosso Código Civil (CC), por exemplo, a boa-fé é elemento da execução e da interpretação dos contratos (art. 422), é avaliada na aquisição de propriedade por meio de usucapião (art. 1201), é ainda prestigiada ao se erigir o erro ou a ignorância, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores a expressões de vícios do negócio jurídico (arts. 138 a 165), entre tantos outros temas².

No Direito Tributário não é diferente. Embora as obrigações tributárias decorram da legislação, a boa-fé funciona como norte interpretativo das relações entre fisco e contribuinte, ao permitir, *e. g.*, o creditamento tributário em operações realizadas pelo adquirente de boa-fé, em caso de constatação de inidoneidade de notas fiscais (Súmula 509 e Tema Repetitivo 272, ambos do Superior Tribunal de Justiça – STJ)³, ao vedar o comportamento

2 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

3 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [Primeira Seção]. Tema Repetitivo 272. Questiona-se a higidez do aproveitamento de crédito de ICMS... Relator: Luiz Fux. Brasília, DF: STJ, 2010.

contraditório do fisco em relação ao particular, ao permitir que contribuinte regularize sua situação tributária pela denúncia espontânea (art. 138 do Código Tributário Nacional – CTN)⁴. São vários os exemplos de aplicação prática.

Como consectário da boa-fé e para o combate ao abuso de direito e à fraude, o ordenamento jurídico consagra um importante instrumento: a desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de um instituto que viabiliza a inclusão de terceiro(s) em relações jurídicas por ele(s) não celebradas a partir da identificação de comportamentos ilícitos, objetivando fomentar um ambiente de conformidade e respeito às regras jurídicas. O procedimento para a adoção da medida foi disciplinado pelo Código de Processo Civil de 2015⁵ de forma singela.

Diante da resumida normatização a respeito do tema, o propósito do presente trabalho é apresentar potencialidades da desconsideração da personalidade jurídica para o Direito Tributário, passando pela análise de aspectos materiais e processuais envolvidos na controvérsia, para, sem o intuito de esgotar o tema, propor o reconhecimento de efeitos inerentes à instauração do procedimento próprio e à constatação do comportamento fraudulento, com o objetivo de proteger a sociedade e um saudável ambiente concorrencial.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO SOCIAL

A autonomia da pessoa jurídica é fundamental em nosso ordenamento jurídico. De acordo com ela, a pessoa jurídica não se confunde *com a de seus sócios, associados, instituidores ou administradores* (art. 49, CC). Essa separação é um instrumento de proteção a investimentos e estímulo ao empreendedorismo, pois permite que a pessoa jurídica atue em nome próprio, assumindo direitos e contraindo obrigações, sem que, em geral, os sócios ou administradores sejam responsabilizados pessoalmente pelas obrigações assumidas pela pessoa constituída.

4 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966.

5 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Embora a autonomia patrimonial seja a regra, em determinados casos essa mesma ordem jurídica prevê a possibilidade de desconsideração dessa personalidade, de modo a se atingir o patrimônio de terceiros, sejam eles os sócios ou até mesmo outras pessoas jurídicas integrantes de um grupo econômico. A desconsideração da personalidade jurídica, que tem origem na *Disregard Doctrine* do direito norte americano, permite que o véu corporativo seja ignorado em casos excepcionais. O art. 50 do Código Civil é regra matriz para a desconsideração da personalidade jurídica no Brasil⁶:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso⁷.

A norma, com a atual redação atribuída pela chamada *Lei de Liberdade Econômica*, Lei nº 13.874/2019, elenca duas hipóteses caracterizadoras de abuso da personalidade: “i) o desvio de finalidade e ii) a confusão patrimonial”.

O mesmo legislador se encarrega de definir os conceitos de ambas as modalidades. De acordo com o art. 50, § 1º, “desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”. Já o § 2º conceitua a confusão patrimonial:

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

6 Não se desconhece a existência de outras teorias sobre a desconsideração da personalidade jurídica com parâmetros diferenciados, a exemplo do que ocorre nos meios consumerista e trabalhista. Contudo, para o escopo deste trabalho parece adequado atribuir ao Código Civil a principal regra para a desconsideração, pois possui maior grau de detalhamento e maior âmbito de aplicação.

7 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

A lei prevê, nas mesmas hipóteses acima indicadas, a possibilidade daquilo que a doutrina vinha chamando de *desconsideração inversa*, ao permitir a “extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica” (art. 50, § 3º)⁸. Ou seja, caso a pessoa jurídica esteja sendo utilizada como blindagem ilícita do patrimônio de seus sócios e administradores, a personalidade pode ser desconsiderada para atingimento do patrimônio da pessoa constituída. É o caso, por exemplo, de *holdings* patrimoniais constituídas exclusivamente para mascarar o patrimônio dos constituintes.

Apesar de não constar expressamente do caput do art. 50, o § 4º deixa clara a viabilidade de desconsideração da personalidade para o atingimento de outras pessoas integrantes de um mesmo grupo econômico ao aduzir que “[a] mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica”. Interpretando o dispositivo a *contrario sensu*, tem-se que, uma vez preenchidos os requisitos legais do *caput*, fica autorizada a desconsideração para o atingimento do patrimônio de outras pessoas jurídicas.

A desconsideração deve se dar pela via judicial, tendo como legitimados ativos a pessoa prejudicada ou o Ministério Público, e deve atingir obrigações certas e determinadas. Por certas e determinadas devemos entender todas as obrigações que envolvam o mesmo credor e o mesmo devedor e que tenham sido diretamente atingidas pelo ilícito que ensejou a desconsideração. Ora, entender de modo diverso

⁸ BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.

tornaria necessário que um mesmo lesado promovesse uma desconsideração para cada relação jurídica obrigacional mantida entre ele e a pessoa jurídica desconsiderada, medida aparentemente antieconômica. Retornaremos ao tema em breve quando tratarmos de possíveis efeitos automáticos da desconsideração.

A lei afirma ainda a necessidade de que a pessoa atingida pela desconsideração seja direta ou indiretamente beneficiada pelo abuso praticado. Para compatibilizar com as hipóteses de desconsideração previstas na norma, o benefício direto ou indireto, aqui, deve ser razoavelmente interpretado como a participação no desvio de finalidade ou na confusão patrimonial. Havendo prova da participação no ilícito, ao menos a ocorrência de benefício indireto deve ser presumida.

Em linhas gerais, a disciplina legal da desconsideração da personalidade jurídica constitui um poderoso instrumento de proteção da boa-fé e ao combate à utilização fraudulenta de instrumentos legais legítimos, em detrimento de credores e da própria ordem jurídica. À primeira vista, pode parecer um instituto para a proteção de interesses individuais de credores, em face de maus pagadores, mas não é só isso. Trazendo as considerações para o campo do Processo Judicial Tributário, em especial para a execução fiscal, a desconsideração da personalidade jurídica apresenta-se como um mecanismo de proteção social em dois níveis: “i) garantia de recursos públicos a partir da justa arrecadação tributária e ii) proteção ao ambiente concorrencial”.

O principal meio de financiamento estatal é a arrecadação tributária. É por meio dela que o Estado aufere a maior parte dos recursos para a manutenção de serviços públicos e aplicação em políticas públicas para a proteção e a concretização de direitos fundamentais, elencados na Constituição Federal. Quando há abuso na utilização da personalidade jurídica em prejuízo do credor tributário, além da violação à lei, há o comprometimento de prestações em saúde, educação, assistência social, segurança pública, entre tantas outras demandas atribuídas pelo constituinte ao Estado⁹.

⁹ Cass Sustein e Stephen Holmes sustentam que mesmo os direitos aparentemente negativos (ou de primeira dimensão), que consistiriam em abstenção estatal, demandam recursos. A liberdade e a propriedade, por exemplo, somente são efetivamente asseguradas a partir de uma robusta

Além do prejuízo à arrecadação e destinação dos tributos, o abuso da personalidade jurídica propicia ao mau contribuinte, aquele que se utiliza de expedientes fraudulentos para driblar a incidência tributária, vantagem injusta no mercado concorrencial em que atua, com quebra de isonomia. Sabe-se que a tributação constitui um relevante elemento de custo na atividade empresarial. Quando um ator se furta do pagamento de forma fraudulenta, consegue praticar preços menores que seus concorrentes, que cumprem rigorosamente suas obrigações com o Estado, comprometendo a saudável competitividade do mercado.

Em acréscimo ao problema, a permissividade ou o combate fraco a práticas irregulares ainda apresenta outra externalidade negativa: o estímulo ao ilícito. Os agentes têm a sensação de que a sobrevivência no mercado concorrencial requer a sonegação de tributos e passam a adotar práticas semelhantes aos demais. É um cálculo econômico: se um concorrente comete ilícitos e colhe vantagens, os demais são tentados a seguir o mesmo caminho, confiando nos mesmos resultados.

Daí a importância da desconsideração da personalidade jurídica como componente de um sistema eficiente de combate a fraudes. No Processo Judicial Tributário, a aplicação da ferramenta cumpre, ao menos, a dupla função de assegurar a arrecadação isonômica de tributos, evitando tratamento diferenciado de contribuintes em situação semelhante, ao mesmo tempo em que busca promover conformidade e garantir o regular funcionamento de um mercado concorrencial justo e competitivo.

3. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (IDPJ)

O Incidente de Desconsideração da Personalidade (IDPJ) é procedimento recente em nosso ordenamento jurídico. Antes do advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC, 2015)¹⁰ a desconsideração ocorria de forma incidental no curso de um processo determinado,

estrutura estatal que lhes possa dar proteção contra ataques de variadas ordens. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 45-59.

10 BUENO, Cassio Scarpinella. *Op cit.*

mediante requerimento da parte interessada e sem formalidades específicas, o que feria a previsibilidade e dificultava o exercício de garantias processuais pela pessoa que se buscava desconsiderar e, sobretudo, por eventuais atingidos pela desconsideração.

O cenário mudou com o advento do CPC de 2015¹¹, que trouxe, de forma inaugural, a previsão específica de um incidente processual como modalidade de intervenção de terceiros no processo. O IDPJ está previsto entre os arts. 133 e 137 do CPC e deve ser instaurado a partir de requerimento da parte interessada ou do Ministério Público, indicando os pressupostos previstos na lei material.

De acordo com o art. 134 do CPC¹², o incidente é cabível em qualquer fase “do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”, sendo dispensada a instauração, caso a desconsideração seja requerida já na petição inicial (§ 2º). A partir da instauração do IDPJ, o processo principal fica suspenso até a solução do incidente (§ 3º), salvo o caso de a desconsideração já ter sido requerida na inicial, pois nesse caso sequer há instauração do acessório.

As pessoas envolvidas na desconsideração (sócio[s] e pessoa[s] jurídica[s]) devem ser citados para manifestação no prazo legal de 15 dias (art. 135) e, após a conclusão da instrução, o incidente é resolvido por decisão interlocutória (art. 136). O recurso cabível em face da decisão no IDPJ é o agravo de instrumento (art. 1.015, IV) e sendo a decisão proferida pelo relator, cabe agravo interno (art. 137, parágrafo único). Acolhido o pedido de desconsideração, o patrimônio de terceiros não integrantes formalmente da relação jurídica fica sujeito aos consectários da obrigação e eventual “alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente” (art. 137).

A lei cuidou, portanto, de dar contornos processuais a um incidente de grande relevância para o combate ao abuso de direito, assegurando a incidência do devido processo legal na condução do procedimento, como imperativo de segurança jurídica para as partes envolvidas.

11 BUENO, Cassio Scarpinella. *Idem*.

12 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

Como toda novidade legislativa suscita divergências interpretativas, surgiram, então, algumas discussões sobre o âmbito de aplicabilidade do IDPJ em procedimentos que possuem normatização específica, como o caso da execução fiscal, o que será objeto de estudo a seguir.

3.1. Cabimento do IDPJ na execução fiscal

As principais controvérsias consistem em saber se, i) as previsões específicas do CTN acerca da responsabilidade tributária permitiriam o redirecionamento da execução fiscal a terceiros, suprindo todas as hipóteses legais de desconsideração por abuso da personalidade jurídica; ii) considerando a ausência de previsão na Lei de Execuções Fiscais (LEF – Lei nº 6.830/1980)¹³ e as especificidades do processo de cobrança judicial do crédito fazendário, caberia a instauração de IDPJ, em aplicação subsidiária do CPC.

A aplicação subsidiária do CPC à execução fiscal é indiscutível. Isso porque o art. 1º da LEF afirma essa possibilidade ao dispor que “[a] execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”. O que importa é verificar se a disciplina do incidente é compatível com as peculiaridades do procedimento executivo fiscal.

Duas objeções à compatibilidade do IDPJ com o procedimento especial de execução fiscal foram consignadas na ementa de julgamento pelo STJ do REsp nº 1.786.311, de relatoria do Ministro Francisco Falcão¹⁴.

13 BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980.

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.786.311/PR. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA.** [...] IV – A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. Na execução fiscal “a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja,

A primeira delas afirma que na execução fiscal não é permitida a defesa sem a prévia garantia, o que se entende seria possível no IDPJ, e a segunda afirma a impossibilidade de suspensão automática do processo, decorrência do art. 134, § 3º, do CPC. Nenhuma delas, no entanto, parece impedir a utilização do IDPJ na execução fiscal.

Quanto à primeira objeção, muito embora correta a conclusão de que no executivo fiscal não há previsão legal para apresentação de defesa, sem o oferecimento de garantia, conforme art. 16, § 1º, da LEF, no IDPJ as pessoas envolvidas não se defendem em relação ao débito, em si. A defesa no IDPJ não substitui os embargos à execução em seu conteúdo, mas diz tão somente quanto aos fatos que caracterizam a hipótese legal de desconconsideração. Não se discute a legitimidade do débito, como nos embargos de devedor, mas apenas a extensão da responsabilidade pela prática de ilícito a pessoas antes não integrantes da Certidão de Dívida Ativa (CDA), nos casos em que não é possível o redirecionamento pelas regras próprias do CTN.

Além disso, a despeito da impossibilidade de ofertar embargos à execução fiscal antes de garantido o débito, a jurisprudência é pacífica em admitir a propositura de ação anulatória com a mesma finalidade, sem que, para tanto, seja necessária a oferta dos meios assecuratórios do débito¹⁵. A única distinção relevante é o efeito de suspender a

fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível [...]. Relator: Ministro Francisco Falcão, 9 de maio de 2019.

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [1. Turma]. **Recurso Especial 557.080-DF. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA DO DÉBITO. CONEXÃO**. 1. Se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução (CPC, art. 585, § 1º), o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, seja por meio de embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva. Nada impede, outrossim, que o devedor se antecipe à execução e promova, em caráter preventivo, pedido de nulidade do título ou a declaração de inexistência da relação obrigacional. 2. Ações dessa espécie têm natureza idêntica à dos embargos do devedor, e quando os antecedem, podem até substituir tais embargos, já que repetir seus fundamentos e causa de pedir importaria litispendência. 3. Assim como os embargos, a ação anulatória ou desconstitutiva do título executivo representa forma de oposição do devedor aos atos de execução, razão pela qual quebraria a lógica do sistema dar-lhes curso perante juízos diferentes, comprometendo a unidade natural que existe entre pedido e defesa. 4. É certo, portanto, que entre ação de execução e outra ação que se oponha ou possa comprometer os atos executivos, há evidente laço de conexão (CPC, art. 103), a determinar, em nome da segurança

exigibilidade do crédito tributário e, por conseguinte, o andamento da execução fiscal. A garantia, ao fim e ao cabo, mostra-se elemento de pouca relevância para viabilizar a discussão judicial do débito fiscal.

A segunda objeção faz referência à possibilidade de suspensão automática do processo executivo com a instauração do IDPJ. Aparentemente também aqui não há maior problema. Assim como a LEF, o CPC é lei ordinária federal que trata do processo e procedimento. Se a LEF pode prever hipótese de suspensão do processo em caso específico, como faz no art. 40¹⁶, o CPC também o faz, de forma legítima, quanto ao IDPJ¹⁷. A LEF não limita as possibilidades de suspensão do processo àquelas que traz em seu bojo. Não há, a rigor, incompatibilidade de regimes.

Ainda que se considere que a suspensão do processo leva à suspensão da prescrição intercorrente e que o art. 146, III, “b”, da Constituição Federal remete à disciplina da prescrição tributária à lei complementar, o dispositivo constitucional faz alusão à prescrição de direito material, aquela que ocorre antes da propositura da ação e fora do âmbito do processo. Quanto à prescrição processual, não parece haver óbice ao tratamento pela lei ordinária. O próprio STJ já chancelou esse entendimento no REsp nº 1.340.553-RS, quando, a partir do art. 40 da LEF, que é lei ordinária, delimitou o modo de contagem de prazo para a prescrição intercorrente na execução fiscal¹⁸. O mesmo entendimento foi alcan-

jurídica e da economia processual, a reunião dos processos, prorrogando-se a competência do juiz que despachou em primeiro lugar (CPC, art. 106). Cumpre a ele, se for o caso, dar à ação declaratória ou anulatória anterior o tratamento que daria à ação de embargos com idêntica causa de pedir e pedido, inclusive, se garantido o juízo, com a suspensão da execução. 5. Recurso especial provido. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2005.

16 LEF. Art. 40 – O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

17 CPC. Art. 134. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

18 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.340.553 – RS (2012/0169193-3)**. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUENTES DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80). 1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais. 2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido

çado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 390¹⁹.

Quanto à amplitude de alcance dos dispositivos do CTN sobre responsabilidade de terceiros, não parece possível neles enquadrar todas as situações que a realidade apresenta. No mesmo REsp nº 1.786.311-PR²⁰, já citado acima, no qual se discutia a extensão da responsabilidade a empresas de um mesmo grupo econômico, constou da ementa a possibilidade de redirecionamento da execução por enquadramento direto na hipótese do art. 135, III, do CTN, que trata da responsabilidade de “diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”²¹.

Apesar de uma aparente contradição, ao menos do ponto de vista moral, em se redirecionar a execução ao sócio administrador com base no art. 135, III, do CTN e não o fazer em relação a terceiros, pessoas

e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: “*Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente*”. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 12 de setembro de 2018.

19 “*Leading Case*: RE 636.562. Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos art. 146, III, b, da Constituição Federal, a constitucionalidade ou não, do artigo 40, §4º, da Lei 6.830/1980, que regula a prescrição intercorrente no processo de execução fiscal, sob a alegação de que não se trata de matéria reservada à lei complementar. Tese: **É constitucional o art. 40 da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais LEF), tendo natureza processual o prazo de 1 (um) ano de suspensão da execução fiscal.** Após o decurso desse prazo, inicia-se automaticamente a contagem do prazo prescricional tributário de 5 (cinco) anos”. BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 636562**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 22 de fevereiro de 2023.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Op cit.* 2019.

21 “REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. [...] V – Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigí-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ibid.* 2019)

jurídicas distintas, mas integrantes de um mesmo grupo econômico fraudulento, a ampliação do âmbito normativo esbarra nos limites semânticos do texto legal. Como as regras de responsabilidade de terceiros, a que título for, são normas excepcionais, seu conteúdo deve ser interpretado restritivamente.

Admitir a responsabilização, nesses casos, seria possível pela verificação da responsabilidade solidária do art. 124 do CTN, constatando-se materialmente a ausência de individualidade entre as pessoas jurídicas que atuam em conjunto, mediante práticas comuns e confusão patrimonial e/ou de objetos. A situação, no entanto, não se amolda a nenhuma das espécies de extensão de responsabilidade do CTN que permitiriam o redirecionamento direto no curso da execução. Por isso, defende-se a compatibilidade do IDPJ com a execução fiscal, que vem para suprir lacuna existente no sistema.

Convém destacar, nesse ponto, duas situações cronologicamente distintas para a responsabilização solidária: i) a demonstração do grupo econômico irregular na seara administrativa, com indicação de todos os codevedores na Certidão de Dívida Ativa (CDA); ii) a constatação do grupo econômico irregular posteriormente à inscrição do débito em dívida ativa e/ou à propositura da execução fiscal.

Como a CDA é título executivo que goza de presunção de liquidez e certeza²², sobretudo quando antecedida de regular procedimento administrativo de responsabilização, não há necessidade de redirecionamento ou instauração de IDPJ, visto que a responsabilidade solidária já foi comprovada pelo fisco e os devedores já integram o polo passivo do executivo fiscal, podendo se valer dos meios de defesa previstos pela ordem jurídica. Esse parece ser o melhor caminho, havendo indícios materiais do comportamento fraudulento e meios de verificação oportuna pelo ente tributante.

Como nem sempre é possível a responsabilização administrativa, a constatação posterior à inscrição do débito pode ensejar duas ações: i) a inclusão de pedido de desconconsideração da personalidade jurídica na inicial da execução fiscal, dispensando-se a instauração do IDPJ (art. 134,

22 LEF. Art. 3º – A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

§ 2º, CPC), quando o ilícito for descoberto entre a inscrição e a propositura da ação, caso não seja viável a retificação da CDA; ii) a instauração do IDPJ para o atingimento do patrimônio de outras pessoas após a propositura do executivo fiscal, dada a impossibilidade de retificação da CDA nessa fase²³. Nesses casos, um procedimento judicial para a desconsideração é indispensável.

O IDPJ, nesse ambiente, não é um instrumento apenas para a satisfação dos interesses fazendários, mas é, em maior medida, ferramenta de garantia do devido processo legal e de segurança jurídica. Nas situações em que a desconsideração judicial da personalidade jurídica é impositiva, seja requerida na petição inicial, seja por meio da instauração do IDPJ, é necessário observar a regra matriz contida no art. 50 do Código Civil e devem ser respeitadas as garantias processuais estabelecidas pela Constituição e pela legislação adjetiva, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa àqueles que participam do processo.

A conclusão foi bem sintetizada em trecho do voto do Min. Gurgel de Faria, relator, no STJ, do REsp nº 1.775.269-DF:

Em conclusão, o redirecionamento de execução fiscal a pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome da CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN, depende mesmo da comprovação do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí porque, nessa hipótese, é obrigatória a instauração do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora²⁴.

O mesmo entendimento pode ser encontrado nas razões do voto da Ministra Regina Helena Costa, no julgamento, pelo STJ, do REsp nº 1.804.9013-RJ:

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 392**. A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2009.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.775.269 – PR**. Relator: Ministro Gurgel de Faria, 21 de fevereiro de 2019.

Compatibilizando-se o sistema especial regulado pela LEF e o estampado no estatuto processual civil, constata-se uma relação de complementariedade entre ambos, e não de especialidade excludente.

O CPC/2015 inovou ao dispor sobre o processamento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica – IDPJ, trazendo dispositivo expresso no sentido da sua aplicação à execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134).

Nesse contexto, a instauração do IDPJ mostra-se excepcionalmente cabível na execução fiscal, desde que observadas as normas de responsabilidade tributária.

Sublinho que a disciplina trazida pelo CPC/2015 em relação ao incidente, em nada modifica os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica, porquanto estes encontram regramento no direito material aplicável (e.g. arts. 50 do Código Civil; 28 do Código de Defesa do Consumidor; e 2º, § 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas)²⁵.

Logo, para a responsabilização de pessoas que não integrem a CDA e cuja razão não se amolde aos dispositivos do CTN, é imperiosa a realização da desconsideração da personalidade jurídica, com a demonstração de abuso da personalidade, nos termos do art. 50, do Código Civil, seja de forma inaugural, quando requerida na petição inicial, seja por meio da instauração de incidente próprio ao objetivo, respeitados os direitos processuais dos envolvidos.

3.2. Particularidades do IDPJ na execução fiscal

Como já realçamos, do ponto de vista processual, o IDPJ consiste, em larga medida, em um instrumento de defesa e respeito aos consectários constitucionais e legais do devido processo legal em favor de pessoas a quem se pretende atribuir responsabilidade. Foi criado pelo legislador com o intuito de afastar a falta de uniformidade procedimental existente

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* n. 1.804.913 – RJ (2018/0227282-6). Ministra: Regina Helena Costa, 1 de setembro de 2020.

até o advento do CPC de 2015²⁶, que gerava críticas e resultava em falta de previsibilidade e segurança jurídica às partes envolvidas.

E, sob um olhar material, é um relevante instrumento de combate ao abuso de direito e, especificamente para a Ordem Tributária, uma ferramenta fundamental de proteção social, pois visa a assegurar a regular arrecadação tributária e a proteção ao mercado concorrencial competitivo, com efeitos positivos para a sociedade.

Dada a normatização do incidente e possíveis controvérsias práticas existentes ao seu redor, buscamos delimitar e/ou propor efeitos que devem ser produzidos desde a sua instauração até a sua conclusão, com base nas possibilidades legais e em seus objetivos processuais e materiais. Como nosso escopo de análise é a execução fiscal, nos ateremos às perspectivas e limites para o Direito Tributário.

3.2.1. Efeitos da instauração – Suspensão dos processos executivos e do prazo para consumação da prescrição intercorrente

Considerando as peculiaridades da relação jurídica tributária, o principal efeito da instauração do incidente é a automática suspensão de todas as execuções fiscais que envolvam as mesmas partes – mesmo credor e mesmo devedor – e que tenham sido atingidas pela conduta ilícita. Em outras palavras, a suspensão determinada no art. 134, § 3º, do CPC, a partir da instauração do incidente deve alcançar automaticamente todas as execuções fiscais em trâmite entre as mesmas partes.

E não apenas. É razoável concluir que todas as execuções que venham a ser ajuizadas durante a tramitação do incidente devam ser suspensas *ab initio*, pois a eficácia de qualquer medida executiva está, desde logo, prejudicada pela conduta antijurídica do devedor até que a questão posta no IDPJ seja resolvida. O contribuinte que pratica fraude para ocultar patrimônio manipula a Administração tributária e o Poder Judiciário, impedindo ilicitamente o regular curso da execução e a satisfação do crédito em cobrança.

26 BUENO, Cassio Scarpinella. *Op cit.*

A primeira razão para isso é de ordem lógica. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, a rigor, abrange uma única questão comum a todos os feitos executivos movidos pelo credor em face de um mesmo devedor: a utilização fraudulenta da personalidade jurídica para se furtrar do cumprimento de suas obrigações. Isto é, no IDPJ não se discute a materialidade de cada dívida tributária em cobrança, mas apenas a utilização da personalidade jurídica de forma ilícita para permitir a sonegação fiscal em sentido amplo.

Não por outra razão, a defesa do devedor (e do pretenso devedor) no IDPJ não se volta contra a juridicidade do(s) débito(s) – o que poderia ensejar defesas diversas para débitos distintos, sob variados aspectos – mas contra a demonstração do abuso de direito, do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, que é comum a todos eles. Se o contribuinte não pagou um débito em razão de fraude, o mesmo ocorre para as demais dívidas, cuja cobrança será igualmente prejudicada pelo mesmo comportamento fraudulento. Portanto, as regras do contraditório e da ampla defesa serão plena e oportunamente exercidas nos limites da pretensão dirigida no incidente.

O CPC não disciplina o incidente de desconconsideração a partir da ótica da execução fiscal, mas a partir de uma hipotética relação material individualizada – credor *vs.* devedor. Pressupõe, sim, a existência de um processo, em que o credor cobra do devedor uma dívida, e cuja suspensão decorrente da instauração do incidente tem capacidade para restabelecer a regularidade entre as partes.

Isso, todavia, não é suficiente em se tratando de execuções fiscais em que se cobram diversos débitos, em uma relação sucessiva de fatos geradores ocorridos ao longo do tempo. O restabelecimento da regularidade da relação credor-devedor no âmbito da cobrança de créditos fazendários pressupõe a solução uniforme para toda a cadeia em cobrança que tenha sido afetada pela conduta antijurídica. Isso quer dizer que o legislador disse menos do que queria dizer quando em disputa de relações múltiplas. Considerando o cabimento do IDPJ na execução fiscal, a solução deve ser ajustada às suas peculiaridades por meio de interpretação extensiva.

A melhor delimitação parece ser a que considera a cronologia do fato imponível e da cobrança. Todos os fatos concretos praticados durante o

suposto abuso da personalidade e todos os créditos cobrados, cuja satisfação foi obstada durante e em razão da persistência do comportamento ilícito do devedor, devem ser sujeitos aos efeitos do IDPJ, em favor ou contra o fisco. Como antecipado, as cobranças existentes e as que venham a ser propostas, quando afetadas pelo ilícito, devem ser automaticamente sujeitas ao desfecho do incidente. De outro modo, permitindo-se que tramitem regularmente processos apenas contra o devedor originário, cuja prática irregular seja posteriormente comprovada, haveria prêmio ao ilícito, em prejuízo da sociedade e da concorrência a quem a desconsideração da personalidade jurídica promete proteção.

Além disso, a instauração única é um imperativo de economia processual e segurança jurídica. Não há razão jurídica ou econômica para a instauração de múltiplos incidentes movidos pelo mesmo credor tributário em face do mesmo devedor. A instauração de um único incidente é medida que poupa recursos processuais e racionaliza a prestação jurisdicional, evitando-se a adoção de medidas repetitivas e desnecessárias, assim como o risco de decisões conflitantes em procedimentos distintos.

Sendo o abuso da personalidade jurídica controvérsia, cuja solução inegavelmente predetermina a responsabilidade buscada no incidente de desconsideração, a decisão que a julga *tem força de lei* nos limites dessa questão prejudicial expressamente solucionada, nos exatos termos do artigo 503, § 1º do CPC, a impor sua estabilização em face de todas as relações jurídicas processuais presentes e futuras entre as mesmas partes, em verdadeira ampliação dos limites objetivos da coisa julgada. Assim, o definitivo espalhar dos efeitos da decisão, que resolve o abuso da personalidade jurídica para outras execuções fiscais, força também que a suspensão determinada pelo artigo 134 § 3º do CPC se estenda a todas essas demandas que serão atingidas pela decisão do incidente.

Some-se ainda o destino da execução que é a efetivação, a satisfação do crédito legítimo. Como dispõe o art. 797 do CPC, “realiza-se a execução no interesse do exequente”. A mesma *ratio* deve ser aplicada à cobrança judicial do crédito tributário. A execução fiscal se dá no interesse do credor tributário e, por conseguinte, da sociedade. Hugo de Brito Machado Segundo, citando Barbosa Moreira, atesta a importância da efetividade da tutela jurisdicional:

Nas palavras de Barbosa Moreira, para que a tutela jurisdicional seja efetiva, é necessário que haja “instrumentos de tutela adequados a todos os direitos ou a outras posições jurídicas de vantagem; que esses instrumentos possam ser praticamente utilizáveis pelos titulares dos direitos ou em seu favor; que os meios de prova reconhecidos sejam aptos a assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, em correspondência com a realidade; que o resultado do processo seja tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus; que o jurisdicionado possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias²⁷.”

A eficiência do IDPJ pela suspensão do(s) executivo(s) fiscal(is) pressupõe a igual suspensão do prazo para consumação da prescrição intercorrente. Acaso mantido o andamento de execuções fiscais em paralelo àquela na qual instaurado o incidente, o possível contribuinte fraudador seria beneficiado pela blindagem patrimonial que se busca desconstituir, pois o tempo do processo gera efeitos sobre a exigibilidade do crédito. Como a prescrição processual é instituto que pressupõe inércia do credor dentro do processo²⁸, não é possível que o transcurso do tempo necessário ao deslinde da controvérsia milite em desfavor da Fazenda Pública. Enquanto persiste o abuso da personalidade jurídica e a ocultação patrimonial, não é possível a adoção de medidas efetivas de cobrança, de modo que qualquer tentativa do fisco, em qualquer execução fiscal em andamento contra o devedor, será fracassada se processada antes da desconsideração. Por isso, a suspensão da prescrição até a conclusão do incidente é salutar.

Em síntese, a suspensão automática de todas as execuções fiscais em face do mesmo devedor, com os consectários inerentes, é um impositivo lógico, jurídico e econômico da instauração do IDPJ, pois, em homenagem ao

27 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 14. ed. Barueri: Atlas, 2022. *apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27.

28 E veja-se que o § 3º do art. 40 da LEF deixa isso muito claro ao dispor que “[e]ncontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução”. Ou seja, cessada a inércia processual cessa o curso do prazo prescricional e viabiliza-se a continuidade da execução.

devido processo legal, permite o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa; fomenta a racionalização de recursos processuais e a razoável duração do processo; concretiza o ideal de segurança jurídica e previsibilidade ao impedir a prolação de decisões conflitantes em procedimentos distintos; e ainda estimula a correta destinação da execução que é a satisfação do crédito, impedindo que o mau devedor possa se beneficiar, dentro do processo, de expedientes ilícitos para ocultação patrimonial.

3.2.2. Cabimento de tutelas provisórias

Instaurado o incidente, sua efetividade depende das medidas que venham a ser adotadas para a garantia da responsabilização de quem de direito. Por isso, o CPC não faz nenhuma ressalva à possibilidade de concessão de tutelas provisórias no âmbito do IDPJ, seja ela de natureza satisfativa ou cautelar. Considerando o próprio objetivo material do incidente, que é a subsunção do patrimônio de terceiros a obrigações das quais formalmente não participam, em razão de abuso da personalidade jurídica, os instrumentos processuais de equacionamento do ônus do tempo no processo são de grande importância.

No âmbito da execução fiscal, a propositura do IDPJ está no mais das vezes ligada a hipóteses de encobrimento patrimonial ilícito, impeditivo de medidas eficazes do fisco na cobrança de créditos fazendários, a permitir, em caráter excepcional, e demonstrados os requisitos legais, a utilização de tutelas provisórias, sobretudo as de urgência²⁹, inclusive *inaudita altera pars*, como resposta judicial rápida e efetiva para evitar o prolongamento dos prejuízos já suportados pelo credor. Como exemplo, cite-se a indisponibilidade de bens de terceiros como forma de garantia do crédito, de modo semelhante ao que ocorre na cautelar fiscal³⁰.

Dada a gravidade da conduta debatida, tais medidas assecuratórias são essenciais para impedir a dilapidação patrimonial de atores que,

29 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

30 Lei nº 8.397/1992. Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação. BRASIL. Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992. Institui medida cautelar fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992.

de antemão, demonstram o interesse em escapar de forma ilícita do cumprimento de suas obrigações. Nesses casos, em que pese a importância do contraditório e da ampla defesa, a situação concreta demanda que as garantias processuais sejam exercidas de forma diferida no tempo para obstar que o devedor persista na inadimplência contumaz.

Portanto, no IDPJ as tutelas provisórias não apenas são cabíveis como são determinantes para o sucesso do incidente, já que, do contrário, o ônus do tempo do processo funcionaria em benefício do devedor recalcitrante.

3.2.3. *Alguns efeitos da decisão definitiva*

Se desde a instauração do IDPJ as relações jurídicas entre o credor e devedor ficam em suspenso para apuração do ilícito, com a possibilidade de adoção de tutelas provisórias no curso do incidente para assegurar o sucesso ao final, com a decisão definitiva é possível o retorno ao curso regular das execuções fiscais. É imperioso lembrar, todavia, que em razão da gravosidade do resultado para os envolvidos, a eficácia integral da decisão, que viabiliza a intervenção definitiva no patrimônio de terceiros, deve ficar condicionada à preclusão.

A decisão do incidente não dissolve a pessoa jurídica desconsiderada³¹, que conserva sua existência. De acordo com o art. 50 do Código Civil, apenas “os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações são estendidos a pessoas que dela não participam originalmente, em razão da constatação de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”.

Diante da regulamentação sintética, podemos extrair pela interpretação sistemática e teleológica alguns efeitos tanto para dentro dos processos judiciais quanto para fora deles. Sem o objetivo de esgotar o tema, visto que a reflexão aprofundada pode demonstrar outros efeitos decorrentes da configuração da conduta contrária ao direito, apresentamos/propomos as seguintes consequências iniciais.

31 Nem aquelas cujo patrimônio é atingido pela decisão no caso de desconsideração inversa ou de desconsideração em grupo econômico.

3.2.3.1 Efeitos processuais ampliados – sujeição de todas as execuções fiscais entre credor e devedor

Como já adiantado, em se tratando de obrigações tributárias, por “certas e determinadas relações de obrigações” a que alude o art. 50 do Código Civil devem ser consideradas todas as obrigações tributárias existentes e por existir, ajuizadas e em vias de ajuizamento, entre o mesmo credor e devedor, cuja cobrança tenha sido ou venha a ser atingida pelo abuso da personalidade jurídica reconhecida no IDPJ. O que importa para a desconconsideração são as partes envolvidas da discussão em contraditório e a extensão material da conduta ilícita.

Com o trânsito em julgado do incidente, quando esgotados os meios recursais à disposição das partes, as execuções devem ter regular seguimento. Como decorrência processual lógica de todo o raciocínio desenvolvido até aqui, se a todas as execuções fiscais em curso entre as mesmas partes devem ser expandidos os efeitos da instauração do incidente e a suspensão dos respectivos processos, com a decisão definitiva, a todas elas devem ser igualmente atribuídos os efeitos peremptórios.

Se, ao final, foi afastada a ilicitude da conduta do contribuinte, a decisão serve para todas as execuções fiscais entre as mesmas partes, de modo que a Fazenda Pública não pode, em outro processo e com base nos mesmos fatos, suscitar a desconconsideração. O IDPJ, como já destacado é, *a priori*, um instrumento de proteção ao devido processo legal e às garantias processuais. Ao contrário, se configurado o ilícito, devem ser incluído(s) em todas as execuções fiscais o(s) novo(s) devedor(es) alcançado(s) pela desconconsideração, pois a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). O patrimônio de todos fica sujeito à satisfação do crédito fazendário em todas as execuções fiscais afetadas.

3.2.3.2 Efeitos extraprocessuais – Ampliação administrativa dos devedores e anulação de benefícios

Além do efeito natural nos processos alcançados pela conduta antijurídica, o resultado do IDPJ pode ir além para alcançar, inclusive, débitos ainda não inscritos ou não ajuizados, mas cujo fato gerador tenha ocorrido na pendência da conduta fraudulenta. Se durante a permanência

do abuso da personalidade jurídica (elemento temporal) ocorre a “situação definida em lei como necessária e suficiente” à configuração do fato gerador (elemento material)³², o contribuinte-devedor (elemento pessoal) deve ser todo aquele cuja responsabilidade tenha sido atribuída no incidente. Desconsiderada a personalidade, deve-se ter como codevedores o conjunto de pessoas a quem a responsabilidade fora atribuída no incidente.

Isso porque, se a personalidade foi desconsiderada com a suficiente certeza judicial, em contraditório efetivo entre as mesmas partes, mostra-se coerente que os efeitos dessa decisão reflitam necessariamente na esfera administrativa. Se a própria administração pode promover a responsabilização a partir de regular procedimento administrativo, como muito mais razão quando a questão está devidamente decidida na esfera judicial, com trânsito em julgado. Não há impedimento de ordem legal. Eventuais inscrições e/ou ajuizamentos realizados após a decisão do incidente podem conter o devedor nele reconhecido.

Além disso, uma série de vantagens conseguidas de forma fraudulenta/dolosa devem ser imediatamente anuladas. A lei prevê que a concessão de determinados benefícios não gera direito adquirido ao contribuinte, sobretudo quando conseguidos a partir de conduta ilícita. A análise do art. 155 do CTN é de fundamental importância:

Art. 155. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogado de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumpria ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora:

I – com imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele;

II – sem imposição de penalidade, nos demais casos.

Parágrafo único. No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para

32 Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito³³.

Apesar de se referir à moratória, a disciplina legal é expandida pelo legislador aos casos de parcelamento (art. 155-A, § 2º), remissão (art. 172, parágrafo único), de isenção (art. 179, § 2º) e de anistia (art. 182, parágrafo único). Assim, “sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumprira ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor”, a concessão de tais vantagens individuais em favor do contribuinte deve ser extinta.

Sobre o ponto, o art. 155 do CTN contém duas imprecisões. A primeira ao falar em revogação, quando, em realidade, estamos diante de hipóteses de nulidade ou anulabilidade, se o benefício tiver sido concedido sem o preenchimento dos requisitos legais para tanto, ou de cassação, quando o beneficiário deixar de cumprir, em momento posterior, os requisitos previstos na norma³⁴. A segunda diz respeito a contagem de prazos extintivos. Quando o art. 155, parágrafo único, fala em prescrição, está implicitamente aludindo ao prazo decadencial para anulação do benefício. A leitura a ser feita é que a anulação/cassação da concessão maculada por dolo ou simulação do contribuinte não está sujeita a prazo decadencial³⁵, e nos demais casos, só pode ocorrer dentro do prazo quinquenal que o legislador atribui à prescrição tributária³⁶.

Sobre o tema, aponta Paulo de Barros Carvalho:

O parágrafo único desse preceito veda o aproveitamento da moratória

33 BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966.

34 Cf. ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 530-531.

35 Em caso de dolo ou simulação, a lógica é a mesma da invalidade dos negócios jurídicos: “CC. Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; [...] Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.

36 Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, “contados: [...]”. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966.

nos casos de dolo, fraude ou simulação do sujeito passivo ou de terceira pessoa em benefício daquele. A proibição é categórica e corresponde a um valor moral que o sistema prestigia. Não impedir a concessão, em comportamentos dolosos que visassem a obtê-la, significaria um tratamento paritário a postulantes de boa-fé, estimulando a prática de condutas ilícitas.

[...]

O trato do tempo que medeia entre a concessão da moratória e a anulação do ato não se leva em conta para efeito de prescrição quando acontecer a hipótese do inc. I, isto é, comportamento doloso por parte do sujeito passivo ou de terceiro em seu benefício. Assim na fora, e o intervalo temporal viria em benefício do infrator, orientação que o direito positivo não acolhe. Regime diverso, sob esse aspecto, é o que governa a situação do inc. II, em que houve inaptidão aos dispositivos da lei, sem que para isso concorresse o comportamento doloso do sujeito passivo. O ato anulatório da concessão, nessas condições, somente será lavrado se o prazo prescricional não se tiver exaurido³⁷.

Apesar de a jurisprudência indicar para a necessidade de se realizar processo administrativo para anulação das vantagens concedidas a contribuinte³⁸, havendo a constatação de abuso da personalidade no IDPJ, o processo administrativo é dispensável. Isso porque a tônica para a prévia apuração administrativa é a necessidade de se oportunizar o contraditório e a ampla defesa ao contribuinte. Contudo, decidida a questão no IDPJ, com a robustez das garantias processuais e a decisão do Estado-juiz,

37 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

38 AgRg no AI nº 431.059-PR. “AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. REVOGAÇÃO DE ANISTIA POR OCORRÊNCIA DE FRAUDE. NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APURAR SE HOUVE QUALQUER DAS RESSALVAS DO ART. 180, DO CTN. PRECEDENTES DO STJ. 1) A jurisprudência da Primeira Seção sedimentou entendimento de que **somente deve ser repudiada por ilegalidade a revogação da anistia se não engendrado o procedimento administrativo com obediência ao contraditório e ao devido processo legal**. Lícito é a revogação da anistia. Se incorridas, *in casu*, comprovação do desatendimento das garantias pétreas-constitucionais obedecido o contraditório. 2) Manifesta-se a falta do interesse recursal no agravo que pretende fazer ascender à Corte recurso especial cuja pretensão de reforma afronta jurisprudência predominante. 3) Agravo regimental desprovido”.

na figura de terceiro imparcial, a anulação pode ser automaticamente adotada pelo fisco, pois a finalidade já está cumprida.

4. CONCLUSÃO

A desconsideração da personalidade jurídica, especialmente no âmbito tributário, revela-se um instrumento crucial para assegurar a justa arrecadação fiscal e a proteção do patrimônio público. O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ), ao permitir a inclusão de terceiros responsáveis em face da prática de abusos como a confusão patrimonial e o desvio de finalidade, não apenas combate a fraude, mas também previne o enfraquecimento do sistema tributário, essencial para o financiamento das políticas públicas e a manutenção do Estado de Direito.

No contexto das execuções fiscais, é imperativo reconhecer que a instauração de um único IDPJ deve suspender todas as execuções fiscais em curso que envolvem o mesmo devedor. Tal medida respeita os princípios da eficiência processual e da economia de recursos judiciais, além de assegurar que o contribuinte fraudador não se beneficie de práticas ilícitas. A suspensão das execuções fiscais e do prazo para a prescrição intercorrente até a resolução definitiva do incidente também resguarda o erário, impedindo que o tempo processual favoreça aqueles que atuam em desacordo com a boa-fé e a ordem jurídica.

A instauração e a decisão do IDPJ têm, portanto, impactos processuais e materiais amplos, afetando todas as relações jurídicas entre o mesmo credor e devedor e estendendo-se a todos os débitos existentes e futuros, caso a conduta ilícita tenha ocorrido no mesmo período. Da mesma forma, as vantagens obtidas de forma fraudulenta, como remissões, moratórias ou anistias, devem ser imediatamente anuladas, em respeito ao princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

A adoção dessa interpretação extensiva do IDPJ na execução fiscal não apenas fortalece o combate à fraude tributária, mas também garante a manutenção da competitividade leal no mercado e a aplicação justa da tributação, protegendo, assim, os interesses da sociedade e do Estado. O desenvolvimento de um sistema robusto de combate a fraudes,

respaldado pela correta aplicação do IDPJ, é essencial para a justiça fiscal e para a preservação do equilíbrio nas relações entre fisco e contribuinte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 18. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. vol. II. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BODART, Bruno; FUX, Luiz. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.340.553 – RS (2012/0169193-3)**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 12 de setembro de 2018. Brasília, DF: STJ, 2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1.775.269 – PR**. Relator: Ministro Gurgel de Faria, 21 de fevereiro de 2019. Brasília, DF: STJ, 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial n. 1.786.311/PR. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. [...] IV – A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. Na execução fiscal “a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível**

[...]. Relator: Ministro Francisco Falcão, 9 de maio de 2019. Brasília, DF: STJ, 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1.804.913 – RJ (2018/0227282-6)**. Ministra: Regina Helena Costa, 1 de setembro de 2020. Brasília, DF: STJ, 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [1. Turma]. **Recurso Especial 557.080-DF. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA DO DÉBITO. CONEXÃO**. 1. Se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução (CPC, art. 585, § 1º), o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, seja por meio de embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva. Nada impede, outrossim, que o devedor se antecipe à execução e promova, em caráter preventivo, pedido de nulidade do título ou a declaração de inexistência da relação obrigacional. 2. Ações dessa espécie têm natureza idêntica à dos embargos do devedor, e quando os antecedem, podem até substituir tais embargos, já que repetir seus fundamentos e causa de pedir importaria litispendência. 3. Assim como os embargos, a ação anulatória ou desconstitutiva do título executivo representa forma de oposição do devedor aos atos de execução, razão pela qual quebraria a lógica do sistema dar-lhes curso perante juízos diferentes, comprometendo a unidade natural que existe entre pedido e defesa. 4. É certo, portanto, que entre ação de execução e outra ação que se oponha ou possa comprometer os atos executivos, há evidente laço de conexão (CPC, art. 103), a determinar, em nome da segurança jurídica e da economia processual, a reunião dos processos, prorrogando-se a competência do juiz que despachou em primeiro lugar (CPC, art. 106). Cumpre a ele, se for o caso, dar à ação declaratória ou anulatória anterior o tratamento que daria à ação de embargos com idêntica causa de pedir e pedido, inclusive, se garantido o juízo, com a suspensão da execução. 5. Recurso especial provido. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2005. Brasília, DF: STJ, 2005.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [Primeira Seção]. **Tema Repetitivo 272**. Questiona-se a higidez do aproveitamento de crédito

de ICMS... Relator: Luiz Fux. Brasília, DF: STJ, 2010. https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=272&cod_tema_final=272. Acesso em: 5 fev. 2025.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 392**. A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2009. Brasília, DF: STJ, 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 636562**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 22 de fevereiro de 2023. Brasília, DF: STF, 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 5 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 5 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992**. Institui medida cautelar fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8397.htm. Acesso em: 5 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.406%2C%20DE%2010%20DE%20JANEIRO%20DE%202002&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20Civil. Acesso em: 5 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 fev. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 5 fev. 2025.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSHATSKY, Daniel. Desconsideração da Personalidade Jurídica. *In: Coelho, Fábio Ulhoa; Almeida, Marcus Elidius Michelli (coords.). Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo IV: direito comercial.* São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; Oliveira, Gustavo Vital; MACEDO, Marco Antonio Ferreira (coords.). Direitos fundamentais e estado fiscal: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O novo processo civil brasileiro – exposição sistemática do processo: de conhecimento; nos tribunais; de execução; da tutela provisória. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. Processo tributário: Administrativo e judicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

COSTA, Regina Helena. Código tributário nacional comentado: em sua moldura constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GODOY, Paulo Henrique Silva. **Simulação processual fraudulenta – e seu controle no Direito Processual Civil brasileiro**. Bauru: Spessoto, 2023.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 14. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

SILVA, José Anchieta da. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. *In*: SILVA, José Anchieta da (org.). **O Novo Processo Civil**. Belo Horizonte: Lex Editora, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Volume I: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito financeiro e tributário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

LINGUAGEM, SILÊNCIO CONSTITUCIONAL E SISTEMA JURÍDICO: UM POSSÍVEL DIÁLOGO HEIDEGGER-LUHMANN

Arlson Garcia Gil¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Linguagem, silêncio e constituição; 3. O silêncio como potencialidade em Heidegger; 4. Silêncio constitucional e sistema jurídico: um possível diálogo Heidegger-Luhmann; 5. Conclusões; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O artigo analisa a relação entre linguagem, silêncio constitucional e sistema jurídico em um diálogo Heidegger e Luhmann. A relação entre linguagem e Constituição demonstra que o silêncio é objeto da interpretação constitucional. É proposto o exame a partir das Teorias de Heidegger e de Luhmann, pois esses marcos teóricos adotam o silêncio como parte essencial da linguagem e da comunicação. Ficou demonstrada a relação entre a configuração do silêncio como potencialidade (Heidegger) e a identificação do silêncio como elemento essencial para a autopoiese dos sistemas (Luhmann). Foram revelados os fundamentos para a adoção do silêncio como uma estratégia da própria linguagem constitucional e o entendimento de que o silêncio é objeto da interpretação não só em seu aspecto negativo (de exclusão de direitos), mas também em seu aspecto positivo. Assim, no silêncio constitucional está implícito um comando para (re)construir o sistema historicamente e há a possibilidade de reconhecimento de novos direitos não previstos expressamente no texto constitucional. Conclui-se que a interpretação do

1 Procurador do Estado de São Paulo.

silêncio constitucional ocorre no tempo e deve ser constante para viabilizar a autopoiese do sistema jurídico de forma “evolutiva”, adaptando-o às novas realidades sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Silêncio Constitucional. Interpretação. Linguagem. Heidegger. Luhmann.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a relação entre a linguagem, o silêncio constitucional e o sistema jurídico em um possível diálogo entre as teorias de Martin Heidegger e de Niklas Luhmann.

A relação entre linguagem e Constituição demonstra que o silêncio é objeto da interpretação constitucional, conforme os casos a seguir descritos. Ao enunciar o direito à vida (artigo 5º da Constituição Federal – CF)², a Constituição silencia sobre o caso do aborto. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal (STF) enuncia sobre o aborto do feto anencéfalo³, mas silencia sobre outras hipóteses possíveis.

Em outro caso, apesar da fala constitucional dos termos “homem” e “mulher” ao tratar da família, do casamento e da união estável (artigo 226 da CF), o STF considerou possível reconhecer união antes silenciada, qual seja, a união homoafetiva⁴. Como último exemplo, não há como exigir que a CF de 1988 falasse sobre a pesquisa científica com células-tronco embrionárias, pois na época de sua elaboração tal tecnologia ainda não existia, razão pela qual restou ao STF falar sobre a questão⁵.

Para um adequado estudo do silêncio constitucional, é proposto seu exame a partir da Teoria da Linguagem de Heidegger e da Teoria

2 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

3 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 2012.

4 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF: STF, 2011.

5 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF: STF, 2008.

dos Sistemas Sociais de Luhmann, pois esses marcos teóricos adotam o silêncio como parte essencial da linguagem e da comunicação.

Assim, ouvir o silêncio é ir além do falado, do enunciado. É concentrar-se, analisar meticulosamente o pensamento, o raciocínio e fatores que possam os ter influenciado para o resultado falar, enunciar. E mais, ouvir o silêncio é também vislumbrar o que não foi dito, apesar de decorrer logicamente daquele raciocínio expressado. É examinar toda a potencialidade da linguagem e suas possibilidades dentro da comunicação e não apenas aquilo que está posto, falado ou escrito. É desvelar o que não está visível no ato pronto e acabado.

Heidegger apresenta o silêncio como um espaço de possibilidade, uma oportunidade para o Ser pensar, refletir, buscar sua essência, sua verdade, evoluir, desenvolver sua própria personalidade, sua dignidade. Trata-se da consideração que Heidegger faz do Ser como a “força silenciosa do possível”⁶.

Mas a questão não se limita ao aspecto individual do Ser, pois ao ser potencialidade para o indivíduo, para sua existência, para sua evolução (ou involução na ausência de silêncio para o pensamento), o silêncio é também potencialidade para a comunicação do indivíduo em suas relações sociais. Portanto, o silêncio é potencialidade também para a origem e evolução da própria Sociedade.

Em sua Teoria dos Sistemas Sociais, Luhmann indica o silêncio como parte integrante da comunicação dentro e entre sistemas e destaca a imprescindibilidade do silêncio para a autopoiese dos sistemas e, assim, para a revelação de autovalores por uma rede recursiva de observações diante de estruturas latentes, potenciais nos sistemas.

Sobre nossas premissas e conclusões acerca da função do silêncio na Teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, *cf.* nosso trabalho “Uma análise da função operativa do silêncio constitucional a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann”⁷. O presente trabalho, em complemento

6 HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo**. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967, p. 349.

7 GIL, Arilson Garcia. Uma análise da função operativa do silêncio constitucional a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo,

ao citado anteriormente, pretende apontar um possível diálogo entre a configuração do silêncio como potencialidade na Teoria da Linguagem de Heidegger e a identificação do silêncio como elemento essencial para a autopoiese na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, com o intuito de contribuir para a identificação e a interpretação do silêncio, especialmente do silêncio da Constituição.

2. LINGUAGEM, SILÊNCIO E CONSTITUIÇÃO

Os sistemas constitucionais contemporâneos são, como regra, compostos por Constituições escritas. Mesmo países que adotam o sistema da *common law* têm consagrado normas constitucionais em textos escritos, como ocorre nos Estados Unidos da América. É certo, portanto, que é adotada a “formulação linguística como ponto inicial e limite externo da atividade interpretativa”⁸, ou seja, o trabalho interpretativo da Constituição parte da análise de fórmulas linguísticas em busca de significados.

Isso não leva à conclusão, porém, que apenas enunciados escritos ou claramente expressos nas Constituições são objeto da interpretação. Não se confundem os enunciados escritos com as normas jurídicas e, assim, a letra da lei não prescinde da análise do seu conteúdo semântico. A delimitação do âmbito normativo da lei é feita pela atribuição de um significado à norma pela interpretação⁹.

As normas podem ser resultado da interpretação de qualquer dos elementos que formam o todo normativo do discurso constitucional, de qualquer enunciado que constitua o sentido ou significado de uma ou várias disposições constitucionais ou fragmento delas¹⁰.

n. 94, p. 201-227, 2021. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1307/1421>. Acesso em: 12 abr. 2024.

8 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 186.

9 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1216.

10 DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Interpretación de la Constitución y juez constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Puebla*, n. 37, ano X, p. 12, 2016.

E o discurso constitucional que adveio da evolução do constitucionalismo trouxe uma nova linguagem para as Constituições, tal como descreve Mônica Herman Salem Caggiano¹¹, uma linguagem que adota “uma textura diferenciada na construção das normas, sendo volumoso o número de preceitos de confecção aberta, preceitos não autoexecutórios [...] normas, por natureza, incompletas ou programáticas, invadiram o espaço constitucional”.

Referida textura diferenciada na construção das normas constitucionais traz consigo a indeterminação como característica necessária para possibilitar o desenvolvimento e evolução das Constituições diante de mudanças políticas, sociais, econômicas, dentre outras, que ocorrem, no mundo atual, de forma cada vez mais rápida e fluída.

Ainda, o caráter indeterminado de muitos preceitos constitucionais é aplicado de forma intencional pelo constituinte para mitigar os conflitos pela falta de acordo no momento da elaboração da Constituição¹². De fato, muitas vezes o constituinte prefere silenciar a trazer solução expressa de determinada questão para que no futuro, sendo possível o acordo, seja dada a adequada solução.

Nesse mesmo sentido, dentre as causas do silêncio constitucional, Martin Loughlin¹³ indica a elaboração de acordos tácitos em questões controvertidas. Michael Foley¹⁴, por sua vez, indica o silêncio constitucional como estratégia para manutenção da estabilidade do Estado.

Assim, o silêncio constitucional é um componente da nova textura diferenciada e do caráter aberto da linguagem das normas constitucionais. É necessário, portanto, seja perante os enunciados escritos expressos, seja perante a abertura da norma por indeterminação ou pelo próprio silêncio, “densificar”, “concretizar” o espaço normativo da Constituição

11 CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Democracia x Constitucionalismo: um navio à deriva? **Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho**, São Paulo, n. 1, p. 17, 2011.

12 DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Op. cit.* p. 14.

13 LOUGHLIN, Martin. The Silences of Constitutions. **Freiburg Institute of Advanced Studies**, Freiburg, p. 1-16, 2017. Disponível em: http://www.jura.uni-freiburg.de/de/institute/rphil/freiburger_vortraege/silences-of-constitutions-m.-loughlin-manuskript.pdf. Acesso em: 12 abr. 2024.

14 FOLEY, Michael. **The Silence of Constitutions: Gaps, ‘abeyances’ and political temperament in the maintenance of government**. Abingdon: Routledge, 2011.

para sua efetividade, em uma atividade de “mediação do conteúdo semântico” tal como esclarece José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵, “a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos”.

A interpretação dos espaços normativos derivados do silêncio constitucional é um dos maiores desafios a serem enfrentados pela interpretação, seja pela dificuldade de delimitação do seu objeto dentro do “espaço de interpretação” compatível com o “programa normativo constitucional”, ainda nas expressões de Canotilho¹⁶, seja pelo risco à integridade da Constituição decorrente dessa dificuldade, especialmente no tocante à fluidez e indeterminação do conteúdo semântico do objeto “silêncio constitucional”. O desafio da interpretação dos espaços normativos deixados pelo silêncio se intensifica, pois a hermenêutica constitucional, como regra, tem como objeto de estudo os enunciados escritos, ou seja, aquilo que é dito pela Constituição e também os limites da interpretação são vinculados ao conteúdo semântico do texto constitucional expresso. Porém, não se pode restringir a busca do significado normativo da Constituição apenas no exame de seu texto expresso, escrito e estático, sendo necessário ampliar o objeto de interpretação para uma adequada análise semântica.

A semântica pode ser definida como o estudo do significado e da interpretação do significado de um signo ou de uma frase em um contexto específico, bem como das mudanças que o sentido interpretado pode sofrer no tempo e no espaço. De acordo com esse conceito, pode-se dizer que a semântica do Direito é o estudo do significado das normas de um sistema jurídico inserido em um contexto social e temporal específico, por exemplo, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁷, assim como a análise das eventuais mudanças do sentido de sua interpretação que podem ocorrer. De fato, na interpretação não há um e apenas um significado fixo que pode ser extraído diretamente do texto constitucional literal e expresso ao longo do tempo e, ainda que sob a ideia de segurança jurídica, a intenção de atribuir um significado fixo não traz

15 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Op. cit.* p. 1201.

16 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Ibid.* p. 1203.

17 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

estabilidade e certeza ao direito, tal como alerta Gustavo Zagrebelsky¹⁸. Por isso, Gomes Canotilho¹⁹ afirma que, do ponto de vista da linguística não é apenas o texto escrito e expresso que deve ser objeto de interpretação, mas a interpretação semântica do texto constitucional em busca de significado da norma deve considerar o contexto-histórico social, e a interpretação é condicionada por referido contexto.

Sobre a relevância do contexto para o entendimento da linguagem adotada pela Constituição, e, assim, para entender seus silêncios, há a análise feita por Luiz Alberto David Araújo e Antonio Moreira Maués sobre a “linguagem do não confronto” adotada pela Assembleia Constituinte para elaboração da CF de 1988. Em razão do contexto de transição entre ditadura e democracia vivido no Brasil na época, foi necessário utilizar uma linguagem constitucional para evitar (ainda que apenas adiar) conflitos, razão pela qual as situações em que enfrentavam soluções não consensuais foram silenciadas e, por vezes, mantidas suas soluções para uma futura lei infraconstitucional²⁰.

Interessante destacar aqui, como exemplo, a análise contextual que realiza José Afonso da Silva, sobre o debate constituinte acerca da previsão expressa ou não do aborto na CF de 1988, ao descrever que havia três tendências na Assembleia Constituinte: uma para assegurar o direito à vida desde a concepção e, por isso, proibir o aborto; outra tendência defendia que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo a vida intrauterina inseparável do corpo e responsabilidade da mulher e, assim, permitia o aborto; por fim, a terceira via entendia que a Constituição não deveria adotar posição na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto. Prevaleceu a terceira tendência e a CF silenciou sobre o aborto²¹.

18 ZAGREBELSKY, Gustavo. ¿Qué es ser juez constitucional? *Dikaion*, Chia, ano 20, n. 15, p. 164, 2006.

19 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Op. cit.* p. 1209.

20 ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAUÉS, Antonio Moreira. Linguagem, Constituição e lei: a Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 14, n. 19, p. 63-74, 2016.

21 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 203.

Assim, o silêncio constitucional é uma expressão da linguagem e da comunicação na Constituição e deve ser objeto da interpretação. Porém, não há nos estudos de hermenêutica constitucional específicos quanto à identificação e à interpretação do silêncio da Constituição, razão pela qual o trabalho propõe realizar um retorno à Teoria da Linguagem de Martin Heidegger e à Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, marcos teóricos que adotam o silêncio como parte essencial da linguagem e da comunicação.

3. O SILÊNCIO COMO POTENCIALIDADE EM HEIDEGGER

A partir das lições de Martin Heidegger será visto que o silêncio é uma potencialidade da linguagem, ou seja, o espaço de reflexão, de pensamento para que o Ser se torne linguagem e possa alcançar a essência do homem. O silêncio é uma forma de expressão da linguagem. E, mais do que isso, a relação entre fala e silêncio é a forma essencial da linguagem. Fala e silêncio não são opostos, mas sim pressupostos recíprocos.

Esse caminho percorrido no pensamento e na linguagem não se constrói de forma livre e efetiva se, antes da fala e do enunciar, não houver o silêncio e a reflexão como origem do próprio pensamento e da linguagem. Do contrário, o Ser apenas repetiria aquilo que já está posto, aquilo que já foi pensado por outrem. Por isso fala e silêncio são pressupostos recíprocos. Antes da fala deve haver silêncio e para compreensão daquilo que se fala exige-se o silêncio. E o silêncio também é construído de forma paradoxal pelos atos de fala. A cada fala faz-se silêncio sobre tudo aquilo sobre o que não se falou. A relação entre o pensamento, a linguagem, o Ser e o homem é descrita por Heidegger como a restituição da Essência do homem ao Ser (como algo que lhe foi entregue pelo próprio Ser), pois, no pensamento, o Ser se torna linguagem, sua casa, sua habitação²².

Assim, o caminho a ser percorrido parte do pensamento e não do agir, pressupõe a reflexão e não a ação pura e simples. A ação, ou melhor, a reação pura e simples sem o silêncio prévio para ouvir, pensar, refletir, afasta o Ser da sua linguagem, da sua casa, da sua essência. Talvez esse seja um dos principais males atuais da humanidade frente às redes sociais

22 HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 1967. p. 24.

e aos meios de comunicação em massa. Não há mais silêncio, não mais se ouve, não há pensamento, reflexão, apenas reação (quase que instintiva) a estímulos e repetição de falas e pensamentos já massificados e disseminados por outros indivíduos ou grupos. Isso afasta o Ser de sua essência e, levado ao extremo, faz com que ele deixe de ser humano ou, considerada sua existência física que permanece, deixa de agir e ter características de humano, com personalidade própria. Trata-se de “um processo desumanizante o que presenciamos, quando observamos a nossa era da informação (Informationszeitalter – Karl Acham), em que se afirma uma sociedade mundial de comunicação (Weltgesellschaft – Niklas Luhmann)”, nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho e Márcia Regina Pitta Lopes Aquino²³.

Diante da crítica aos “humanismos” feita por Heidegger²⁴, talvez esse indivíduo que não silencia, não reflete antes de agir e apenas reage, passe a ser um humano como todos os outros que se enquadram no padrão ou nos critérios pré-estabelecidos por um determinado “humanismo”, talvez um novo humanismo das redes sociais, um humanismo paradoxal dos robôs como homens e das “fake news” como fala verdadeira. Porém, como aponta Martin Heidegger, o humanismo deve ser visto como um “meditar, e cuidar para que o homem seja humano e não desumano, inumado, isto é, situado fora de sua essência”²⁵. Na relação humanidade, fala e silêncio, “tudo depende unicamente de a própria Verdade do Ser se fazer linguagem e de o pensamento conseguir chegar a essa linguagem” e “talvez a linguagem exija muito menos pronunciamentos precipitados do que, muito mais, o devido silêncio”²⁶. Assim, para manter sua humanidade, ao pensar o ser deve explorar a “força silenciosa do possível”, ou seja, “o próprio ser que, pelo seu querer, impera com seu poder sobre o pensar e, desta maneira, sobre a essência do homem, e isto quer dizer, sobre sua

23 GUERRA FILHO, Willis Santiago; AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes. Um estudo a respeito da Carta de Heidegger “Sobre o humanismo” (destacando algumas implicações para a Filosofia do Direito). *Cadernos da EMARE, Fenomenologia e Direito*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 110, 2013.

24 HEIDEGGER, Martin. *Ibid.* 1967.

25 HEIDEGGER, Martin. *Op cit.* 1967, p. 350.

26 HEIDEGGER, Martin. *Ibid.* 1967, p. 362.

relação com o ser”²⁷. Trata-se do exercício do silêncio como forma de reflexão e pensamento antes da fala, como forma de análise e desenvolvimento pelo ser humano antes de sua manifestação ou atuação.

Gilvan Fogel²⁸ também parte das lições de Martin Heidegger para descrever a dinâmica da relação “Escuta, Silêncio, Linguagem” (*Hören, Schweigen, Sprache*) e afirma que não há linguagem sem escuta e não há linguagem sem silêncio, assim, o silêncio é cooriginário com linguagem; escuta, silêncio e linguagem constituem um atamento, um só nó.

Vê-se, portanto, que o silêncio tem papel essencial na linguagem, papel esse tão importante (e por vezes até mais importante) do que o papel da própria fala ou do enunciado escrito. Sem o silêncio como potencialidade da linguagem, ou seja, o silêncio para ouvir, pensar, refletir, não há a própria linguagem. A linguagem tem uma relação de origem e de essência com o silêncio.

E continua Gilvan Fogel²⁹, ao analisar a transcendência como natureza ou essência do homem. A transcendência como essência do homem (sua humanidade) lhe impõe, paradoxalmente, um poder e uma liberdade que lhes são impostos, pois tem potencialidade de abertura (aptidão) para a possibilidade, porém, tal abertura lhe é imposta para que possa efetivamente ser humano, viver, existir: “o homem, assim, acorda, é despertado para sua humanidade, para sua liberdade para, desde transcendência, fazer vir a ser o que é, enquanto e como ação, liberdade e história (tempo)”.

Referida abertura efetiva-se pela dinâmica pensamento, linguagem, fala e silêncio, sendo necessário, para sua compreensão, retornar às questões postas por Heidegger³⁰:

- (i) “O homem fala por pretender indicar e comunicar alguma coisa ou o homem fala por ser aquele que pode calar-se e ficar em silêncio, no silêncio morar no vazio?”

27 HEIDEGGER, Martin. *Ibid.* 1967, p. 349.

28 FOGEL, Gilvan. Escuta, silêncio, linguagem. *Aufklärung: Revista de Filosofia*, João Pessoa, v. 4, n. especial, p. 47-48, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/arf/article/view/35900>. Acesso em: 12 abr. 2024.

29 FOGEL, Gilvan. *Ibid.* p. 47-58.

30 HEIDEGGER, Martin. *Ser e verdade*: 1. A questão fundamental da filosofia; 2. Da essência da verdade. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Editora Vozes, 2012, p. 119.

Compreende-se que fala e silêncio são essenciais à linguagem e à comunicação, sendo o silêncio estreitamente ligado à origem da linguagem e sem o silêncio não há ato de pensar ou escutar. Assim, silêncio também é ato de indicar e comunicar, tão relevante (e, como já visto, por vezes mais importante) quanto à fala. O homem fala por ser aquele que pode calar-se e ficar em silêncio, pois a transcendência paradoxalmente impõe uma liberdade ao homem, a de ter aptidão para ser solicitado pela própria vida, para, mesmo ao silenciar, se abrir aos estímulos para pensar, analisar e agir (falar) a seu próprio e livre modo de ser. Não tivesse essa aptidão para calar-se e pensar, o homem não teria, igualmente, a aptidão para falar. E manter o silêncio não significa morar no vazio, pelo contrário, significa potencialidade em pensar e escutar para o posterior agir humano (e não mero reagir inumano);

- (ii) “O que isso significa? Será, então, que em última análise, a origem da essência da linguagem está em poder calar-se e guardar silêncio?” Sim, sem o silenciar, não há o falar, não há o escutar, não há o pensar. Todos esses pontos originam e se encontram em um só processo: a linguagem;
- (iii) “O silêncio será apenas algo negativo, não falar, e meramente um dado externo, a ausência de som, a calada? Ou será que o silêncio é algo positivo e mais profundo, e toda fala não é senão o não-silêncio, o já não e ainda não se calar?” O silêncio não é simplesmente o oposto ao falar, aliás é pressuposto ao falar. O silêncio é algo positivo, interno ao homem, mas que, mesmo sem produzir som, participa da comunicação. É algo mais profundo, ligado à essência da linguagem, uma potencialidade. Mas, finalmente, o que é o silêncio? Gilvan Fogel³¹ descreve o silêncio como uma dimensão, um modo de ser de vida, de existência, uma pré-disposição vital, uma tensão, um tônus para a escuta. E conclui: “silêncio, para ser realmente silêncio, precisa ser ouvido escutado. De novo: o que se ouve em se ouvindo o silêncio?”.

31 FOGEL, Gilvan. *Op. cit.* p. 53.

Sendo assim, para aproveitar a potencialidade da linguagem (e da vida por meio da comunicação), deve-se estar aberto e disposto a ouvir o silêncio, ou, nas palavras de Heidegger, o Ser como a “força silenciosa do possível”³². Ouvir o silêncio é ir além do falado, do enunciado. É concentrar-se, analisar meticulosamente o pensamento, o raciocínio e fatores que possam os ter influenciado para o resultado falar, enunciar. E mais, ouvir o silêncio é também vislumbrar o que não foi dito, apesar de decorrer logicamente daquele raciocínio expressado. É examinar toda a potencialidade da linguagem e suas possibilidades dentro da comunicação e não apenas aquilo que está posto, falado ou escrito. É desvelar o que não está visível no ato pronto e acabado. Vê-se que a análise individualizada do Ser apresenta o silêncio como um espaço de possibilidade, uma oportunidade para o Ser pensar, refletir, buscar sua essência, sua verdade, evoluir, desenvolver sua própria personalidade, sua dignidade.

Mas a questão não se limita ao aspecto individual, ou seja, de pensamento do Ser exclusivamente, mas se estende à comunicação, processo em que também o silêncio se mostra como elemento ou mesmo origem da própria linguagem. Isso porque a comunicação deve se dar entre falar e ouvir simultâneos entre os indivíduos, sem o que haverá outra forma de enunciação unilateral, sem conhecimento e análise do que é comunicado pelo outro, assim, sem comunicação, mas apenas reação de acordo apenas com o pensamento internalizado e, por isso, de acordo com as concepções prévias já moldadas do indivíduo.

Com efeito, a linguagem e a comunicação têm uma relação de origem e de essência com o silêncio e, sendo a linguagem a “morada do ser”, o silêncio é também potencialidade para o indivíduo, para sua existência, para sua evolução (ou involução na ausência de silêncio ou de pensamento), o silêncio é também potencialidade para a comunicação do indivíduo em suas relações sociais. Portanto, o silêncio é potencialidade também para a origem e evolução da própria Sociedade.

Ao trazer referidas constatações do indivíduo para o sistema social, o presente trabalho pretende apontar um possível diálogo entre Martin

32 HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 1967, p. 349.

Heidegger e Niklas Luhmann que possa contribuir para a identificação e a interpretação do silêncio.

4. SILÊNCIO CONSTITUCIONAL E SISTEMA JURÍDICO: UM POSSÍVEL DIÁLOGO HEIDEGGER-LUHMANN

As teorias e os conceitos de Heidegger e Luhmann se aplicam na ordem jurídica de forma essencial para que se possa, na interpretação da Constituição, “ouvir o silêncio constitucional” e ir além do falado, do enunciado; alcançar o raciocínio e fatores de influência para resultar no enunciado da Constituição; enfim, assim como o silêncio na linguagem apresentado por Heidegger, examinar toda a potencialidade da linguagem e suas possibilidades na comunicação e não apenas aquilo que está escrito e visível na Constituição.

Vê-se, num primeiro ponto de diálogo, que a dinâmica paradoxal entre fala e silêncio descrita por Heidegger (“toda fala não é senão o não-silêncio”³³) é também aplicada por Luhmann nas comunicações dos sistemas sociais ao afirmar que a unidade da forma “fala e silêncio” deve ser analisada como um paradoxo, como a unidade da diferença³⁴. Assim, é certo que as comunicações no sistema jurídico também podem ser analisadas como um paradoxo, ou seja, ao prescrever algo o sistema jurídico necessariamente silencia sobre o restante. Por exemplo, ao enunciar o direito à vida (artigo 5º, da CF), a Constituição silencia sobre o caso do aborto. E isso se dá recursivamente pois, no mesmo exemplo, o STF enuncia sobre o aborto do feto anencefálico³⁵, mas pode silenciar sobre outras hipóteses possíveis (como o aborto até a 12ª semana de gestação) e assim sucessivamente.

Relembre-se, porém, a assertiva de Luhmann: o silêncio não fica restrito a limites auto desenhados pela produção de uma diferença pela fala. Em outras palavras, silêncio não é apenas o não falado, o não comunicado. Pode haver uma escolha pela opção do silêncio entre fala e silêncio

33 HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 2012, p. 119.

34 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Reden und Schweigen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1989, p. 7.

35 BRASIL. *Op. cit.* 2012.

(um “silêncio eloquente”), bem como deve-se evitar a distinção entre fala e silêncio como a primeira sendo comunicação e o segundo não³⁶.

Martin Heidegger, por sua vez, ao explorar as ideias de silêncio como potencialidade, da “força silenciosa do possível” e de que “talvez a linguagem exija muito menos pronunciamentos precipitados do que, muito mais, o devido silêncio”³⁷, traz os fundamentos para a adoção do silêncio como uma estratégia da própria linguagem constitucional, bem como permite o entendimento de que o silêncio é objeto da interpretação constitucional não só em seu aspecto negativo (de exclusão de direitos pelo não reconhecimento expresso ou pelo “silêncio eloquente”), mas também em seu aspecto positivo, ou seja, de potencialidade, possibilidade de reconhecimento de novos direitos não previstos expressamente no texto constitucional, mas que decorrem do ato de reflexão, de pensamento sobre o silêncio constitucional, seus motivos, seu contexto, seu momento histórico e sua inserção dentro do sistema constitucional como comunicação.

Como exemplo de adoção do silêncio como uma estratégia da própria linguagem constitucional há a “linguagem do não confronto” aplicada pela CF de 1988 quanto a pontos sensíveis, já analisada anteriormente. É certo que o uso do silêncio constitucional para determinados temas controvertidos no contexto citado (redemocratização) não deve ser considerado, de plano, como impossibilidade de reconhecimento posterior e via interpretação de determinado direito, mas sim deve ser analisado como uma abertura semântica proposital para futuros debates e interpretações dentro do programa normativo constitucional.

A aplicação feita por Luhmann da metáfora do “ponto cego” instrumentaliza a ideia de silêncio como potencialidade de Heidegger, por meio de sua descrição das redes de recursivas observações e diferenciações que os sistemas podem realizar para revelar seu potencial e resultar em “autovalores”³⁸.

36 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Op. cit.* p. 09-10.

37 HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 1967, p. 362.

38 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Ibid.* p. 10-11.

Quanto ao conceito e desenvolvimento da ideia de “ponto cego” na obra de Luhmann³⁹, cf. nosso trabalho “Uma análise da função operativa do silêncio constitucional a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann”⁴⁰.

Em muitos casos o silêncio constitucional pode ser um ponto cego da Constituição, ponto que existia quando a CF foi criada e, naquele contexto, descrevia a sociedade da época. Ponto cego que merece reflexão e pensamento crítico sobre os motivos e o contexto do silêncio adotado em busca da própria essência da linguagem da Constituição. Assim, por exemplo, apesar da fala constitucional dos termos “homem” e “mulher” ao tratar da família, do casamento e da união estável (Artigo 226, da CF), o STF considerou possível reconhecer união antes silenciada, qual seja, a união homoafetiva, diante de novo contexto e valores sociais reconhecidos⁴¹. Da mesma forma, não há como exigir que a CF de 1988 falasse sobre a pesquisa científica com células-tronco embrionárias, se na época de sua elaboração tal tecnologia ainda não existia, razão pela qual restou ao STF falar sobre a questão de acordo com “autovalores” do sistema constitucional⁴².

Nos casos citados, para aproveitar a potencialidade da linguagem constitucional e sua essência por meio da comunicação, o intérprete deve estar aberto e disposto a ouvir o silêncio, ou, nas palavras de Heidegger, aplicar a “força silenciosa do possível”⁴³. O STF, dentro do sistema jurídico, é o observador de segunda ordem descrito por Luhmann e que tem, dentre suas funções, ver o ponto cego ou silencioso da CF. A Ciência Jurídica, tal como a doutrina constitucional, pode ser considerada um observador do STF e, assim, confirmar teoricamente ou criticar as decisões tomadas, que podem também ter sido afetadas por outro ponto cego (agora um ponto cego do STF). Importante destacar que Luhmann indica o ponto cego como uma estrutura latente, ou seja, algo que, por definição, está

39 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Ibid.*

40 GIL, Arilson Garcia. *Op. cit.*

41 BRASIL. *Op. cit.* 2011.

42 BRASIL. *Op. cit.* 2008.

43 HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 1967, p. 349.

presente, aparentemente oculto, invisível, inativo, mas potencial⁴⁴, tal como Heidegger descreve o silêncio. O silêncio constitucional, enquanto ponto cego da CF, é compreendido como um espaço normativo e uma estrutura latente, ou seja, algo que está oculto, invisível, inativo, mas potencial. A rede recursiva de observações indicada anteriormente (CF, STF, Ciência Jurídica) pode extrair “autovalores” da Constituição pela comunicação dentro do próprio sistema jurídico (por exemplo, a interpretação de acordo com o princípio da dignidade humana) ou por meio de comunicação entre sistemas por meio de acoplamentos estruturais (por exemplo, dados científicos sobre o que são as células-troncos embrionárias para sua codificação na linguagem do Direito).

Assim, na comunicação paradoxal “fala e silêncio” a questão tempo possibilita a observação e a reflexão dos sistemas de consciência ou das estruturas cognitivas do sistema jurídico (no caso o STF, a Ciência Jurídica etc.) sobre a Constituição e, assim, garante a autopoiese do Direito, tal como destacado por Luhmann quanto aos sistemas em geral⁴⁵.

A autopoiese via conectividade entre os sistemas é viabilizada pela linguagem no nível necessário para configuração dos próprios sistemas, portanto, essencial à existência do sistema. Luhmann indica que cada sistema coproduz aquilo que, como ambiente, não entra no sistema e isso também pode então ser chamado de “silêncio”⁴⁶. Por isso, aquilo não dito na Constituição pode ser comunicado por outros sistemas. Pelo acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os demais, a linguagem permitirá a conectividade para interpretação do silêncio constitucional pela comunicação ocorrida em outro sistema. Isso só ocorre porque, tal como Heidegger esclarece, o silêncio é algo positivo e potencial, mesmo sem produzir som, participa da comunicação, está ligado à essência da linguagem⁴⁷. Tal configuração do silêncio auxilia no entendimento da sua função operativa do silêncio nos sistemas: garantir a autopoiese ao viabilizar a comunicação interna e entre sistemas. Luhmann, uma vez mais, traz instrumentos para aplicação do “ouvir o silêncio” de Heidegger ao

44 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Op. cit.* p. 10-11.

45 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Op. cit.* p. 18-19.

46 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Ibid.* p. 17.

47 HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 2012, p. 119.

indicar que o tempo, como uma forma que constitui uma simultaneidade entre o simultâneo e o não simultâneo, permite a conexão de outras operações dessa forma. Assim, iniciada a comunicação, sua conclusão é adiada para o futuro⁴⁸.

Aplicada tal assertiva à autopoiese do Direito e retomada a dinâmica entre observação, fala e silêncio (conforme Luhmann), ou pensamento, fala e silêncio (conforme Heidegger), verifica-se que no silêncio constitucional está implícito um comando para (re)construir o sistema historicamente. Com efeito, a linguagem viabiliza a (re)construção da historicidade pela distinção entre os enunciados da Constituição (fala) e o silêncio constitucional.

Não se trata, é claro, de um construir absolutamente livre, mas um (re)construir pelo próprio sistema (autopoiese) ao fazer novas diferenciações – o que está no sistema e o que não está (“ouvir o silêncio” para Heidegger) – bem como, quando possível (se o próprio sistema jurídico não vedou) implementar os acoplamentos estruturais, codificando para o Direito aquilo que estava fora do sistema, mas é necessário para sua construção autopoietica. Necessário destacar, também, a advertência de Niklas Luhmann, no sentido de que o fato de ter sido iniciada a comunicação e adiada sua conclusão para o futuro (em razão do silêncio) não impõe a aplicação das diferenças realizadas anteriormente. Ao contrário, tal dinâmica permite a mudança da forma que faz a diferença. Portanto, não é adequado utilizar as diferenciações passadas para a comunicação presente para analisar o silêncio constitucional⁴⁹. Conforme Luhmann, cada fala repete o silêncio e, assim, a cada momento de interpretação da Constituição repete ou (re)constrói o silêncio constitucional. Tais lições nos parecem contrariar as tentativas de imposição de uma interpretação “originalista”, ou seja, conforme as enunciações (e intenções) do legislador que elaborou o texto constitucional.

Por isso, a interpretação do silêncio constitucional ocorre no tempo e deve ser constante, para viabilizar a autopoiese do sistema jurídico de forma “evolutiva”, adaptando-o às novas realidades sociais.

48 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Ibid.* p. 15.

49 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Op. cit.* p. 15.

5. CONCLUSÕES

O estudo demonstrou o diálogo existente entre a configuração do silêncio como potencialidade na Teoria da Linguagem de Heidegger e a identificação do silêncio como elemento essencial para a autopoiese na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.

A dinâmica paradoxal entre fala e silêncio e a configuração do silêncio como potencialidade na Teoria da Linguagem de Heidegger são aplicadas na comunicação dos sistemas sociais da Teoria de Luhmann, especialmente na aplicação do silêncio como garantia de autopoiese e de conectividade entre os sistemas.

A Teoria de Luhmann, por sua vez, instrumentaliza a ideia de silêncio como potencialidade de Heidegger, por meio da descrição das redes de recursivas observações e diferenciações que os sistemas podem realizar para revelar seu potencial e resultar em “autovalores”.

Referidas relações entre as Teorias contribuem para a identificação e a interpretação do silêncio, especialmente do silêncio constitucional, para instrumentalizar o exame de toda a potencialidade da linguagem e suas possibilidades na comunicação e não apenas aquilo que está escrito e visível na Constituição. O diálogo entre as Teorias citadas revela os fundamentos para a adoção do silêncio como uma estratégia da própria linguagem constitucional (como a “linguagem do não confronto”) e o entendimento de que o silêncio é objeto da interpretação constitucional não só em seu aspecto negativo (de exclusão de direitos pelo não reconhecimento expresso ou pelo “silêncio eloquente”), mas também em seu aspecto positivo, ou seja, de potencialidade.

Assim, no silêncio constitucional está implícito um comando para (re)construir o sistema historicamente e há a possibilidade de reconhecimento de novos direitos não previstos expressamente no texto constitucional, mas que decorrem do ato de reflexão, de pensamento sobre o silêncio constitucional, seus motivos, seu contexto, seu momento histórico e sua inserção dentro do sistema constitucional como comunicação interna ou após o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os demais sistemas.

Finalmente, conclui-se que a interpretação do silêncio constitucional ocorre no tempo e deve ser constante para viabilizar a autopoiese do sistema jurídico de forma “evolutiva”, adaptando-o às novas realidades sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Linguagem e Realidade: do Signo ao Discurso**. 2001. Tese (Doutorado em Letras) – Faculdade de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAUÉS, Antonio Moreira. Linguagem, Constituição e lei: a Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 14, n. 19, p. 63-74, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF: STF, 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 02 maio 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF: STF, 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 2012. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2024.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Democracia x Constitucionalismo: um navio à deriva? **Cadernos de Pós-Graduação em Direito: Estudos e Documentos de Trabalho**, São Paulo, n. 1, p. 5-23, 2011.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Interpretación de la Constitución y juez constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México**, Puebla, n. 37, ano X, p. 9-31, 2016.

FOGEL, Gilvan. Escuta, silêncio, linguagem. **Aufklärung: Revista de Filosofia**, João Pessoa, v. 4, n. especial, p. 47-58, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/arf/article/view/35900>. Acesso em: 12 abr. 2024.

FOLEY, Michael. **The Silence of Constitutions: Gaps, ‘abeyances’ and political temperament in the maintenance of government**. Abingdon: Routledge, 2011.

GIL, Arilson Garcia. Uma análise da função operativa do silêncio constitucional a partir da teoria dos sistemas de Nicklas Luhmann. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo, n. 94, p. 201-227, 2021. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1307/1421>. Acesso em: 12 abr. 2024.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes. Um estudo a respeito da Carta de Heidegger “Sobre o humanismo” (destacando algumas implicações para a Filosofia do Direito). **Cadernos da EMARE, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 1-151, 2013.

HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo**. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Tradução Marcia Sá Cavalcante Shuback Leão. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e verdade: 1. A questão fundamental da filosofia; 2. Da essência da verdade**. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2012.

LOUGHLIN, Martin. The Silences of Constitutions. **Freiburg Institute of Advanced Studies**, Freiburg, p. 1-16, 2017. Disponível em: http://www.jura.uni-freiburg.de/de/institute/rphil/freiburger_vortraege/silences-of-constitutions-m.-loughlin-manuskript.pdf. Acesso em: 12 abr. 2024.

LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. **Reden und Schweigen**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ¿Qué es ser juez constitucional? *Díkaion*, Chia, ano 20, n. 15, p. 155-171, 2006.