

3
5
9

6
5

REVISTA

CADERNO VIRTUAL

Direitos humanos
em pauta

**Caderno Virtual, Brasília, v. 3, n.
52, Setembro/Dezembro 2021**

ISSN: 1981-3759

Editores Chefes

Prof^a. Janete Ricken Lopes de Barros, IDP

Prof^a. Ariadne Moreira B. de Oliveira, IDP

Prof^a. Eduarda Toscani Gindri, IDP

Conselho Editorial

Prof. José dos Santos Carvalho Filho, IDP

Prof^a. Luciana Silva Garcia, IDP

Prof. Atalá Correia, IDP

Prof. Raphael Peixoto de Paula Marques, IDP

Prof^a. Olívia Rocha Freitas, IDP

Prof. Fábio Lima Quintas, IDP

Prof Marcelo Proença, IDP

Prof^a. Marilda Silveira, IDP

Prof. Ulisses Schwarz Viana, IDP

Prof. Felipe Cortês, IDP

Prof. Pedro Palotti, IDP

Prof. Leandro do Nascimento Rodrigues, IDP

Prof. Mário Augusto Carboni, IDP

Prof. Bruno Magalhães D'Abadia, IDP

Prof. Daniel Falcão, IDP

Prof. Guilherme Pupe, IDP

Prof. Paulo Mendes, IDP

Prof. Rodrigo Mendonça, IDP

Prof. José Henrique Mouta, IDP

Prof^a. Olivia Freitas, IDP

Prof. Daniel Falcão, IDP

Prof. Leonardo Estrela, IDP

Prof. Leandro Gobbo, IDP

Prof. Ivan Allegretti, IDP

Prof. Lahis da Silva Rosa, IDP

Prof. Flávio José Roman, IDP

Prof. Paulo Castro, IDP

Prof. Mathias Schneid Tessmann, IDP

Prof. Rodrigo Becker, IDP

Prof. Milton de Souza Mendonça Sobrinho, IDP

Prof. Alessandro De Oliveira Gouveia Freire, IDP

Prof. Marcio Camargo Cunha Filho, IDP

Prof. Fernando Natal, IDP

Comitê Executivo

Alessandro Freire

Renan Silveira Holtermann

Matheus Brito Fachine

REVISTA

**CADERNO
VIRTUAL**

SUMÁRIO

Carta Editorial

Janete Ricken Lopes de Barros, Ariadne Moreira Basílio de Oliveira, Eduarda Toscani Gindri,

Artigos Acadêmicos

DIREITOS EM CRISE? A JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE E A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Hugo Pereira Matos

DUPLA NACIONALIDADE COMPARADA ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: NOVOS ENTENDIMENTOS NA POLÍTICA DE DESENCORAJAMENTO

Amanda de Moura Cañizo

ALARGAMENTO DO CONCEITO DE SERVIÇO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Djulia Raphaella L. Portugal Amâncio

NEUROPOLÍTICA NAS ELEIÇÕES DE 2018: O PSL E O VOTO AFETIVO

Leonardo Reisman

CONFLITO ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: A RECEPÇÃO DA SENTENÇA DO CASO GOMES LUND PELO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Rodolfo Veloso Caetano Soares

A APLICAÇÃO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Aline Cristine Valle Costa

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO VOLTADO À OUTORGA DE EFICÁCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

André Ferreira Jerônimo

CASO FAZENDA BRASIL VERDE VS BRASIL: A PRÁTICA DE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO E A IMPORTÂNCIA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA TUTELAR E RESPONSABILIZAR INFRAÇÕES COMETIDAS PELOS PAÍSES SIGNATÁRIOS DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

Mayara Bueno Barretti Rocha

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA POLÍTICA ANTITRUSTE À LUZ DA PANDEMIA DE COVID-19: ESTUDO DE CASO A PARTIR DO SETOR AÉREO

Gabriel Ferreira de Pina Luchetti

ORÇAMENTO IMPOSITIVO: ANÁLISE DA VIABILIDADE DE PLATAFORMA TECNOLÓGICA PARA INDICAÇÃO DE EMENDAS PARLAMENTARES DE EXECUÇÃO OBRIGATÓRIA AO ORÇAMENTO DA UNIÃO

Maisa de Souza Moreira

CONFLITO DE COMPETÊNCIAS: A COBRANÇA DO SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA OU TERMINAL HANDLING CHARGE 2 PODE SER CONSIDERADA UMA INFRAÇÃO CONCORRENCIAL?

Catharina Araújo Sá

Flávio Iglesias Pessuto

RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS: POSSIBILIDADES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Bruno Pinto e Silva

REVISTA
CADERNO
VIRTUAL

Carta Editorial

A presente edição da revista Caderno Virtual (CV) - publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) - traz aos seus leitores um conjunto de artigos produzidos por acadêmicos integrantes de programas nacionais de graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado, aprovados pelo sistema *duplo blind review* com o tema: "Direitos humanos em pauta".

A 52ª edição da revista Caderno Virtual (CV) traz artigos acadêmicos produzidos por professores e alunos da Escola de Direito e de Administração Pública – EDAP, bem como trabalhos produzidos por autores, professores e alunos, integrantes de outros programas nacionais de pós-graduação, mestrado e doutorado, aprovados pelo sistema *duplo blind review*.

Nessa linha, a presente edição visa proporcionar um espaço de divulgação de teses e de ideias no âmbito do Direito, da Economia e da Administração Pública, promovendo o debate qualificado acerca de temas relevantes da pesquisa científica envolvendo temas interdisciplinares. Trata-se de uma revista com periodicidade trimestral destinada a publicar trabalhos de qualidade científica para fomentar o debate acadêmico.

O Caderno Virtual objetiva, ainda, ser um espaço de atualização bibliográfica constante para a comunidade acadêmica do IDP e do país. O escopo editorial da revista passa a contemplar as seguintes linhas de pesquisa: a) Processo, Jurisdição Constitucional, Direitos e Garantias Fundamentais; b) Direito Privado e Constituição; c) Gestão Governamental e Políticas Públicas e d) Economia, Finanças e Desenvolvimento.

A fim de adequar-se aos quesitos estabelecidos pela regulação do Qualis Periódico, o CV conta com Equipe Editorial definida, por meio de Conselho Editorial, Comitê Executivo e Editores Chefes, que se organizam para garantir o processo avaliativo sob o sistema do *duplo blind review* e ao convite para publicação de autores estrangeiros e pesquisadores de renome nacional e internacional.

É com grande satisfação que o Centro de Pesquisa (CEPES) em conjunto com as Coordenações dos Cursos de Graduação, Pós-Graduação *Lato Sensu* e Pós-Graduação *Stricto Sensu*, apresentam a presente a 52ª edição do Caderno Virtual.

Diante de todo o material qualificado reunido na presente edição, esperamos que a revista contribua para promover discussões, debates e divulgação de conhecimento científico qualificado.

Profª. Janete Ricken Lopes de Barros
Profª. Ariadne Moreira Basílio de Oliveira
Profª. Eduarda Toscani Gindri

Editoras Chefes

DIREITOS EM CRISE? A JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE E A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RIGHTS IN CRISIS? THE JUDICIALIZATION OF THE CRISIS AND THE RELATIVIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES FROM THE PERSPECTIVE OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Hugo Pereira Matos¹

RESUMO: O presente artigo trata do tema da judicialização da crise, com enfoque na relativização de direitos e garantias fundamentais perante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O objetivo central do trabalho é responder à pergunta: “a possibilidade de efetiva relativização de direitos e garantias fundamentais, decorrentes da judicialização da crise perante o Supremo Tribunal Federal, é compatível com os postulados da proibição ao retrocesso social e da máxima efetividade?”. Para tanto, adotou-se uma metodologia de pesquisa pautada nas técnicas de revisão bibliográfica, análise de jurisprudência e análise de conteúdo.

Palavras-chave: Judicialização da crise; Jurisprudência da crise; Máxima efetividade; Proibição ao retrocesso social.

ABSTRACT: This article deals with the theme of the judicialization of the crisis, with a focus on the relativization of fundamental rights and guarantees before the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court. The central objective of the work is to answer the question: "the possibility of effective relativization of fundamental rights and guarantees, resulting from the judicialization of the crisis before the Brazilian Supreme Court, is compatible with the postulates the prohibition of social retrogression and maximum effectiveness?" To this end, a research methodology was adopted based on the techniques of bibliographic review, jurisprudence analysis and content analysis.

Keywords: Judicialization of the crisis; Jurisprudence of the crisis; Maximum effectiveness; Prohibition of social retrogression.

INTRODUÇÃO

A chegada da pandemia da COVID-19 no Brasil, estabeleceu uma situação de crise sanitária, econômica e política que vêm sendo causa de uma ampla judicialização perante o Supremo Tribunal Federal. Isso se dá diante da premente necessidade de contenção dos efeitos da crise e a defesa e proteção dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

O objetivo central do presente trabalho é averiguar se a possibilidade de efetiva relativização de direitos e garantias fundamentais, decorrentes da judicialização da crise perante

¹ Advogado. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). E-mail: hugopmatos@gmail.com

o Supremo Tribunal Federal, é compatível com os postulados da proibição ao retrocesso social e da máxima efetividade.

Para tanto, adotou-se como metodologia aplicada à pesquisa o uso das técnicas da revisão bibliográfica, da análise de jurisprudência e da análise de conteúdo.

A presente pesquisa se divide em três partes. No primeiro capítulo, faz-se a análise da evolução dos direitos e garantias fundamentais, dando relevo à historicidade como uma de suas características mais marcante, na medida em que são resultado de um processo histórico evolutivo, marcado pela constante adaptação às demandas da sociedade contemporânea.

Ademais, estuda-se a tutela aos direitos e garantias fundamentais no constitucionalismo brasileiro, destacando o papel da Constituição Federal de 1988 na sua defesa e promoção.

No segundo capítulo são destrinchados conceitos como: judicialização e jurisprudência da crise. A judicialização está relacionada com a maior inserção do Poder Judiciário no processo decisório de temas relevantes para a sociedade, quando da omissão ou da ausência de atuação pelas instâncias políticas tradicionais. Já a jurisprudência da crise, se refere ao conjunto de precedentes cujo liame se dá a partir da análise da constitucionalidade das medidas de austeridade adotadas pelo Poder Público em tempos de crise econômico-financeira, que surgiu ineditamente em Portugal no contexto da crise econômica mundial de 2008.

Em seguida, apresenta-se a discussão acerca da aplicação da jurisprudência da crise e a suposta lesão aos postulados da proibição ao retrocesso social e da máxima efetividade, tendo em vista, a importância do respeito ao núcleo essencial de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

No terceiro capítulo, busca-se trazer um panorama acerca da judicialização da crise e a relativização de direitos e garantias fundamentais na ótica do Supremo Tribunal Federal, através do estudo dos seguintes *leading cases*: ADI 6357 versando acerca da flexibilização de alguns dos institutos da Lei 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); a ADI 6341 que estabeleceu os limites da competência legislativa dos entes federados nas medidas de combate à pandemia; as ADIs 6347, 6351 e 6353 versando acerca do direito ao acesso à informação durante o período de excepcionalidade da COVID-19, conforme a Lei 12.527/2011; e a ADPF 709 que estabeleceu a necessidade da criação do Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros.

1. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são fortemente marcados pela ideia da mutabilidade no decorrer de seu processo evolutivo, pois, dependendo do período histórico objeto de análise, observa-se a variação dos direitos tutelados.

Nesse sentido, Norberto Bobbio entende que os direitos fundamentais:

Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.²

O surgimento das teorias contratualistas, nos séculos XVII e XVIII evidenciou a necessidade de proteção aos direitos que decorrem da própria condição humana, preexistentes ao próprio Estado, e que por ele devem ser garantidos.³

Com a ideia de proteção à dignidade da pessoa humana, surge inicialmente a *Bill of Rights* de 1776, responsável por positivizar os direitos inerentes ao homem, e mais tarde, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que adotou os ensinamentos dos filósofos políticos liberais e positivou os direitos naturais, demonstrando o caráter universal destes.

As revoluções desencadeadas no final do século XVIII e início do século XIX contribuíram para a derrocada do poder estatal intervencionista, que atuava discricionariamente, sem o respeito a qualquer limite jurídico.⁴

Assim, iniciou-se a construção de um sistema jurídico capaz de impor balizas à atividade estatal, estabelecendo preceitos que impusessem aos governantes o dever de respeitar os direitos naturais dos indivíduos, obstando os abusos de poder que por ventura viessem a ser cometidos.

De acordo com a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco, “os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado”.⁵

² BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

³ MENDES, Ferreira Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 136.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 105.

⁵ MENDES, Ferreira Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 136.

A longo prazo, os problemas do mundo contemporâneo foram responsáveis por forçar o Estado a se ocupar das questões sociais, transformando a preocupação inicial de tutelar tão somente as liberdades individuais, para possibilitar o oferecimento de serviços e prestações com o escopo de apoiar econômica, social e culturalmente os indivíduos, viabilizando uma igualdade de fato e não só de direito.⁶

Ocorreu a mudança da concepção social do que seria bem comum e, assim, a finalidade do Estado passou a englobar novas obrigações de satisfação. O Estado deixou de ter matriz liberal e passou a ter matriz social, em que os indivíduos têm direito de promoção e efetivação de novos valores, como é o caso da assistência social, do trabalho, da saúde, educação etc., além de uma tutela não mais de igualdade em sentido formal – aquela em que todos são iguais perante a lei –, mas o Estado passou a ter o dever último de propiciar uma igualdade material entre todos os indivíduos, promovendo uma igualdade de fato.⁷

Para a concretização dos direitos sociais, o Estado passa a adotar uma postura distinta, não mais de abstenção, e sim, de concretização, por se tratar de um dever prestacional. Assim, por meio da atividade legiferante e administrativa o mesmo é incumbido de implementar e executar as políticas públicas, para que o exercício de tais direitos se torne viável.

Tem-se a concepção de que os direitos sociais não são “poderes de agir”, e sim “poderes de exigir”. Assim, equivalem a uma espécie de “crédito”, que o indivíduo possui com o Estado, devendo este viabilizar os meios para a sua efetiva prestação e promoção.⁸

Por isso é que eles são, além de fundamentais, inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, porque participam de um contexto histórico, perfeitamente delimitado. Não surgiram à margem da história, porém, em decorrência dela, ou melhor, em decorrência dos reclamos da igualdade, fraternidade e liberdade entre os homens. Homens não no sentido de sexo masculino, mas no sentido de pessoas humanas. Os direitos fundamentais do homem, nascem, morrem e extinguem-se. Não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se a depender do influxo do fato social cambiante.⁹

Sabendo que os direitos fundamentais são resultado de um processo histórico evolutivo, os mesmos vão se adaptando às demandas sociais que lhe são contemporâneas, ou seja, são voltados à difusão de valores, interesses e necessidades tidas como relevantes para

⁶ MIRANDA, Felipe Arady. Direitos Fundamentais em tempos de crise econômico-financeira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 19-20. Apud. CUENCA, Encarnación Carmona. El Estado de Derecho en la Constitución. Madrid: Consejo Economico y Social, 2000.

⁷ (MIRANDA, 2019, p.21)

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p.49.

⁹ (BULOS, 2001, p.69)

alcançar o desenvolvimento humano exigido por cada momento da evolução histórica do Estado Moderno.¹⁰

1.1. A TUTELA AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Os direitos fundamentais também são caracterizados pela constitucionalização, ou seja, integram um ordenamento jurídico e se impõem a todos os poderes devidamente constituídos, limitando inclusive o poder de reforma da Constituição.

No percurso que lastreia a história do constitucionalismo brasileiro, é importante destacar que desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 – em muito influenciada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 –, existe a previsão de tutela aos direitos básicos, tratando-se substancialmente de uma declaração de direitos civis como: liberdade, segurança e propriedade.

Essa configuração que presava pela constitucionalização da proteção aos direitos civis, foi alterada significativamente com a promulgação da Constituição brasileira de 1934, que influenciada pela Constituição de Weimar (1919), instituiu o Estado social brasileiro.

De acordo com Paulo Bonavides, esse grande “salto” constitucional que conduziu o Brasil ao patamar de Estado social, foi efetivado em parte após a Revolução de 30, mediante a adoção de algumas medidas pelo Governo Provisório, que gradativamente fizeram dos princípios políticos e formais do liberalismo uma bandeira de combate, com o intuito de legitimar o movimento por meio da efetivação de medidas sociais.¹¹

Dessa forma, promoveram o cumprimento dos anseios reformistas pleiteados de modo inconsciente desde a década de 20, devido a concentração das pressões ideológicas vindas da Europa e que acenderam no Brasil o incessante debate acerca da questão social.

A Constituição de 16 de julho de 1934 funda juridicamente no País uma forma de Estado social que a Alemanha estabelecera com Bismarck há mais de um século, aperfeiçoara com Preuss (Weimar) e finalmente iria proclamar com solenidade textual em dois artigos da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, cunhando a célebre fórmula do chamado Estado social de direito, matéria de tanta controvérsia nas regiões da doutrina, da jurisprudência e da aplicação hermenêutica.¹²

¹⁰ MIRANDA, Felipe Arady. Direitos fundamentais em tempos de crise econômico-financeira. op. cit., p. 24. Apud. PEDROL, Xavier. Derechos sociales y Unión Europea: historia de un desencuentro. In: VALIÑO, Vanesa (org.) Defender e Repensar los Derechos Sociales em Tiempo de Crisis. Barcelona: Observatori DESC, 2009.

¹¹ BONAVIDES, Paulo Paes de Andrade. História Constitucional do Brasil. Brasília: Paz e Terra, 1990, p. 325

¹² (BONAVIDES, 1990, p. 325)

É importante destacar que mesmo diante da constitucionalização à época de alguns direitos e garantias fundamentais, o problema da falta de eficácia tornou-se nítido, à medida que, apesar de positivados muitos desses direitos careciam de meios que viabilizassem a sua concretização.

Tal condição representou uma abertura para supressão de muitos dos direitos e garantias fundamentais conquistados em 1934. Em decorrência da imposição totalitária de Getúlio Vargas, houve a outorga da Constituição de 1937, inspirada na Constituição Polonesa (1935), marcada pelo aspecto predominantemente autoritário.

Somente em 1946, uma nova Constituição veio resgatar o Estado social brasileiro, porém sem muitos avanços, reafirmando principalmente a necessidade de ampla regulamentação da questão trabalhista, agora com um viés de reconhecimento das conquistas dessa classe por meio da representação pelos partidos socialista e comunista. Contudo, dada a eficácia limitada dessas normas, a ausência de atuação legislativa posterior tornou muito desses direitos “letra morta”.

Em 1964, um golpe militar responsável por destituir do poder o presidente João Goulart, impôs um regime ditatorial que promoveu múltiplas alterações políticas, econômicas e sociais no Brasil, incluindo, além do advento dos Atos Institucionais (AIs), a elaboração de uma nova Constituição.

Do ponto de vista formal, a Constituição de 1967 manteve o rol de direitos e garantias fundamentais, entretanto, o autoritarismo inerente ao Regime Militar representou a paralisia dos ideais democráticos, e promoveu afrontas a diversos direitos, dentre eles: liberdade de imprensa, liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana etc.

As comoções políticas de raiz social fizeram-na desembocar, por obra da corrupção do regime presidencial, na segunda ditadura do século, a mais longa e perniciosa por haver mantido aberto um Congresso fantoche, debaixo de uma Constituição de fachada outorgada pelo sistema autoritário, que ao mesmo tempo censurava a imprensa e reprimia a formação, pelo debate livre, de novas lideranças, sacrificando assim toda uma geração. Tal aconteceu em 1964 quando o país atravessou durante duas décadas a mais sombria ditadura militar de sua história.¹³

O período de redemocratização a partir de 1985, representou o anseio dos brasileiros pela afirmação dos direitos e garantias fundamentais, o que levou a Constituição de 1988 (CRFB/88) a tutelá-los em grande número, sendo um importante marco na história

¹³ (BONAVIDES, 2000, p.174)

constitucional brasileira por representar o fim de uma era ditatorial fortemente marcada pela supressão destes.

A Constituição de 1988, ao revés do que dizem os seus inimigos, foi a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais. Onde ela mais avança é onde o Governo mais intenta retrogradá-la. Como constituição dos direitos fundamentais e da proteção jurídica da Sociedade, combinando assim defesa do corpo social e tutela dos direitos subjetivos, ela fez nesse prisma judicial do regime significativo avanço.¹⁴

A CRFB/88 também foi responsável por garantir uma maior legitimidade ao Supremo Tribunal Federal, atribuindo-lhe a função precípua de salvaguarda da Constituição, dessa forma, passou a exercer também um importante papel na promoção dos direitos e garantias fundamentais.

2. JUDICIALIZAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA DA CRISE

A judicialização é responsável pela maior inserção do Judiciário na tomada de decisões sobre assuntos de relevo para a sociedade, diante da ausência ou omissão da atuação das instâncias políticas tradicionais.

De acordo com Barroso (2012), há uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.¹⁵

Barroso (2012) ainda lista alguns fatores que contribuem para a consolidação de tal fenômeno. Inicialmente, o processo de redemocratização do Brasil e a promulgação da Constituição de 1988, através dos quais o Judiciário passou a exercer um importante papel no exercício de concretização dos preceitos constitucionais.

Destaca também, a constitucionalização abrangente, responsável pela introdução a nível constitucional, de temas anteriormente atribuídos à legislação ordinária ou a uma atuação futura por meio do processo político majoritário. Dessa forma, sendo os direitos garantidos na Constituição Federal, é gerada a possibilidade de pretensão jurídica (por meio de ação judicial) para o seu pleno gozo.

¹⁴ (BONAVIDES, 2000, p. 174)

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em:<Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática | Barroso | (SYN)THESIS (uerj.br)>. Acesso em: 03 ago. 2020.

Por fim, atribui tal tendência também ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, classificado como híbrido ou misto, na medida em que adota tanto o sistema americano (controle incidental e difuso) como o europeu (controle por ação direta).

A situação de desarranjo característica dos momentos de crise econômico-financeira impõe ao Judiciário um importante papel no que diz respeito à garantia da segurança jurídica e da supremacia do interesse público.

Em decorrência do grande número de ações propostas perante o Supremo Tribunal Federal versando sobre a crise e seus diversos aspectos, há a premente necessidade de adequação das decisões proferidas à situação fática, promovendo assim, a formação de um conjunto de precedentes conhecido como jurisprudência da crise.

Miguel Reale traz a acepção mais tradicional do termo jurisprudência, na qual:

Os juízes são chamados a aplicar o Direito aos casos concretos, a dirimir conflitos que surgem entre indivíduos e grupos; para aplicar o Direito, o juiz deve, evidentemente, realizar um trabalho prévio de interpretação das normas jurídicas, que nem sempre são suscetíveis de uma única apreensão intelectual. Enquanto que as leis físico-matemáticas têm um rigor e uma estrutura que não dão lugar a interpretações conflitantes, as leis jurídicas, ao contrário, são momentos de vida que se integram na experiência humana e que, a todo instante, exigem um esforço de superamento de entendimentos contrastantes, para que possam ser aplicadas em consonância com as exigências da sociedade em determinado momento e lugar.¹⁶

O termo “jurisprudência da crise” surgiu em Portugal no contexto da crise econômica mundial de 2008, quando o Tribunal Constitucional Português (TCP) passou a analisar as medidas de austeridade do Poder Público, que tinham por finalidade arrefecer os efeitos devassos da crise no país.

De acordo com Pinheiro (2014), a jurisprudência da crise traduz um processo negocial entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as exigências das circunstâncias.¹⁷

Com base nisso, o TCP passou a efetivamente controlar a constitucionalidade das medidas orçamentárias decorrentes da crise econômica, sob o fundamento da supremacia do interesse público e da transitoriedade e excepcionalidade dessas posturas.¹⁸

Para Magalhães (2017), o cerne da jurisprudência da crise reside no fato de que sem que seja sequer necessário abordar qualquer argumento econômico, a jurisdição constitucional

¹⁶ (REALE, 2014, p. 167)

¹⁷ PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional Português (2011-2013). Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564. p. 170.

¹⁸ Ibid. p. 170.

se sensibiliza ao contexto de crise, estabelecendo uma releitura de institutos jurídicos já consagrados.¹⁹

No Brasil, em outro momento, o Supremo Tribunal Federal já havia sido provocado no sentido de promover a aplicação de uma jurisprudência da crise, como por exemplo no caso do julgamento conjunto das ADIs 2324, 2238, 2241, 2250, 2256, 2261, 2365 e ADPF 24 nos quais se discutia a flexibilização de alguns dos institutos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), com fundamento na difícil situação econômico-financeira enfrentada pelos Estados e Municípios, em razão do déficit no cumprimento das metas orçamentárias, sobretudo daquelas referentes às despesas com pessoal.

Nos *leading cases* supracitados, o Ministro Relator Alexandre de Moraes entendia ser inviável a aplicação de uma jurisprudência fundamentada pela crise, pois tal atitude poderia instigar a invocação reiterada do precedente como justificativa para a flexibilização de algumas regras já consolidadas pelo ordenamento pátrio.²⁰

Entretanto, em decorrência da pandemia da COVID-19 e como resultado da ampla judicialização dos temas a ela inerentes, o STF passou a constituir um conjunto de precedentes justificados pelo iminente interesse público, face o estado de calamidade decretado e a instabilidade institucional e social decorrentes.

A aplicação de uma jurisprudência da crise pode representar o empenho do Judiciário em arrefecer os efeitos da crise em colaboração com o Poder Público. Tal postura, reflete a supremacia do interesse público, já que, diante de um contexto de latente desordem sanitária, econômica e política, parcela da responsabilidade é atribuída à jurisdição do STF, que não pode ser desarrazoado em suas decisões, tendo em vista o contexto fático-jurídico.

Nesse sentido, Felipe Arady Miranda entende que:

O que ocorre, de fato, é a mudança da conclusão alcançada no controle de constitucionalidade em face da diferença de peso que os princípios constitucionais manifestam diante das transformações circunstanciais ocasionadas pela crise, o que pode significar uma mudança de resultado, sem que isso implique no reconhecimento de um novo método de atuação da justiça constitucional ou em uma complacência sua com as decisões políticas. De toda forma, o procedimento, a metodologia de fiscalização de constitucionalidade e a rigidez no controle são operacionalizados nos mesmos termos de sempre. O que muda não é a postura do Tribunal Constitucional,

¹⁹ MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

²⁰ Correio Braziliense. Moraes rejeita 'jurisprudência da crise' para LRF. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/02/26/internas_economia,739973/moraes-rejeita-jurisprudencia-da-crise-para-lrf.shtml>. Acesso em 10 set. 2020.

nem mesmo a força de aplicação da Constituição, mas sim o peso dos valores constitucionais conflitantes em determinados casos.²¹

Decerto, os momentos de crise promovem múltiplas alterações econômicas, financeiras e sociais e, em decorrência disso, o Judiciário passa a exarar decisões e a promover soluções mais compatíveis com a realidade de fato.

Sendo assim, Novais (2015) aponta para a possibilidade de que haja algumas restrições a direitos prestacionais que não seriam admitas em outros momentos, o que não representa uma depreciação dos ditames constitucionais, tampouco lesão à sua plena vigência.²²

Miranda (2019), aponta que a força normativa da Constituição em tempos de crise não deve ser arrefecida, já que “o regime de anormalidade decorre dos seus próprios termos e se estabelece dentro dos limites estabelecidos por ela própria”.²³

Dessa forma, há um sistema constitucional ordinário e outro de anormalidade, mas ambos são regimes constitucionais que balizam e oportunizam a supremacia da Constituição. Para além disso, os mecanismos do regime excepcional não devem ser utilizados em momentos de aplicação constitucional ordinária.²⁴

2.1 JURISPRUDÊNCIA DA CRISE VS. POSTULADOS DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E DA MÁXIMA EFETIVIDADE

A efetivação de alguns direitos e garantias fundamentais envolve custos e pode estar condicionada à reserva de disponibilidade orçamentária estatal. Essa situação em um estado de crise condiciona o Judiciário, no ponto em que as decisões que demandam recursos podem levar o Estado ao endividamento.

Nessa discussão é importante averiguar o grau de compatibilidade do modelo de jurisprudência da crise e a conseqüente flexibilização de direitos e garantias fundamentais com os postulados já consagrados da proibição ao retrocesso social e da máxima efetividade.

Em relação ao princípio da proibição ao retrocesso social, Lênio Streck entende que:

Diante de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que,

²¹ (MIRANDA, 2019, p.518).

²² NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais na Crise. In: MORAIS, Carlos Blanco de; MENDES, Gilmar Ferreira. III Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Estado de Direito, direitos fundamentais e combate à corrupção na interface Portugal/Brasil. Brasília: IDP, 2015, p. 27.

²³ MIRANDA, Felipe Arady. Direitos fundamentais em tempos de crise econômico-financeira. op. cit., p. 516.

²⁴ QUEIROZ, Cristina. O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.14.

legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.²⁵

Canotilho (1982) indica que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.²⁶

O legislador está sujeito e vinculado tanto aos direitos fundamentais quanto às limitações ao poder de reforma da Constituição, disciplinado pelo art. 60, §4º, que prevê a vedação de Propostas de Emenda à Constituição (PECs) tendentes a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Da mesma forma, submetem-se também aos direitos fundamentais, os atos normativos do Poder Legislativo, incluídos inclusive aqueles com eficácia externa, como por exemplo: os atos de comissões parlamentares de inquérito.²⁷

Na ADI 5.595/DF, o Ministro Ricardo Lewandowski arguiu que “a ocorrência de reforma constitucional que vise o aprimoramento dos direitos e garantias fundamentais é medida desejável de atualização dos fins e preceitos da Constituição Federal, mas alterações que impliquem retrocesso no estágio de proteção por eles alcançado não são admissíveis, ainda que a pretexto de limites orçamentários-financeiros”.²⁸

De acordo com Mendes (2014), há a indicação de que os que optam pela tese da proibição do retrocesso depreendem que o princípio da proporcionalidade pode servir de meio para uma nova regulação do direito fundamental, por meio da qual não seja destruído totalmente o direito antes positivado.

Entretanto, em tempos de crise há a latente necessidade de adaptação do legislador à capacidade econômica do Estado para que haja um razoável equilíbrio entre receita e despesa, evitando dessa forma o aumento do estado calamitoso e conseqüentemente, o agravamento da situação orçamentária.

²⁵ (STRECK, p. 55, 2014)

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Ed, 1982.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 280.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < Portal STF - Paginador PDF>. Acesso em: 20 set. 2020.

A crise econômico-financeira, afeta a capacidade de promoção dos direitos fundamentais, uma vez que a retração econômica, a diminuição na arrecadação de recursos e o aumento dos beneficiários das prestações sociais geram um desequilíbrio no binômio “possibilidade vs. obrigações”, que acaba por tornar impossível a efetivação de todos os direitos prestacionais em condições de igualdade.²⁹

Nesse contexto, surge a discussão em torno do conceito de *reserva do financeiramente possível*, fenômeno apto a impedir que os juízes e os poderes políticos atribuam ao Estado um ônus além do que de fato ele pode arcar. Instituído a busca pela efetividade dos direitos e garantias fundamentais em tempos de crise devidamente adequada à realidade econômico-financeira do Estado.³⁰

Os poderes políticos estão obrigados a garantir os pressupostos materiais indispensáveis à realização fática dos direitos a prestação; mas, em momentos de crise, essa obrigação se torna complexa haja vista a drástica escassez de recursos e o aumento dos titulares em condições de receber prestações do Estado. O conceito de crise resulta justamente da inexistência de recursos financeiros disponíveis para suportar todas as obrigações prestacionais do Estado, então, não havendo esses recursos e permanecendo o Estado com a obrigação de garantir a efetividade aos direitos fundamentais, não haveria outra alternativa senão a de descumprir os impositivos constitucionais.³¹

Tendo em vista que os direitos fundamentais não são absolutos, é possível a relativização dos mesmos diante do cenário gerado pela crise, que imputa ao Poder Público tanto a necessidade de tomada de decisões no âmbito orçamentário, como a promoção de adequação normativa à situação de escassez.³²

De acordo com Sarmento (2006), “apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais”.³³

Assim sendo, tendo em vista que o princípio da proibição ao retrocesso social também não é absoluto, a atuação legislativa que venha a restringir alguns direitos fundamentais em prol da supremacia do interesse público em tempos de crise não estaria suprimindo-os, mas tão somente flexibilizando-os até o restabelecimento do *status quo ante*.

²⁹ (CARDUCCI in MIRANDA, 2019, p.325).

³⁰ MIRANDA, Felipe Arady. Op. cit. p.331.

³¹ (MIRANDA, 2019, p. 309)

³² MIRANDA, Felipe Arady. Op. cit. p.337.

³³ SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 293.

No que tange a atuação jurisdicional e destacando a competência da justiça constitucional para garantir a supremacia da Constituição e a prevalência dos direitos e garantias fundamentais, fica evidente a sua legitimidade para a realização desse juízo de ponderação, tanto em razão do poder que lhe foi atribuído pela maioria constituinte, como pelo procedimento que lhe é inerente.³⁴

O sistema democrático tem permitido aos poderes políticos, especialmente em momentos de crise, a tomada de decisões com base em fatores emocionais, partidários etc., o que não significa um demérito para o gozo da competência primária em decidir. Enquanto isso, aos juízes é permitido tão somente decidir com respaldo na Constituição, devendo fundamentar expressamente a *ratio decidendi* como forma a revesti-la de legitimidade democrática.³⁵

Novais (2015) aponta que não se deve pensar que o Tribunal Constitucional estaria desautorizado a aplicar a Constituição, mas, pelo contrário, nesses momentos a Constituição deve ser mais aplicada, isto é, deve-se aumentar a atenção sobre possíveis atos atentatórios a ela.³⁶

Nada obstante, o art. 5º, §1º, da CRFB/88 prevê a máxima efetividade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, estritamente ligada à ideia de força normativa da Constituição.

A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.³⁷

De acordo com Barroso (2009), todas as normas constitucionais são normas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham sido criados direitos subjetivos, são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.³⁸

³⁴ MIRANDA, Arady Felipe. Op. cit. p. 484-485.

³⁵ (MIRANDA, p. 487, 2019)

³⁶ NOVAES, Jorge Reis. Op. cit. p. 22-29.

³⁷ (BARROSO, 2011, p.290)

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: < Introdução (luisrobertobarroso.com.br)>. Acesso em 09 de agosto de 2013. p. 6.

Entretanto, diante da crise, as alterações no plano fático estabelecem um cenário em que o desarranjo estrutural entre a situação orçamentária do Estado e os compromissos assumidos criam um óbice à máxima efetividade de alguns direitos e garantias fundamentais, face à premente necessidade de se estabelecer uma ponderação entre o que realmente e urgentemente precisa ser efetivado no momento.

Na deflagração de crise econômica, marcada pelo decréscimo da produção, pelo desemprego e inflação, o Estado de Bem-Estar Social enfrenta um cenário de desequilíbrio entre os compromissos financeiros assumidos e a capacidade financeira para custeá-los, em razão do que a concretização do ideário da Justiça Social suporta risco de perecimento. Fatores como o aumento generalizado dos preços, diminuição da competitividade na indústria e limitação do aporte orçamentário refletem comumente na adoção de medidas gerenciais pelo governo, a partir de políticas econômicas para o contingenciamento e eliminação de despesas.³⁹

Em suma, os postulados da proibição ao retrocesso social e da máxima efetividade em tempos de crise podem tornar-se objeto de ponderação, já que a necessidade de se fazer prevalecer a supremacia do interesse público e a segurança jurídica tomam ainda maior relevo diante do anseio da sociedade por uma resposta jurisdicional mais coerente com a situação fática. Assim, a prestação de outros direitos “menos urgentes” se encontra sobrestada face a excepcionalidade e a transitoriedade inerente às medidas que promovem a flexibilização de alguns direitos e garantias fundamentais em nome de outros valores.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE E A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A repercussão legislativa da crise da COVID-19 no Brasil, se iniciou em fevereiro de 2020 com a promulgação da Lei nº 13.979, estabelecendo medidas genéricas de prevenção à pandemia, como limitações de reuniões e liberdade de locomoção.

Logo, por meio do controle abstrato de constitucionalidade, o STF passou a receber inúmeras demandas relacionadas à crise, em sua grande maioria ajuizadas por partidos políticos, questionando a constitucionalidade das medidas de austeridade adotadas pelos entes federados em meio à comoção social causada pela chegada do vírus.

Quanto à atuação do STF, em resposta à intensa judicialização dos temas ligados à crise, o Ministro Gilmar Mendes aponta que:

³⁹ (SILVA, 2017, p. 6)

É possível verificar que o Supremo Tribunal Federal, ciente de seu papel constitucional, tem sido um importante pilar no atual momento de enfrentamento da crise. Os precedentes (...) mostram como o Tribunal tem conferido segurança e previsibilidade ao Poder Público em um contexto de complexa gravidade, além de ter devidamente mediado os conflitos entre as esferas de poder. Paralelamente a isso, a Corte vem resguardando os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos frente a condutas abusivas, sejam elas comissivas ou omissivas.⁴⁰

Nesse contexto, o STF manteve um importante papel na análise das medidas legislativas adotadas como meio de arrefecer os efeitos da pandemia no Brasil, como por exemplo: restrições à liberdade de locomoção, medidas sanitárias (como a imposição do uso de máscaras), limitações ao acesso à informação etc.

Para esse estudo, faz-se necessário destacar a atuação do STF: na ADI 6357 que versa acerca da flexibilização de alguns dos institutos da Lei 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); na ADI 6341, que estabeleceu os limites da competência legislativa dos entes federados nas medidas de combate à pandemia; nas ADIs 6347, 6351 e 6353, que versam sobre o direito ao acesso à informação durante o período de excepcionalidade da COVID-19, conforme a Lei 12.527/2011; e na ADPF 709, que estabeleceu a necessidade da criação do Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros.

3.1. ADI 6357: FLEXIBILIZAÇÃO DE ALGUNS INSTITUTOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LRF) EM RAZÃO DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA

Como já citado, não é novidade a discussão acerca da possibilidade de flexibilização de alguns dos institutos da Lei 101/2000, que no ano de 2019 foi amplamente discutida no STF, tendo em vista o julgamento conjunto das ADIs 2324, 2238, 2241, 2250, 2256, 2261 e 2365 e ADPF 24.

Há muito os estados e municípios brasileiros vêm enfrentando dificuldades em cumprir os limites fiscais impostos pela LRF, sobretudo em relação aos gastos com pagamento de pessoal.

Dentre outros apontamentos, discutia-se no bojo dessas ações a inconstitucionalidade da LRF por afronta ao princípio do federalismo; foi impugnado também, o art. 11 em relação

⁴⁰ (CONJUR, 2020, p.2)

aos repasses obrigatórios da União aos entes federados e transferências voluntárias; as renúncias fiscais; e o estatuto que garante a estabilidade aos servidores públicos.⁴¹

Nesse julgamento, o Relator rejeitou a aplicação de uma “jurisprudência de crise”⁴², ficando delimitada a consonância da LRF com os preceitos da CRFB/88, que apresenta soluções hábeis para esses entes que venham a extrapolar o limite de gastos, podendo proceder o corte de despesas com os cargos comissionados, a exoneração dos servidores que não gozam de estabilidade, a redução da jornada de trabalho e dos vencimentos salariais, e também, nas situações mais extremas, a extinção dos cargos ocupados por servidores estáveis.

No contexto da crise decorrente da COVID-19, a LRF voltou a ser questionada, agora em relação às medidas de enfrentamento à pandemia no Brasil, levando a excepcional flexibilização de alguns dos seus institutos. Em liminar, o Ministro Alexandre de Moraes, destacou que:

O surgimento da pandemia de Covid-19 representa uma condição superveniente absolutamente imprevisível e de consequências gravíssimas, que, afetará, drasticamente, a execução orçamentária anteriormente planejada, exigindo atuação urgente, duradoura e coordenada de todos as autoridades federais, estaduais e municipais em defesa da vida, da saúde e da própria subsistência econômica de grande parcela da sociedade brasileira, tornando, por óbvio, lógica e juridicamente impossível o cumprimento de determinados requisitos legais compatíveis com momentos de normalidade. O excepcional afastamento da incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020, durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de Covid-19, não conflita com a prudência fiscal e o equilíbrio orçamentário intertemporal consagrados pela LRF, pois não serão realizados gastos orçamentários baseados em propostas legislativas indefinidas, caracterizadas pelo oportunismo político, inconsequência, desaviso ou imprevisto nas Finanças Públicas; mas sim, gastos orçamentários destinados à proteção da vida, saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados por essa gravíssima situação; direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e merecedores de efetiva e concreta proteção.⁴³

A decisão supracitada foi referendada pelo Plenário, reconhecendo que, em decorrência da gravidade da crise, tais entes encontrariam múltiplas dificuldades em cumprir os requisitos estabelecidos pela LRF durante o estado de calamidade pública.

Foi manifestado também o receio em se criar obstáculos à implementação dos programas de enfrentamento à pandemia em razão das exigências impostas pela LRF e pela Lei

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2238/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1829732>>. Acesso em: 20 set. 2020.

⁴² Correio Braziliense. Moraes rejeita 'jurisprudência da crise' para LRF. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/02/26/internas_economia,739973/moraes-rejeita-jurisprudencia-da-crise-para-lrf.shtml>. Acesso em 20 set. 2020.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.357/DF. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2020.

de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de 2020, possibilitando o descumprimento extraordinário das mesmas.

Em consequência desse precedente, Ações Cíveis Originárias (ACOs) como a 3380, 3378 e 3379 estabeleceram também a possibilidade de suspensão do pagamento das dívidas dos Estados com a União por 180 dias, dado o alto grau de comprometimentos das receitas desses entes com os gastos relativos às ações voltadas a promoção da saúde pública.

3.2. ADI 6341: DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ENTES FEDERADOS DURANTE O ENFRENTAMENTO DA COVID-19

Em decorrência da chegada da pandemia da COVID-19 no Brasil, os entes federados passaram a implementar distintas medidas sanitárias, o que levantou o debate acerca dos limites da competência constitucional para legislar em matéria de saúde pública.

A União embasou-se na competência exclusiva que lhe é atribuída pela CRFB/88, enquanto os Estados e Municípios se valeram da sua competência comum e concorrente assegurada pelo art. 24, XII, da CRFB/88, para justificar as medidas de austeridade adotadas.

Nesse contexto, foi proposta perante o STF a ADI 6341 questionando as medidas adotadas pelo Governo Federal na MP 926/2020, sob a alegação de que as mesmas estariam afastando a competência concorrente dos demais entes federados para adotar providências com vistas a combater a pandemia em suas respectivas circunscrições.⁴⁴

O Plenário, por unanimidade entendeu que a União possui legitimidade para disciplinar a matéria, mas que o exercício dessa competência pela mesma não pode afetar a autonomia dos demais entes, o que poderia representar uma afronta ao princípio da separação de poderes.

Restou confirmada a competência concorrente dos entes federados para adotar medidas voltadas à contenção dos efeitos da COVID-19, com base no federalismo cooperativo, e afirmando a necessidade de maior coordenação dessas medidas, garantindo a atuação da União sem que seja necessário afastar a competência dos Estados e Municípios.

3.3. ADIs 6347, 6351 E 6353: O DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. Disponível: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 20 set. 2020.

Em decorrência da MP 928/2020, que trazia a previsão de ressalvas à Lei de Acesso a Informação durante o período de enfrentamento da COVID-19, foram propostas perante o STF as ADIs 6347, 6351 e 6353 questionando a constitucionalidade dessas medidas que estabeleciam óbices ao acesso dos cidadãos às informações devidas pelos órgãos públicos, incluindo a mudança nos prazos de repostas às solicitações de informações, tendo em vista às alterações ocasionadas pelo regime de teletrabalho.

Em decisão liminar, o Ministro Relator Alexandre de Moraes entendeu que tal medida impôs restrições genéricas e abusivas, ferindo princípios constitucionalmente consagrados como: a razoabilidade, a publicidade, e o dever de transparência dos órgãos públicos.⁴⁵

Destacou ainda, que a situação imposta pela pandemia não é justificativa para dificultar o acesso à informação, considerando que tal procedimento pode ser feito integralmente à distância, impondo à administração pública o uso dos meios eletrônicos para manter a continuidade da prestação transparente dos seus serviços.

A publicidade específica de determinada informação somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar. Portanto, salvo em situações excepcionais, a Administração Pública tem o dever de absoluta transparência na condução dos negócios públicos, sob pena de desrespeito aos artigos 37, caput, e 5º, incisos XXXIII e LXXII. (...) O art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda a Sociedade.

Tendo em vista a vigência do estado de calamidade pública, a publicidade e a transparência ganham ainda mais relevo, já que o regime de excepcionalidade adotado autorizou, inclusive, a dispensa de procedimento licitatório para a aquisição dos insumos e serviços necessários para o enfrentamento da pandemia no Brasil.

3.4. ADPF 709: PLANO DE ENFRENTAMENTO DA COVID-19 PARA OS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

O STF também atuou diante da omissão estatal em regulamentar um plano de enfrentamento da COVID-19 mais detalhado para a população indígena brasileira. A discussão em baila surgiu com a propositura da ADPF 709 arguindo a adoção do critério da maior

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6351/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881853>>. Acesso em: 20 set. 2020.

vulnerabilidade ao contágio por COVID-19 para a definição das terras indígenas objeto de tratamento prioritário pelo Plano de Barreiras Sanitárias.

O Ministro Relator Luís Roberto Barroso estabeleceu que a União deve aderir continuamente ao aperfeiçoamento do Plano de Barreiras Sanitárias, determinando o restabelecimento da Sala de Situação Nacional, através da qual as autoridades possam realizar um intercâmbio de experiências e dados:⁴⁶

Não seria de se esperar que, num quadro assim complexo – no qual se somam desacertos históricos que vêm de muito longe com a crise humanitária da pandemia da Covid-19 – se pudesse, em poucas semanas, ter a solução ideal ou completa. Ainda assim, já se têm avanços relevantes e, apesar das divergências inevitáveis, é preciso louvar o empenho de todos os envolvidos em construir uma solução conjunta. Trata-se de um trabalho ainda em curso, com diversas etapas, que deverá continuar a contar com a boa-fé e a boa-vontade de todas as partes, com diálogo e atitudes positivas, como tem sido até aqui.

Barroso, destacou que, em observância aos princípios da precaução e da prevenção, os planos devem ser constantemente aperfeiçoados no curso de sua implementação com vistas a atender a situação emergencial de grave risco à saúde da população indígena.

Em suma, e tomando por base os *leading cases* supracitados, nota-se que o STF vem mantendo um importante papel na análise das medidas de enfrentamento adotadas pelo Poder Público em decorrência da situação de crise, conferindo uma maior segurança aos jurisdicionados nesse momento de instabilidade e fazendo prevalecer a supremacia do interesse público.

Conclusão

O surgimento de uma crise pode representar um déficit na promoção dos direitos e garantias fundamentais, considerando a situação de desarranjo que lhe é inerente. Dessa forma, surge a necessidade de uma tutela jurisdicional devidamente adequada à essa realidade.

A partir do questionamento levantado acerca do grau de compatibilidade entre a possibilidade de efetiva relativização de direitos e garantias fundamentais, decorrentes da judicialização da crise perante o STF, e os limites impostos pelos postulados da proibição ao retrocesso social e da máxima efetividade, percebe-se que a aplicação da jurisprudência da crise

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/DF. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2020.

como meio de se fazer prevalecer a supremacia do interesse público e em caráter transitório pode representar o empenho do Judiciário em exarar decisões compatíveis com a realidade de fato e com o escopo de arrefecer os efeitos da crise.

Diante da situação decorrente do estado de calamidade da COVID-19 no Brasil e como pôde ser observado nos *leading cases* selecionados, o STF tem exercido um papel de fundamental relevância no que concerne a garantia de uma prestação jurisdicional eficiente e pautada na concessão de uma maior segurança jurídica, mediante a situação de instabilidade econômica, social e política que se estabeleceu no Brasil.

Como estudado, os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser relativizados diante de uma crise, que pode ser capaz de onerar o Estado a ponto deste não conseguir cumprir suas obrigações como num tempo de dita normalidade, tendo em vista o déficit orçamentário e o desarranjo estrutural apresentado.

Dessa forma, constata-se que os princípios da proibição ao retrocesso social e da máxima efetividade podem ser relativizados em tempos de crise, já que os princípios da supremacia do interesse público e da segurança jurídica se sobressaem diante da realidade fática, o que, por sua vez, não representa supressão de direitos, tendo em consideração a excepcionalidade e a transitoriedade das medidas de austeridade adotadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.595/DF**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <[Portal STF - Paginador PDF](#)> . Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.357/DF**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <[ADI6357MC.pdf \(stf.jus.br\)](#)> . Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.341/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio de Melo. Disponível em: <[ADI6341.pdf \(stf.jus.br\)](#)> . Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.347/DF**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <[downloadPeca.asp \(stf.jus.br\)](#)> . Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.351/DF**. Relator Ministro Alexandre de

Moraes. Disponível em: <[downloadPeca.asp \(stf.jus.br\)](#)> . Acesso em: 20 set. 2020.____. Supremo Tribunal Federal.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.353/DF**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <[downloadPeca.asp \(stf.jus.br\)](#)> . Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na ADPF 709/DF**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em:< Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática | Barroso | (SYN)THESIS (uerj.br)>. Acesso em: 03 ago. 2020.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. **Disponível em:** < Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo | Barroso | RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ>. Acesso em: 03 ago. 2020.

_____. **O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. Disponível em: < Introdução (luisrobertobarroso.com.br)> . Acesso em: 09 de agosto de 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo Paes de Andrade. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1990.

BULUS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Editora Coimbra, 1982.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. Ed. Almedina, 2009.

Correio Braziliense. **Moraes rejeita 'jurisprudência da crise' para LRF**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/02/26/internas_economia,739973/moraes-rejeita-jurisprudencia-da-crise-para-lrf.shtml>. Acesso em 20 set. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. **Precisamos falar sobre a crise: a jurisprudência da crise sob uma perspectiva pragmática**. UERJ, 2017. Disponível em: < OATD: Andréa da Fonseca Santos Torres Magalhães - Precisamos falar sobre a crise: a jurisprudência da crise sob uma perspectiva pragmática.> Acesso em: 05 ago. 2020.

MENDES, Ferreira Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O Supremo Tribunal Federal e a pandemia da Covid-19**. ConJur, 2020. Disponível em: < ConJur - O Supremo Tribunal Federal e a pandemia de Covid (página 1 de 3)>. Acesso em: 26 set. 2020.

MIRANDA, Felipe Arady. **Direitos Fundamentais em tempos de crise econômico-financeira**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais na crise**. In: MORAIS, Carlos Blanco de; MENDES, Gilmar Ferreira. III Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Estado de Direito, direitos fundamentais e combate à corrupção na interface Portugal/Brasil. Brasília: IDP, 2015.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. **A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional Português (2011-2013)**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. ISSN 1982-4564.

QUEIROZ, Cristina. **O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2014.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Rogério Luiz Nery da; SANTOS, Cristiane Brum. **Reflexos da proibição de retrocesso na efetividade dos direitos sociais: limites aos limites dos direitos sociais na deflagração de crise econômica.** Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 2 (2017). Disponível em: <[daSilva \(imed.edu.br\)](mailto:daSilva@imed.edu.br)>. Acesso em: 21 ago. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

DUPLA NACIONALIDADE COMPARADA ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: NOVOS ENTENDIMENTOS NA POLÍTICA DE DESENCORAJAMENTO

A COMPARISON OF DUAL CITIZENSHIP BETWEEN BRAZIL AND THE UNITED STATES OF AMERICA: NEW UNDERSTANDINGS REGARDING THE DISCOURAGEMENT POLICY

Amanda de Moura Cañizo¹

Resumo: O presente artigo objetiva analisar como a dupla nacionalidade, na sociedade pós-moderna, pode representar uma estratégia favorável ao indivíduo e a ambos os Estados com os quais possui vínculo. Adota-se a metodologia indutiva, utilizando-se da revisão bibliográfica e jurisprudencial norte-americana e brasileira. Em um primeiro momento, o estudo evidencia o surgimento do instituto da nacionalidade para explicar os motivos por trás da política de desencorajamento à dupla nacionalidade ter sido adotada no mundo afora. Foram escolhidos os Estados Unidos da América e o Brasil como parâmetros para investigação, representando países com notório fluxo imigratório e emigratório, respectivamente. A pesquisa analisa as tratativas conflitantes de ambos os países com vistas a alcançar o objetivo mencionado e elucidar as questões mais atuais acerca do tema, incluindo o futuro da dupla nacionalidade após a pandemia da Covid-19.

Palavras-chave: Nacionalidade; Dupla nacionalidade; Estados Unidos da América; Brasil; Política de desencorajamento.

¹ Acadêmica de Direito no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) de Brasília. Bolsista de Iniciação Científica (PROIC/2021) na linha de Direito Internacional e integrante do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado e União Europeia na mesma Instituição. Estagiária jurídica no escritório Joyce Dias Advocacia, atuando nas áreas de *International Corporate Law* e *Expats*. Contato: amanda@joycedias.adv.br

Abstract: This article aims to analyze how dual citizenship, in postmodern society, can represent a favorable strategy for the individual and both States with which they have a bond. The inductive methodology is adopted, using literature review and North American and Brazilian jurisprudence. At first, the study highlights the emergence of the citizenship institute to explain the reasons why the dual citizenship discouragement policy was once adopted throughout the world. The United States of America and Brazil were chosen as parameters for the investigation, representing countries with notorious immigration and emigration flows, respectively. The research analyzes the conflicting behavior of both countries with the purpose of achieving the aforementioned goal and elucidating the most current issues on the subject, including the future of dual citizenship after the Covid-19 pandemic.

Keywords: Citizenship; Dual citizenship; United States of America; Brazil; Discouragement policy.

INTRODUÇÃO

“Aquele que sabe um, não sabe nenhum”.² Apesar de Goethe ter se debruçado sobre os estudos da linguagem, pode-se argumentar que sua perspectiva se aplica aos demais campos da ciência, em especial, ao objeto do estudo do presente artigo: o Direito. A pesquisa comparada e o cotejo entre ordenamentos jurídicos são, muitas vezes, a chave para se entender verdadeiramente um instituto comum, no caso, a nacionalidade. Prevista, como será exposto nos próximos tópicos, pelos franceses, e com efeitos diferentes para os países do Norte Global e do Sul Global, dos quais fez-se a escolha por estudar as tratativas dos Estados Unidos da América e do Brasil.

Conforme se elucidava no artigo, a nacionalidade foi entendida por muitos séculos como um vínculo exclusivo entre o Estado e o indivíduo, de modo que não era encorajada a existência de sujeitos desleais, ou no termo jurídico, binacionais. Ocorre que, como se espera de uma ciência que não é estanque, a sociedade e a comunidade jurídica internacional procuram, hoje,

² RATCLIFFE, Susan (org.). *Oxford Essential Quotations*. Oxford: Oxford University Press, 2017. Tradução livre.

abandonar a política de desencorajamento à dupla nacionalidade (terminologia de cunho autoral).

Lançando olhares para os Estados Unidos, fica evidente a adoção de uma abordagem contemporânea sobre a matéria, guiada, em especial, por precedentes da Suprema Corte. Em contraposição, no Brasil, percebe-se uma tratativa conflitante, ainda pautada, por vezes, nas concepções antigas da dupla nacionalidade, com alguns esforços recentes de modernização da questão.

Diante desse contexto, surge a questão cerne de pesquisa do presente artigo, que permeia as tratativas tanto brasileiras quanto norte-americanas: por que uma política de encorajamento à dupla nacionalidade seria favorável ao indivíduo e aos Estados com os quais possui vínculo, seja um país de forte fluxo emigratório ou imigratório? E, ainda, outras questões específicas que geram uma provocação na construção desse tema: como surgiram a nacionalidade e a política de desencorajamento à dupla nacionalidade e como os Estados Unidos e o Brasil vêm abordando o tema? Por fim, também se questiona se tensões geopolíticas e crises sanitárias têm algum papel na formulação dessa resposta.

A relevância em investigar o referido problema de pesquisa está no fato de que ainda não há entendimento sólido no Brasil a respeito do tema, com tratativas conflitantes no Judiciário ao longo do tempo. No mais, a questão toca pontos sensíveis relacionados à qualidade de vida dos indivíduos e à soberania dos Estados, além de intercomunicar várias matérias, como o Direito Internacional Público, o Direito Internacional Privado e o Direito Constitucional. Por fim, não há estudo farto sendo conduzido nos efeitos da dupla nacionalidade em que se compara a abordagem de dois ou mais países, sendo imprescindível realizar esse cotejo e antecipar prospecções futuras acerca do tema, em especial por conta dos efeitos da pandemia da Covid-19 no instituto da dupla nacionalidade.

Adota-se a metodologia indutiva, utilizando-se da revisão bibliográfica e jurisprudencial norte-americana e brasileira.

1. A NACIONALIDADE E SUAS PREVISÕES NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A Constituição Francesa de 1791 foi a primeira codificação a prever uma disposição formal de nacionalidade, explicitando quem seria considerado nacional francês e em que casos

esse status seria perdido.³ A nacionalidade foi fruto da Revolução Francesa, da luta por igualdade civil e representação política, à medida que “transformou um grupo de súditos, vassallos e membros de comunidades restritas em um corpo de cidadãos de um e do mesmo Estado, (...) que formou uma massa coerente dentro de fronteiras claramente definidas.”⁴

Como se vê, tal instituto expressava o clamor pela igualdade e a oposição ao privilégio, conforme se extrai das palavras de Sieyès no panfleto mais famoso da Revolução Francesa, *Qu'est-ce que le tiers État? (O que é o terceiro Estado?)*:

Eu imagino o direito como estando no centro de um grande globo; todos os cidadãos, sem exceção, posicionam-se equidistantes na superfície e ocupam lugares iguais ali; todos são igualmente dependentes do direito, todos lhe apresentam sua liberdade e sua propriedade para que sejam protegidos; e é isso que eu chamo de *direitos comuns* (*droits comuns*) dos cidadãos, os direitos em relação aos quais todos são iguais.⁵

Desse modo, cria-se um cenário em que certos indivíduos estariam unidos pelas mesmas obrigações e pelos mesmos direitos frente a um Estado, que teria o domínio reservado de escolhê-los, *i.e.*, de dispor os critérios que serão utilizados para qualificação do seu povo.

Hoje, no Brasil, utilizam-se os critérios *jus soli* e *jus sanguinis* para caracterização de brasileiro nato, de modo que será nacional quem no território nasceu, desde que os pais não sejam estrangeiros e estejam a serviço do seu país (v. art. 12, I, “a”, da CRFB), bem como os nascidos no estrangeiro, desde que (i) um dos pais seja brasileiro e esteja a serviço do Brasil (v. art. 12, I, “b”, da CRFB); (ii) sendo um dos pais brasileiro, haja o registro do nascimento em repartição brasileira ou venham a residir no Brasil e optem a qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira (v. art. 12, I, “c”, da CRFB). Adicionalmente,

³ A primeira hipótese de perda, prevista no item 6 do Título II da Constituição, seria pela naturalização em um país estrangeiro.

⁴ BRUBAKER, William. *The French Revolution and the invention of citizenship. French Politics and Society*, vol. 7, n. 3, pp. 30-49, 1989. Tradução livre.

⁵ BRUBAKER, William. *The French Revolution and the invention of citizenship*. Apud: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Geneva: Droz, 1970. Tradução livre.

também será nacional brasileiro aquele que passar pelo processo de naturalização ordinária⁶, extraordinária⁷, especial⁸ ou provisória⁹ (v. art. 64 da Lei 13.445/2017).

Nos Estados Unidos, há a previsão do critério *jus soli* na 14ª Emenda à Constituição¹⁰: “todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a esta jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do estado no qual residam.”¹¹

Adiante, será nacional aquele nascido no estrangeiro, contanto que (i) ambos os pais¹² sejam norte-americanos, estejam casados (no momento do nascimento ou em até 300 dias após a separação por morte ou divórcio), e ao menos um tenha residido nos Estados Unidos¹³ antes do nascimento (v. seção 301 (c) do *Immigration and Nationality Act* – INA); (ii) ambos os pais estejam casados, ao menos um seja norte-americano e tenha estado fisicamente presente¹⁴ nos Estados Unidos pelo período de tempo determinado na seção 301 (g) do *Immigration and Nationality Act* antes do nascimento¹⁵; (iii) não estando os pais casados, ao menos um seja

⁶ Concedida para quem tem autorização de residência, capacidade civil no Brasil, fluência em português, residência por 4 anos ininterruptos no Brasil (podendo ser diminuído para 1 ano se tiver filho ou companheiro brasileiro; se tiver prestado serviço relevante para o Brasil; ou se tiver capacidade científica, intelectual, comprovadamente relevante para o Brasil) e não tem condenação penal.

⁷ A naturalização extraordinária, também prevista no art. 12, II, CRFB, se destina aos estrangeiros que a requererem e cumprirem os requisitos: (i) morar no Brasil há 15 anos ininterruptos (para os estrangeiros originários de países de língua portuguesa, basta residência por 1 ano ininterrupto, v. art. 12, II, “a”, CRFB); (ii) não ter condenação penal (i.e., comprovação de idoneidade moral).

⁸ A naturalização especial pode ser conferida ao estrangeiro que não reside no Brasil, se: (i) tiver trabalhado em missão consular ou diplomática para o Brasil por mais de 10 anos ininterruptos; (ii) se estiver casado ou com companheiro brasileiro há mais de 5 anos, desde que este brasileiro esteja à serviço do Brasil no exterior.

⁹ A naturalização provisória é concedida para crianças que tiverem fixado residência no Brasil até os 10 anos de idade e, se desejarem mantê-la definitivamente, podem apresentar pedido formal até 2 anos após adquirida a maioridade civil. Ressalvadas as crianças de pai ou mãe brasileira nascidas no estrangeiro sem registro na repartição competente, que vindo a residir no Brasil e atingida a maioridade, poderão requerer a nacionalidade originária brasileira a qualquer tempo.

¹⁰ UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Constitution*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/constitution>>. Acesso em: mar. 2021. Tradução livre.

¹¹ Serão também nacionais por critério *jus soli* aqueles nascidos em Porto Rico, Guam, Virgin Islands e nas Northern Mariana Islands.

¹² Sendo “pais” aqueles que forem assim legalmente considerados pela lei local no tempo e no lugar de nascimento.

¹³ Sendo também possível ter constituído residência nas “propriedades periféricas” dos Estados Unidos: Swains Island e American Samoa.

¹⁴ Ou seja, não houve qualquer saída dos EUA, mesmo que para viagens de curto período.

¹⁵ Para nascimentos em ou após 14 de novembro de 1986, o pai nacional precisa ter estado fisicamente presente nos Estados Unidos ou em uma de suas propriedades periféricas por 5 anos antes do nascimento do filho, desde que em ao menos duas vezes estivesse presente após completar 14 anos de idade. Para nascimentos entre 24 de dezembro de 1952 e 13 de novembro de 1986, o pai nacional deve ter estado fisicamente presente nos Estados Unidos ou em uma de suas propriedades periféricas por 10 anos antes do nascimento do filho, desde que ao menos cinco vezes estivesse presente após completar 14 anos de idade.

norte-americano, cumpridos os pré-requisitos das seções 309 (a)¹⁶ e 309 (c)¹⁷ do *Immigration and Nationality Act*.

Em relação às crianças que não adquiriram a nacionalidade estadunidense pelo critério *jus soli*, a legislação aplicada será o *Child Citizenship Act* de 2000 (desde que o interessado não tenha completado 18 anos na data de vigência do ato, *i.e.*, 27 de fevereiro de 2001), o qual adicionou a seção 320 no INA, estabelecendo os seguintes critérios: (i) ter ao menos um pai nacional dos EUA, por nascimento ou naturalização, que esteve fisicamente presente nos EUA por ao menos cinco anos, e em ao menos duas vezes estivesse presente após completar 14 anos de idade¹⁸; (ii) ser admitido nos EUA como imigrante com visto de residência permanente¹⁹; (iii) depois de admitido, residir no país na custódia física e legal de um pai norte-americano; e (iv) se for adotado, sua adoção foi finalizada e está apta ao reconhecimento pelo estado dos EUA onde reside.

Por fim, será nacional dos Estados Unidos quem passar pelo processo de naturalização admitido pelo país: (i) ser portador de um *green card* (considerado o visto de residência permanente dos Estados Unidos); (ii) comprovar residência nos EUA por ao menos três²⁰ ou cinco anos²¹ antes da data em que se iniciou o processo de naturalização; (iii) ter ao menos 18 anos de idade na data em que se iniciou o processo de naturalização; (iv) demonstrar bom

¹⁶ Se a pessoa nasceu no exterior em ou após 14 de novembro de 1986 (bem como as pessoas nascidas entre 15 de novembro de 1968 e 13 de novembro de 1971) e: (i) uma relação de sangue entre a pessoa e o pai fosse estabelecida por evidências claras e convincentes; (ii) o pai fosse um nacional dos EUA no momento do nascimento da pessoa; (iii) o pai (a menos que falecido) concordasse por escrito em fornecer apoio financeiro à pessoa até atingir a idade de 18 anos; e (iv) enquanto a pessoa tivesse menos de 18 anos: fosse considerado filho legítimo de acordo com a lei de sua residência ou domicílio, o pai reconhecesse a sua paternidade por escrito sob juramento, ou a paternidade da pessoa fosse reconhecida por decisão de um tribunal competente. Cumpridos esses pré-requisitos, a pessoa poderá se qualificar para receber a nacionalidade norte-americana prevista na seção 301 (g) do INA, uma vez observados os requisitos dispostos nesta.

¹⁷ Se a pessoa nasceu no exterior entre 24 de dezembro de 1952 e 11 de junho de 2017 e a mãe fosse nacional dos EUA no momento do nascimento da pessoa e se estivesse fisicamente presente nos EUA ou em uma de suas propriedades periféricas por um período contínuo de um ano antes do nascimento. Adicionalmente, à luz da decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Sessions v. Morales-Santana* (2017), uma pessoa nascida no exterior, fora do casamento e com mãe nacional dos EUA no momento do nascimento, poderá se qualificar para receber a nacionalidade norte-americana prevista na seção 301 (g) do INA, uma vez observados os requisitos dispostos nesta.

¹⁸ Se nenhum dos pais da criança cumprir esse requisito, um dos avós deve cumprir.

¹⁹ Ou, morando no exterior, a criança estiver sob a custódia legal e física de um pai nacional dos EUA, e está temporariamente presente nos EUA por uma admissão legal, mantendo esse status legal.

²⁰ Cumprindo os demais requisitos, uma pessoa pode se qualificar para o processo de naturalização se tiver residido permanentemente nos EUA por ao menos três anos, (i) for casada e morar no mesmo domicílio que um nacional americano; (ii) for casada a pelo menos três anos com um nacional americano; (iii) o cônjuge for nacional americano a pelo menos três anos; (iv) nos últimos três anos, não tiver saído do país por 18 meses ou mais; e (v) nos últimos três anos, não tiver feito uma viagem fora dos EUA que tenha durado 1 ano ou mais.

²¹ Sendo que, nos últimos cinco anos, (i) o indivíduo não poderá ter saído dos EUA por 30 meses ou mais; nem (ii) ter feito uma viagem fora dos EUA que tenha durado 1 ano ou mais.

conhecimento da língua inglesa e dos Estados Unidos (no âmbito da história do país e da sua organização estatal, principalmente); e (v) comprovar idoneidade moral.²²

Assim, são esses os suportes legais aduzidos pelas legislações brasileira e norte-americana que merecem ser observados neste trabalho.

1.1 A REAÇÃO À DUPLA NACIONALIDADE: O SURGIMENTO DA POLÍTICA DE DESENCORAJAMENTO E REPERCUSSÕES NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Ao passo que a nacionalidade foi um instrumento de identificação popular e igualdade, também representou um ganho significativo para soberania do Estado, criando uma forma imediata de filiação. “Com ela se permitiu uma expansão na taxação direta por parte do ente tributante, (...) bem como permitiu ao Estado demandar serviço militar de todo cidadão e regular estrangeiros.”²³

Em uma época marcada por conflitos militares, em que o poder do Estado era medido pela quantidade de soldados, a nacionalidade se tornou um acordo entre partes, “um relacionamento recíproco, porquanto o Estado oferece a sua proteção ao indivíduo, que, em troca, oferece a sua aliança”.²⁴ *A priori*, tal ônus suportado pelo cidadão já havia sido vislumbrado desde os panfletos da Revolução Francesa, conforme citado previamente neste artigo: “(...) todos lhe apresentam sua liberdade e sua propriedade para que sejam protegidos.”²⁵

Ocorre que este lema de lealdade foi responsável pela má reputação conferida à dupla nacionalidade, ao tempo em que a aliança entre o indivíduo e o Estado restou configurada como perpétua e imutável. Nesse sentido, o então *U.S. Attorney General*, Jeremiah Black²⁶, afirmou: “nenhum governo permitiria que um de seus súditos dividisse sua aliança entre dois soberanos, pois todos sabem que um homem não pode servir a dois mestres.”

²² UNITED STATES OF AMERICA. Naturalization Eligibility Worksheet Instructions. Disponível em: <<https://www.uscis.gov/sites/default/files/document/guides/M-480.pdf>>. Acesso em: mar. 2021.

²³ BRUBAKER, William. *The French Revolution and the invention of citizenship. French Politics and Society*, vol. 7, n. 3, pp. 30-49, 1989. Tradução livre.

²⁴ HACKWORTH, Green Haywood. *Digest of International Law*. Washington: Government Printing Office, 1940. Tradução livre.

²⁵ BRUBAKER, William. *The French Revolution and the invention of citizenship*. Apud: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Geneva: Droz, 1970. Tradução livre.

²⁶ No cargo durante a presidência de James Buchanan, no período de 1857 a 1861.

Como se observa, o binacional foi considerado “frequentemente uma vergonha e um problema para si mesmo e para o seu governo, pois seria um homem de lealdades e deveres divididos, e por vezes conflitantes”²⁷, sendo assim um fardo para a soberania de um país.

Isso porque, ao reconhecer a dupla nacionalidade, um Estado aceita um indivíduo com obrigações distintas, abdicando da exclusividade da sua legislação interna e dos seus desejos diplomáticos. Por exemplo, o binacional pode ser conscrito em serviço militar, tarifado, levado a julgamento e condenado por um dos países com os quais possui vínculo, e se o outro não concordasse, um conflito surgiria.²⁸

Essa visão de intolerância concernente a um país se submeter a legislação de outro é um desafio inerente ao Direito Internacional Privado, o que resultou na colocação de limites à hipótese de dupla nacionalidade nas legislações internas dos países. Historicamente, tais limites se materializavam pela perda da nacionalidade em razão de naturalização, obrigatória ou não, em outro Estado soberano. Para os indivíduos que já nasciam binacionais (uma resultante do critério *jus sanguinis* e outra de *jus soli*), foi criado o mecanismo da “eleição”, segundo o qual era devido que este particular escolhesse apenas uma afiliação quando atingisse a maioridade civil.²⁹

No Brasil, hoje, a dupla nacionalidade só é cabível em virtude de naturalização compulsória (art. 12, parágrafo 4º, II, “b”, CRFB) ou pelo reconhecimento de outra nacionalidade originária na legislação do país estrangeiro (art. 12, parágrafo 4º, II, “a”, CRFB),³⁰ sendo que a primeira só é considerada legítima no direito pátrio quando for condição para permanência do brasileiro no território estrangeiro ou para o exercício de direitos civis.

²⁷ GORDON, Captain David S. *Dual nationality and the United States citizen*. *Military Law Review*, vol. 102, pp. 181-190, 1983. Tradução livre.

²⁸ Tais conflitos hoje podem ser resolvidos, por exemplo, pelo critério da “nacionalidade mais efetiva”, primeiro apresentado pela Corte Internacional de Justiça no Caso Nottebohm, mas que não será objeto de análise no presente estudo. In: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala). Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/18>>. Acesso em: jul. 2021.

²⁹ PARMEGGIANI GOMES, Tatiana B.; MOURA CAÑIZO, Amanda de. A evolução da política de desencorajamento à dupla nacionalidade: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos da América. In: MÓNACO, Gustavo (org.); CAMARGO, Solano de (org.); SANTORO, Raquel (org.). *Direito Internacional Privado: suas intersecções e o impacto da Covid-19*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Internacional Privado, 2021.

³⁰ Os autores Carolina Noronha e Caio Gomes de Freitas apontam que a finalidade da EC n. 3/1994, que adicionou às exceções para manutenção da nacionalidade brasileira mesmo em face da aquisição de outra, era assegurar que não se rompessem automaticamente os laços com a “diáspora brasileira”. In: FREITAS, Caio G.; NORONHA, Carolina. A perda da nacionalidade brasileira: o imbróglgio jurídico do art. 12, parágrafo 4º, da CF e a PEC nº 6/2018. In: MÓNACO, Gustavo (org.); CAMARGO, Solano de (org.); SANTORO, Raquel (org.). *Direito*

Já nos Estados Unidos, o *Immigration and Nationality Act* (INA) não faz óbice expressa à dupla nacionalidade, mas prevê algumas hipóteses de perda da nacionalidade norte-americana no parágrafo 349(a), impostas quando alguém as praticar de forma voluntária e com a intenção de abdicar do seu status de nacional norte-americano.³¹ Entre elas: a naturalização em Estado estrangeiro após atingida a idade de 18 anos; fazer juramento ou declarar aliança a Estado estrangeiro após atingida a idade de 18 anos; servir nas Forças Armadas de Estado estrangeiro em conflito com os Estados Unidos ou servir como oficial de carreira do exército de Estado estrangeiro. Pela leitura dos dispositivos, fica clara a influência histórica de asseguramento por poderio militar e intolerância a indivíduos “sem lealdade”.

1.2 A MUDANÇA DO PARADIGMA: A DUPLA NACIONALIDADE ENQUANTO ESTRATÉGIA FAVORÁVEL AOS INDIVÍDUOS

Conforme aduzem Yossi Harpaz e Pablo Mateos³², dando luz ao novo paradigma do trânsito da dupla nacionalidade enquanto estratégia favorável aos indivíduos, tem-se que a ascensão do liberalismo influenciou no tratamento da matéria, nos seguintes termos: (a) produzindo uma mudança no final do século XIX de uma nacionalidade como representante de uma aliança perpétua e imutável para um status eletivo (mas ainda exclusivo); e (b) uma segunda mudança no final do século XX de uma nacionalidade exclusiva para sobreposta, o que, em troca, forma a base para a Era da nacionalidade estratégica.

A definição de nacionalidade, hoje, não gira e não deve mais girar em torno tão somente das exigências que advêm do vínculo firmado entre o indivíduo e o Estado, abrindo espaço para busca do sentimento de pertença, cultural e social, como consigna a doutrina contemporânea. Seria “o vínculo jurídico entre um Estado e um indivíduo, pressupondo uma ligação de caráter sociológico entre o indivíduo e o Estado de tal forma que se possa dizer que há uma relação de identificação entre aquele e este.”³³

Internacional Privado: suas intersecções e o impacto da Covid-19. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Internacional Privado, 2021.

³¹ Interpretação concedida por precedentes da Suprema Corte, como será demonstrado adiante.

³² HARPAZ, Yossi; MATEOS, Pablo. *Strategic citizenship: negotiating membership in the age of dual nationality*. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 45, pp. 843-857, 2019.

³³ MARQUES DOS SANTOS, António. *Estudos de direito da nacionalidade*. Coimbra: Almedina, 1998.

Nessa linha, os binacionais são sujeitos mistos que têm essa particularidade de acumular dentro de si dois nativos diferentes.³⁴ Em especial, quando se lançam olhares para União Europeia, percebe-se desde logo uma opção pelo critério *jus sanguinis* nas legislações dos Estados-membros³⁵ com vistas a resgatar os europeus emigrantes durante e após as Guerras Mundiais. Como leciona Tatiana Bruhn Parmeggiani Gomes, “ignorar tais sentimentos, de uma forma extremada, poderia ser visto como o ato de apagamento da nossa própria existência.”³⁶

Mas, para além deste aporte sociocultural, a dupla nacionalidade passa a ser procurada pelos indivíduos e considerada atrativa pela esperança de uma qualidade de vida melhor. Esse é um dos maiores motivos pelos quais *receiving states* (Estados-destino), como os Estados Unidos, são caracterizados pelo seu forte fluxo migratório. Nas palavras de Yossi Harpaz, “a nacionalidade é o fator mais importante a afetar as chances de vida de alguém, mais ainda do que classe, gênero ou raça.”³⁷

É notório que há nacionalidades que têm o condão de macular automaticamente o caráter destes indivíduos nos olhos das autoridades alfandegárias; majoritariamente de origem africana e asiática, em especial a região do Oriente Médio, são tidos como suspeitos quando cruzam fronteiras internacionais. Para essas pessoas, a busca pelo padrão de vida dos Estados do Norte Global se dá, principalmente, em razão de mobilidade, leia-se:

O conceito de nacionalidade estratégica surge a partir da noção de uma hierarquia global de nacionalidades, que proporciona o contexto no qual indivíduos galgam uma segunda nacionalidade. Buscando maximizar utilidade, eles esperam que a segunda nacionalidade os ofereça vantagens econômicas, mobilidade global, uma sensação de segurança ou até mesmo um maior status social.³⁸

Em se tratando de países intermediários, a segunda nacionalidade age mais como uma “nacionalidade-seguro”. Os dados apontam que milhões de pessoas desses locais adquiriram

³⁴ DUFOUR, Ferdinand Marc. *La double nationalité*. Lausanne: *La Concorde*, 1933. Tradução livre.

³⁵ EUROPEAN PARLAMENT. *Acquisition and loss of citizenship in EU Member States: key trends and issues*. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625116/EPRS_BRI\(2018\)625116_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625116/EPRS_BRI(2018)625116_EN.pdf)>. Acesso em: ago. 2021.

³⁶ PARMEGGIANI GOMES, Tatiana B. *Dupla nacionalidade no Brasil: acordos afetivos na construção de um entendimento*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-03/tatiana-parmeeggiani-dupla-nacionalidade-brasil>>. Acesso em: mai. 2021.

³⁷ “O fato de que a humanidade é mais estratificada pela nacionalidade do que pela classe é evidente pela grande diferença de renda entre países ricos e pobres”. HARPAZ, Yossi. *Citizenship 2.0: Dual Nationality as a Global Asset*. Princeton: Princeton University Press, 2019. Tradução livre.

³⁸ HARPAZ, Yossi; MATEOS, Pablo. *Strategic citizenship: negotiating membership in the age of dual nationality*. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 45, pp. 843-857, 2019. Tradução livre.

outra nacionalidade sem imigrar³⁹, valendo-se de suas ancestralidades ou capital econômico para assegurar uma vantagem global no futuro. Esse é um cenário muito conhecido no Brasil (em se tratando de um *sending state*, Estado emigratório, e um país intermediário), visto que vários nacionais buscam o reconhecimento de nacionalidades europeias pelo critério *jus sanguinis* sem necessariamente deixar o país.⁴⁰

Contudo, o Estado brasileiro pode viver uma diáspora mais significativa desde a pandemia da Covid-19, pois, em razão da grave crise sanitária que assolou a população, houve um aumento no número de pedidos de reconhecimento da dupla nacionalidade.⁴¹

No mais, porquanto se pensava que uma segunda nacionalidade para os cidadãos de *receiving states* traria poucos efeitos práticos, a pandemia da Covid-19 provou, de modo avassalador, o contrário. Entre os países que reportaram os maiores números de casos, a nacionalidade compensatória, sobreposta⁴² ou *à la carte*⁴³ também será adquirida para assegurar a liberdade destes indivíduos de se moverem no futuro. Como coloca Valeriya Safronova em sua matéria “O Novo Símbolo do Status Americano? Um Segundo Passaporte” no *New York Times*,⁴⁴ o número de pedidos de reconhecimento de outras nacionalidades aumentou nos Estados Unidos em 2020.

1.3 O RECONHECIMENTO DO NOVO CENÁRIO: A DUPLA NACIONALIDADE ENQUANTO ESTRATÉGIA FAVORÁVEL AOS ESTADOS

³⁹ HARPAZ, Yossi. *Citizenship 2.0: Dual Nationality as a Global Asset*. Princeton: Princeton University Press, 2019. Tradução livre.

⁴⁰ WEISS, Cristian. Em 15 anos, 170 mil brasileiros obtiveram cidadania europeia. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/em-15-anos-170-mil-brasileiros-obtiveram-cidadania-europeia/a-49645185>>. Acesso em: ago. 2021.

⁴¹ ORLANDO, Giovanna. *Interesse por cidadania europeia aumenta até 200% na pandemia*. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/internacional/interesse-por-cidadania-europeia-aumenta-ate-200-na-pandemia-19042021>>. Acesso em: ago. 2021.

⁴² Termos utilizados por Yossi Harpaz para se referir à nacionalidade adquirida por estratégia. In: HARPAZ, Yossi. *Citizenship 2.0: Dual Nationality as a Global Asset*. Princeton: Princeton University Press, 2019. Tradução livre.

⁴³ Termo utilizado por David FitzGerald, em referência à autonomia de que gozam os binacionais em decidir quando e como usufruirão dos benefícios de sua segunda nacionalidade. In: HARPAZ, Yossi. *Citizenship 2.0: Dual Nationality as a Global Asset*. Princeton: Princeton University Press, 2019. Tradução livre.

⁴⁴ SAFRONOVA, Valeriya. *The New American Status Symbol? A Second Passport*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/08/20/style/golden-visa-second-passport-dual-citizenship.html>>. Acesso em: mai. 2021. Tradução livre.

Diversamente da época em que imperava o desencorajamento à dupla nacionalidade, percebe-se que seus fundamentos não prosperam na conjuntura internacional pós-moderna. Conforme aponta Peter J. Spiro:

Há poucas questões em que a vitória de um Estado representa a derrota de outro. Pelo contrário, problemas globais são agora, majoritariamente, problemas comuns, nos quais ações internacionais coordenadas resultam em ganhos gerais para todos os Estados. (...) Em um mundo cada vez mais marcado pela mobilidade e pela interdependência, a política estrita de demarcar nacionalidades parece fútil e improdutivo.⁴⁵

Ao passo que o Direito representa um sistema moldável, em constante evolução, é natural que este se adeque às vontades da sociedade ao decorrer do tempo. Passando, como visto, de um período marcado por conflitos e noções de aliança e proteção, passa-se à busca pelo pertencimento, até a expansão final para nacionalidade como estratégia favorável ao indivíduo e a ambos os Estados com os quais possuir vínculos.

Essa é a nova realidade, sobretudo, de *sending states*. Para esses Estados em desenvolvimento, caracterizados pela sua forte emigração, a naturalização em um país desenvolvido reforça um senso de solidariedade transnacional⁴⁶, em que se espera que esses indivíduos reinvestam no seu país de origem, possivelmente melhorando a qualidade de vida de quem ficou para trás. Em 1989, por exemplo, foi verificado que imigrantes colombianos nos Estados Unidos estavam enviando cerca de 17% da sua renda de volta para Colômbia.⁴⁷ Em 2020, foram mais de US\$ 2,407 bilhões enviados para o Brasil, já que, com a alta do dólar, as remessas de brasileiros que residem no exterior aumentaram ainda mais.⁴⁸ Desse modo, binacionais representariam remédios para a economia local, justificando o interesse de *sending states* em manter laços com esses indivíduos.

Em razão disso, muitos desses Estados hoje permitem a retenção da nacionalidade originária após a aquisição de outra. O México, por exemplo, mudou a sua lei em 1998 para permitir que mexicanos pudessem manter a nacionalidade pátria quando se naturalizassem nos

⁴⁵ SPIRO, Peter J. *What everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2020. Tradução livre.

⁴⁶ Termo autoral de Michael Jones-Correa.

⁴⁷ JONES-CORREA, Michael. *Under two flags: dual nationality in Latin America and its consequences for naturalization in the United States*. *International Migration Review*, vol. 35, pp. 997-1029, 2001.

⁴⁸ DIAS, Joyce; PARMEGGIANI GOMES, Tatiana B.; MOURA CAÑIZO, Amanda de. A PEC 6/2018 e a ausência de disposição transitória. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-jun-30/opiniao-pec-62018-ausencia-disposicao-transitoria>>. Acesso em: jun. 2021.

Estados Unidos ou em outro país. No mesmo sentido, a Turquia (em 1981), a República Dominicana (em 1994) e as Filipinas (em 2003).⁴⁹

Em relação a *receiving states*, Michael Jones-Correa aponta que o encorajamento da dupla nacionalidade nesses países ajuda a promover a estabilidade em Estados em desenvolvimento, bem como fortalece a instituição democrática do governo, tirando da margem os imigrantes, para que possam exercer papéis políticos, econômicos e sociais propriamente.⁵⁰ Com efeito lógico, a nacionalidade garante melhores oportunidades de emprego para esses indivíduos, o que repercute na produção do país de forma integral, de modo que o imigrante se torna: trabalhador, consumidor e contribuinte.

O relatório de 2014 publicado no *Migration Policy Debates* da OCDE sugere, por exemplo, que: (i) os imigrantes foram responsáveis por 47% do aumento da força de trabalho nos Estados Unidos e 70% na Europa nos últimos dez anos; (ii) os imigrantes contribuem mais em impostos e contribuições sociais do que recebem em benefícios; (iii) o emprego é o maior determinante da contribuição fiscal líquida dos imigrantes; (iv) os imigrantes chegam com habilidades e contribuem para o desenvolvimento do capital humano dos países de destino; e (v) os imigrantes também contribuem para o progresso tecnológico.⁵¹ No mesmo sentido, o estudo conduzido pelo *Center for American Progress*, em 2021, indica que, para próxima década, fornecer um caminho para a aquisição da nacionalidade norte-americana para todos os imigrantes indocumentados aumentaria o PIB dos EUA em um total acumulado de US\$ 1,7 trilhão em 10 anos e criaria 438.800 novos empregos.⁵²

Seguindo essa tendência, corrobora Yossi Harpaz⁵³ que, na década de 1990, ocorreu uma guinada nas políticas de *receiving states*, visto que os Estados Unidos, o Canadá e a Nova

⁴⁹ SPIRO, Peter J. *What everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2020. Tradução livre.

⁵⁰ JONES-CORREA, Michael. *Under two flags: dual nationality in Latin America and its consequences for naturalization in the United States*. *International Migration Review*, vol. 35, pp. 997-1029, 2001.

⁵¹ OCDE. *Is migration good for the economy?* Disponível em: <<https://www.oecd.org/migration/OECD%20Migration%20Policy%20Debates%20Numero%202.pdf>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

⁵² PERI, Giovanni; ZAIOUR, Reem. *Citizenship for Undocumented Immigrants Would Boost U.S. Economic Growth*. Disponível em: <<https://www.americanprogress.org/issues/immigration/reports/2021/06/14/500433/citizenship-undocumented-immigrants-boost-u-s-economic-growth/>>. Acesso em: ago. 2021.

⁵³ HARPAZ, Yossi. *Citizenship 2.0: Dual Nationality as a Global Asset*. Princeton: Princeton University Press, 2019.

Zelândia passaram a permitir a dupla nacionalidade, com a Austrália se juntando a eles em 2002.⁵⁴ Ainda, refere-se:

Na Europa Ocidental, cerca de 30% dos países permitiam a dupla nacionalidade em 1990 (incluindo a França, o Reino Unido, a Irlanda e Portugal); entre 1990 e 2016, metade dos países da Europa Ocidental mudaram suas leis para permitir a dupla nacionalidade.⁵⁵

Desse modo, a nova política adotada pela maioria dos países, tanto imigratórios quanto emigratórios, contribui para a mudança no conceito de nacionalidade, que agora representa um meio estratégico, um status adquirível e cumulável, diretamente relacionada à autonomia dos indivíduos. Nesse ponto, necessário mencionar:

Até recentemente, mudar do local designado para alguém na “loteria de nascimento” da nacionalidade era um empreendimento extremamente difícil. (...) Hoje, pela vasta difusão da tolerância à dupla nacionalidade, tornou-se muito mais fácil adquirir uma segunda nacionalidade. Essa pode ser adquirida por um simples procedimento burocrático, sem que o indivíduo tenha que sair de seu país de origem ou abraçar uma nova cultura, e sem prejudicar a sua nacionalidade original.⁵⁶

2. OS ENFRENTAMENTOS DA DUPLA NACIONALIDADE NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE DESENCORAJAMENTO NO PAÍS

A cerimônia de naturalização nos Estados Unidos exige que o indivíduo faça um “juramento de fidelidade” ao país (*Oath of Allegiance*), segundo o qual ele expressamente renuncia a qualquer vínculo que possua com outro Estado soberano.⁵⁷ Contudo, esse termo nunca foi exigido, mesmo porque, em certos casos, não era sequer possível abdicar da outra nacionalidade (por conta de políticas de “aliança perpétua” que já vigoraram na Europa, por exemplo). Peter J. Spiro aponta que o juramento possui um caráter meramente simbólico.⁵⁸

Desse modo, é mais relevante analisar os antigos requisitos para concessão da nacionalidade norte-americana, com vistas a entender a evolução da política de desencorajamento à dupla nacionalidade no país.

⁵⁴ Ressalvado que, na Austrália, a dupla nacionalidade é proibida para titulares de cargos políticos.

⁵⁵ HARPAZ, Yossi. *Citizenship 2.0: Dual Nationality as a Global Asset*. Princeton: Princeton University Press, 2019. Tradução livre.

⁵⁶ HARPAZ, Yossi. *Citizenship 2.0: Dual Nationality as a Global Asset*. Princeton: Princeton University Press, 2019. Tradução livre.

⁵⁷ UNITED STATES OF AMERICA. *Naturalization Oath of Allegiance to the United States of America*. Disponível em: < <https://www.uscis.gov/citizenship/learn-about-citizenship/the-naturalization-interview-and-test/naturalization-oath-of-allegiance-to-the-united-states-of-america>>. Acesso em: abr. 2021. Tradução livre.

⁵⁸ SPIRO, Peter J. *What everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

Segundo o *Naturalization Act* de 1870, a naturalização só seria concedida, nos Estados Unidos, para “brancos livres” e pessoas de descendência africana. Em 1922, no caso *Ozawa v. U.S.*, a Suprema Corte denegou a nacionalidade norte-americana a um japonês com base no referido estatuto. Na íntegra, a decisão:

O recorrente, no caso agora em consideração, porém, é claramente de uma raça que não é caucasiana. (...) Um grande número de tribunais federais e estaduais assim decidiu e não encontramos nenhum caso relatado ao contrário. Essas decisões são apoiadas por numerosas autoridades científicas, as quais não consideramos necessário rever. (...) As petições apresentadas em nome do recorrente referem-se em termos complementares à cultura e ao esclarecimento do povo japonês, e com essa estimativa não temos motivos para discordar; mas esses são assuntos que não podem entrar em nossa consideração no presente caso. Não temos outra função no assunto a não ser verificar a vontade do Congresso e declará-la.⁵⁹

Em *Thind v. U.S.*, a Suprema Corte novamente realizou um exame racial para verificar a legitimidade da aquisição da nacionalidade norte-americana por um indiano hindu de alta casta. Lê-se: “Como foi assinalado, a disposição não é que qualquer classe particular de pessoas seja excluída, mas, com efeito, que apenas pessoas brancas devem ser incluídas no privilégio da lei”.⁶⁰ A Corte, então, considerou que os redatores da lei que pautava até então a naturalização nos Estados Unidos não considerariam um indiano como alguém “branco/caucasiano”.

Somente em 1952, com o *McCarran-Walter Act*, os critérios raciais para aquisição da nacionalidade nos EUA foram excluídos e repudiados.⁶¹ Até esse momento, muitos tribunais inferiores declararam imigrantes árabes inelegíveis para naturalizações, por também não considerarem esses povos como suficientemente brancos. Aqui faz-se a escolha pela palavra “suficiente”, pois os imigrantes hispânicos geralmente eram qualificados como brancos e, portanto, podiam se naturalizar.⁶² Certos comparativos eram levados em consideração nessas escolhas, como por exemplo, se a religião adotada por aquele povo era o cristianismo, como na Europa Ocidental (região-parâmetro para branquitude).⁶³

⁵⁹ U.S. SUPREME COURT. *Ozawa v. U.S.*, 260 U.S. 178 (1922). Tradução livre. Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/260/178>>. Acesso em ago. 2021.

⁶⁰ U.S. SUPREME COURT. *Thind v. U.S.* 261 U.S. 204 (1923). Tradução livre. Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/261/204>>. Acesso em: ago. 2021.

⁶¹ UNITED STATES OF AMERICA. *The Immigration and Nationality Act of 1952 (The McCarran-Walter Act)*. Disponível em: < <https://history.state.gov/milestones/1945-1952/immigration-act>>. Acesso em: ago. 2021.

⁶² SPIRO, Peter J. *What everyone needs to know*. Oxford: *Oxford University Press*, 2020. Tradução livre.

⁶³ LALAMI, Laila. *I'm a Muslim and Arab American. Will I Ever Be an Equal Citizen?* Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2020/09/17/magazine/im-a-muslim-and-arab-american-will-i-ever-be-an-equal-citizen.html>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

Em que pese ter passado por grande evolução desde a sua redação original, pela leitura do atual *Immigration and Nationality Act* (INA), que rege a matéria da nacionalidade nos EUA, ainda resta perceptível a influência exercida pela política de desencorajamento à dupla nacionalidade, conforme visto no tópico 1.1 do presente artigo. Guiado pela noção extrema de lealdade, em dado momento, foi prevista inclusive a expatriação do indivíduo que participasse das eleições de outro país, mesmo como eleitor.⁶⁴ Entretanto, ao longo dos anos, o INA foi emendado diversas vezes,⁶⁵ retirando hipóteses da perda da nacionalidade norte-americana. Isso porque a política de nacionalidade do país passou, aos poucos, a tomar uma abordagem mais aberta e humanitária, de acordo com novos precedentes da Suprema Corte.

A exemplo, o caso *Afroyim v. Rusk*, julgado em 1967, lecionou que a Constituição Americana “não permite que o governo retire, por qualquer motivo, a nacionalidade norte-americana legitimamente adquirida, salvo se o indivíduo especificamente pretendesse renunciar a esse status quando cometeu o ato listado no estatuto”.⁶⁶ Anteriormente, em 1952, a Corte já havia dito que a dupla nacionalidade “é um status há muito tempo reconhecido pela lei” e assim “uma pessoa pode ter e exercer direitos advindos da nacionalidade em dois países e ser submetida a responsabilidade em ambos. O mero fato de ela exercer os direitos de uma nacionalidade não significa que ela renuncia à outra”.⁶⁷ Sob essa perspectiva, um nacional pode realizar qualquer um dos atos expatriatórios previstos no INA, vez que a perda da nacionalidade se torna uma escolha totalmente sujeita ao seu exclusivo julgamento. No entanto, importante observar que alguns anos se passaram sem que a política administrativa dos EUA adotasse esses precedentes:

Quando um indivíduo fazia um juramento de naturalização renunciando expressamente à nacionalidade norte-americana (como o juramento de naturalização do México), na ausência de provas em contrário, a expatriação continuou a acontecer. Mesmo no final da década de 1980, o *Department of State*⁶⁸ estava iniciando anualmente 4.500 casos de perda potencial de nacionalidade, dos quais 600 resultaram em expatriação involuntária.⁶⁹

⁶⁴ Essa foi a celeuma do caso *Afroyim v. Rusk*, mas o dispositivo do INA foi desconsiderado pela Suprema Corte no controle de constitucionalidade realizado. O caso será analisado mais a fundo em outro tópico do artigo.

⁶⁵ A emenda de 1978, especificamente, removeu a previsão de perda da nacionalidade pela participação nas eleições de país estrangeiro.

⁶⁶ U.S. SUPREME COURT. *Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253 (1967). Tradução livre. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/387/253>>. Acesso em: abr. 2021.

⁶⁷ U.S. SUPREME COURT. *Kawakita v. U.S.*, 343 U.S. 717 (1952). Tradução livre. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/343/717>>. Acesso em: mai. 2021.

⁶⁸ Equivalente ao Ministério das Relações Exteriores.

⁶⁹ SPIRO, Peter J. *What everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2020. Tradução livre.

O encorajamento à naturalização nos Estados Unidos se tornou evidente na década de 1990, marco em que a dupla nacionalidade começou a ser recepcionada na maioria dos países, como foi demonstrado no decorrer do artigo, como se vê:

Em uma declaração política de 1990, o *Department of State* reverteu sua presunção anterior de que a naturalização de uma pessoa em outro Estado demonstrava a intenção de renunciar à nacionalidade norte-americana. A nova política adotou um padrão administrativo uniforme, segundo o qual os nacionais dos Estados Unidos pretendiam manter sua nacionalidade norte-americana ao se naturalizar em outro país.⁷⁰

Restou ainda mais clara a nova tratativa dos EUA com o *Welfare Reform Act* de 1996⁷¹, que proibiu residentes permanentes (*i.e.*, imigrantes legais) de participar na Previdência Social e programas de cesta básica (os *food stamps*). Outra política que auxiliou neste estímulo foi o programa *Citizenship USA* de 1995 do *Immigration and Naturalization Service* (INS), reduzindo a burocracia do processo de naturalização.⁷² Com efeito, o índice de naturalização nos EUA vem aumentando desde o final da década de 1990.⁷³

Nada obstante, não pode deixar de ser mencionada uma importante, e ainda existente, barreira à dupla nacionalidade nos Estados Unidos: o *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA).⁷⁴

Segundo normativas da autoridade tributária norte-americana (*Internal Revenue Service* - IRS), um nacional norte-americano tem de declarar renda e pagar imposto (IR) nos EUA por mais que viva e seja contribuinte em outro país. Essa é a chamada dupla taxação (*double*

⁷⁰ SPIRO, Peter J. *What everyone needs to know*. Oxford: *Oxford University Press*, 2020. Tradução livre. No site do *Department of State*, as autoridades esclarecem: “A lei dos EUA não menciona dupla nacionalidade ou exige que uma pessoa escolha uma nacionalidade ou outra. Um nacional dos EUA pode se naturalizar em um Estado estrangeiro sem qualquer risco para sua nacionalidade americana”. In: UNITED STATES OF AMERICA. *Dual nationality*. Disponível em: < <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/Advice-about-Possible-Loss-of-US-Nationality-Dual-Nationality/Dual-Nationality.html> >. Acesso em: abr. 2021. Tradução livre.

⁷¹ UNITED STATES OF AMERICA. *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996*. Disponível em: < <https://www.congress.gov/104/plaws/publ193/PLAW-104publ193.pdf> >. Acesso em: mai. 2021. Tradução livre.

⁷² JONES-CORREA, Michael. *Under two flags: dual nationality in Latin America and its consequences for naturalization in the United States*. *International Migration Review*, vol. 35, pp. 997-1029, 2001.

⁷³ UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Naturalization: Annual Flow Report (2020)*. Disponível em: <https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/immigration-statistics/yearbook/2019/naturalizations_2019.pdf>. Acesso em: mai. 2021.

⁷⁴ UNITED STATES OF AMERICA. *Foreign Account Tax Compliance Act*. Disponível em: < <https://www.irs.gov/businesses/corporations/foreign-account-tax-compliance-act-fatca> >. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

taxation). Mas, ao contrário do que é veiculado na mídia, tal política fiscal não representa por si só um empecilho para norte-americanos residentes no exterior, em razão dos Estados Unidos serem signatários de Tratados de Dupla Taxação com diversos países, isentando ou reduzindo o pagamento do imposto.⁷⁵

Ocorre que, desde a entrada em vigor do *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), as contas *offshore* de nacionais norte-americanos ficaram sujeitas à apresentação de relatórios onerosos, fazendo com que muitos bancos estrangeiros recusassem depósitos de norte-americanos.⁷⁶

Em 2020, 6.707 indivíduos renunciaram à nacionalidade norte-americana, representando um aumento de 237% em relação à 2019.⁷⁷ Desse modo, desde a crise sanitária enfrentada pelos Estados Unidos, somada à criticada gerência do governo sobre a situação, os benefícios de se manter um vínculo com o país, ainda que seja uma superpotência, foram questionados como nunca antes. Além disso, a crise econômica dificultou ainda mais a permanência desse vínculo com o país por nacionais que residiam no exterior, em razão da política tributária adotada pelo FATCA, que, segundo Peter J. Spiro⁷⁸, já era responsável pela maioria das renúncias à nacionalidade dos EUA.

Nesse sentido, a dupla nacionalidade enquanto uma estratégia favorável se torna mais difícil para indivíduos não residentes no país, fazendo com que este laço seja mais suscetível de ser rompido, o que também representa um problema para o Estado.

2.1 EVOLUÇÃO ATÉ QUE PONTO? O RETORNO DA POLÍTICA DE DESENCORAJAMENTO EM TEMPOS DE DESCONFIANÇA EM ESTADOS IMIGRATÓRIOS

Conforme aponta Yossi Harpaz, a dupla nacionalidade tende a se tornar mais controversa no contexto de tensões geopolíticas e atitudes anti-imigrantes. A Ucrânia, que informalmente permitia a dupla nacionalidade desde a década de 1990, tornou a proibi-la depois

⁷⁵ UNITED STATES OF AMERICA. *United States Income Tax Treaties*. Disponível em: <<https://www.irs.gov/businesses/international-businesses/united-states-income-tax-treaties-a-to-z>>. Acesso em: mai. 2021.

⁷⁶ SPIRO, Peter J. *What everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

⁷⁷ WOOD, Robert. W. *Renouncing American Citizenship Hits All-time Record*. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/robertwood/2021/02/07/renouncing-american-citizenship-hits-all-time-record/?sh=621fb30a5127>>. Acesso em: ago. 2021..

⁷⁸ SPIRO, Peter J. *What everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

da insurreição apoiada pela Rússia. Tamanho conflito que fomentou a apresentação de propostas no Legislativo ucraniano para punir a dupla nacionalidade com pena de prisão.⁷⁹

São diversos os exemplos mencionáveis de momentos em que os benefícios da dupla nacionalidade foram ofuscados frente a possíveis ameaças à segurança e à soberania do país. Elucida-se que a Finlândia proíbe que binacionais participem da sua força militar⁸⁰, salvo com autorização especial. A política de desencorajamento, como visto, foi adotada e defendida em tempos de guerra, e as noções de proteção e desconfiança perduram até hoje em determinados cenários.

No documento emitido pelo *Department of State* dos Estados Unidos, nomeado “Dupla nacionalidade – implicações no acesso a informações sigilosas”, fica claro: “A dupla nacionalidade pode representar um problema de segurança para permitir o acesso a informações sigilosas, afetando o recrutamento, o emprego e as funções exercidas”.⁸¹ Restou estipulado que tal análise seria feita de forma casuística, e que o binacional seria questionado a respeito de sua outra nacionalidade.

Ora, pode perguntar-se o leitor, um binacional estadunidense e afegão não estaria novamente ocupando uma posição de desvantagem intrinsecamente atribuída nessa avaliação? Até que ponto a dupla nacionalidade é uma estratégia favorável ao indivíduo e um instrumento de transformação? Até que ponto a aquisição de uma nacionalidade o torna parte de um corpo de cidadãos de um e do mesmo Estado? A resposta: até que ela não represente uma ameaça aquele governo.

Continuamente carregar uma dupla nacionalidade foi objeto de represália política. Quando Andrew Scheer concorreu ao cargo de Primeiro-Ministro no Canadá em 2019, por ser binacional canadense e estadunidense, recebeu perguntas do tipo: “quanto ele havia pagado em impostos ao governo dos EUA e se ele havia se registrado para o serviço militar dos EUA”. O então candidato esclareceu que teria renunciado à sua nacionalidade estadunidense em 2017,

⁷⁹ HARPAZ, Yossi. *Citizenship 2.0: Dual Nationality as a Global Asset*. Princeton: Princeton University Press, 2019.

⁸⁰ YLE UUTISET. *Dual citizens now barred from military posts, with exceptions possible*. Disponível em: <https://yle.fi/uutiset/osasto/news/dual_citizens_now_barred_from_military_posts_with_exceptions_possible/10856626>. Acesso em: ago. 2021.

⁸¹ UNITED STATES OF AMERICA. *Dual citizenship – security clearance implications*. Disponível em: <<https://careers.state.gov/wp-content/uploads/2016/02/Dual-Citizenship.pdf>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

ao se tornar líder do partido Conservador.⁸² Uma decisão política, já antecipando o jogo adversário na mídia.

A deputada somali-americana Ilhan Omar, membro da *House of Representatives*⁸³ dos EUA, enfrenta uma desvantagem ainda maior enquanto binacional de um país muçulmano, tendo a sua lealdade ao governo norte-americano constantemente questionada durante a sua campanha eleitoral.⁸⁴

Em 2017 e 2018, a Austrália viveu uma pequena crise por conta da proibição da dupla nacionalidade em cargos políticos. Mais de 15 membros do Parlamento tiveram de renunciar ao cargo por serem binacionais⁸⁵, em razão do atual texto constitucional do país:

Qualquer pessoa que está sob qualquer reconhecimento de lealdade, obediência ou adesão a uma potência estrangeira, ou é um súdito ou cidadão ou tem direito aos direitos ou privilégios de um súdito ou cidadão de uma potência estrangeira (...) não pode ser escolhido ou declarado como um senador ou membro da *House of Representatives*^{86, 87}

Adotada em 1900, a Constituição Australiana, ainda marcada pela política de desencorajamento à dupla nacionalidade, objetiva assegurar que os membros do Parlamento não sofram qualquer pressão política externa. O tema ainda está sob discussão hoje no país, mas a alteração do texto constitucional representará um grande desafio, pois, conforme o direito australiano, além de passar pela aprovação do Parlamento, a emenda também deve ser referendada pela sociedade.⁸⁸

O previamente mencionado caso *Kawakita v. U.S.* serviu como exemplo para demonstração de problemas da dupla nacionalidade no Japão, onde é exigido que se escolha apenas uma nacionalidade quando se atinge a idade de 22 anos. No caso, um binacional japonês e norte-americano foi condenado à morte pelo crime de traição, uma vez tendo trabalhado no

⁸² WHERRY, Aaron. *Andrew Scheer's mid-campaign identity crisis*. Disponível em: < <https://www.cbc.ca/news/politics/andrew-scheer-american-citizenship-2019-election-1.5308174>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

⁸³ Semelhante à Câmara dos Deputados.

⁸⁴ CUMMINGS, William. *Trump tells congresswomen to "go back" to the "crime infested places from which they came"*. Disponível em: < <https://www.usatoday.com/story/news/politics/2019/07/14/trump-tells-congresswomen-go-back-counties-they-came/1728253001/>>. Acesso em: ago. 2021.

⁸⁵ BBC. *Five Australian politicians ousted over dual citizenship*. Disponível em: < <https://www.bbc.com/news/world-australia-44049929>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

⁸⁶ Equivalente à Câmara dos Deputados.

⁸⁷ AUSTRALIA. *The Australian Constitution, section 44(i)*. Disponível em: < <https://www.aph.gov.au/constitution>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

⁸⁸ RULE OF LAW EDUCATION CENTRE. *Dual citizenship debate*. Disponível em: < <https://www.ruleoflaw.org.au/constitution/dual-citizenship-debate/>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

Japão para uma empresa encarregada de supervisionar prisioneiros de guerra norte-americanos. Atsushi Kondo, professor da Universidade de Meijo, leciona que “em tempos de guerra, a dupla nacionalidade é uma desvantagem, mas em tempos de paz, binacionais têm muitos benefícios.”⁸⁹

Alguns vão tão longe ao ponto de defender que políticos binacionais deveriam recusar-se a tomar quaisquer decisões relativas ao país estrangeiro de sua segunda nacionalidade, devendo estar sujeitos a penalidades severas por não divulgarem tais lealdades.⁹⁰ No Brasil, a Constituição Federal determina que alguns cargos deverão ser ocupados por brasileiros natos (v. art. 12, § 3º), mas não há proibição à dupla nacionalidade. A título de exemplo, o então presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, era binacional brasileiro e chileno.

Como se vê, por mais que seja notório o crescimento da sua recepção ao longo do tempo, a dupla nacionalidade ainda é tratada como um conflito de interesses em determinadas circunstâncias, principalmente no contexto de *receiving states*, mais marcados pela imigração. Laila Lalami, em sua matéria “Eu sou muçulmana e árabe-americana. Algum dia serei uma cidadã igual a todos?” para o *NY Times*, descreve que “a dinâmica entre a nação e o recém-chegado é marcada pela contradição, pelo elogio à nossa ‘nação de imigrantes’, bem como pelas reclamações sobre ‘invasões’ estrangeiras.”⁹¹

Frente à essa dicotomia, vale dizer que, *a priori*, o binacional não demonstra, na sociedade pós-moderna, uma ameaça à soberania dos Estados, de modo que privar esses indivíduos de uma participação total na vida civil de um país é, ainda, fomentar a noção de deslealdade e aliança imutável. Em verdade, tal abordagem pode motivar um renascimento da perigosa política anteriormente adotada pelos EUA, por exemplo, da escolha de quem receberia a nacionalidade norte-americana baseado em critérios discriminatórios.

Há, não obstante, motivada desconfiança em alguns casos, que chegam a levar à revogação da nacionalidade de alguns binacionais. Alguns países, como a Austrália, o Canadá

⁸⁹ CNN. *These Asian countries are giving dual citizens an ultimatum on nationality – and loyalty*. Disponível em: < <https://edition.cnn.com/travel/article/asia-dual-citizenship-intl-hnk-dst/index.html>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

⁹⁰ SEMOTIUK, Andy J. *Time For New Rules in Washington Dealing With Dual Citizenship*. Disponível em: < <https://www.forbes.com/sites/andyjsemotiuk/2020/10/28/time-for-new-rules-in-washington-dealing-with-dual-citizenship/?sh=6ebc0eef6fe8>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

⁹¹ LALAMI, Laila. *I'm a Muslim and Arab American. Will I Ever Be an Equal Citizen?* Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2020/09/17/magazine/im-a-muslim-and-arab-american-will-i-ever-be-an-equal-citizen.html>>. Acesso em: ago. 2021.

e o Reino Unido vêm editando normas para que se torne mais facilitada a revogação da nacionalidade em caso de suspeita de terrorismo. Menciona-se, neste momento, que ano de 2021 completam-se 20 anos desde o atentado do 11 de setembro. Conforme pesquisa do *Center for Migration Studies*, tem-se:

A revogação da nacionalidade foi associada à expansão, pós 11 de setembro, das medidas de segurança nacional e foi justificada como uma ferramenta necessária para prevenir atos terroristas. Do ponto de vista da segurança nacional, a revogação é uma resposta antiterrorista que pode reduzir a probabilidade de ataques terroristas transnacionais. As respostas antiterror são consideradas necessárias, especialmente porque o número estimado de combatentes estrangeiros do grupo ISIS atingiu mais de 20.000 e incluiu cidadãos da Europa Ocidental (inclusive o Reino Unido) (4.000), EUA (100), Canadá (100), Austrália (100-250), Arábia Saudita (1.500-2.500), Tunísia (1.500-3.000), Marrocos (1.500), Jordânia (1.500), Líbano (800) e Turquia (600).⁹²

De forma semelhante, ainda que se tratando de um *sending state*, o Brasil prevê a revogação da nacionalidade brasileira secundária, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional (v. art. 12, § 4º, I, CRFB), critério mais amplo do que a caracterização do terrorismo⁹³. A PEC 16/2021 propõe alterar essa redação para declarar a perda da nacionalidade de brasileiro que “tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de fraude relacionada ao processo de naturalização ou de atentado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.”⁹⁴

Em relação aos Estados Unidos, conforme aponta Peter J. Spiro⁹⁵, a chamada “desnaturalização”⁹⁶, que em tese revoga a nacionalidade norte-americana adquirida por um processo de naturalização fraudulento, foi historicamente utilizada como instrumento de perseguição ideológica. Isso porque a política governamental requer que os candidatos à

⁹² CENTER FOR MIGRATION STUDIES. *Unmaking Citizens: The Expansion of Citizenship Revocation in Response to Terrorism*. Disponível em: <<https://cmsny.org/publications/unmaking-citizens/>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

⁹³ Cite-se caso em que foi cancelada a naturalização em razão de introduzir e ocultar estrangeiros clandestinamente e, ainda, em condições subumanas. In: JUSBRASIL. Chinesa perde nacionalidade brasileira por cometer crimes. Disponível em: < <https://jf-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2025854/chinesa-perde-nacionalidade-brasileira-por-cometer-crimes>>. Acesso em: ago. 2021.

⁹⁴ BRASIL. *PEC 16/2021*. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2288318&ord=1>>. Acesso em: ago. 2021.

⁹⁵ SPIRO, Peter J. *What everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2020. Tradução livre.

⁹⁶ Como visto, a perda da nacionalidade americana só pode ocorrer mediante renúncia expressa do indivíduo; a desnaturalização revoga a nacionalidade de indivíduos que fraudaram o processo de naturalização.

naturalização demonstrem que “coadunam com os princípios da Constituição dos Estados Unidos”, como parte da comprovação de idoneidade moral.⁹⁷ Nessa linha:

Em alguns casos do início do século XX, o governo buscou a desnaturalização de supostos radicais políticos com o fundamento de que sua ideologia política mostrava que eles, de fato, não estavam em harmonia com os princípios constitucionais na época de sua naturalização e que, portanto, sua naturalização havia sido obtida de maneira fraudulenta.⁹⁸

Ressalte-se que, como dito anteriormente, é preciso cautela na condução dessas operações, ainda que, à primeira vista motivem um desencorajamento à dupla nacionalidade, para que não se sustente qualquer conduta fundada em critérios enviesados.

Em comparação aos países do Norte Global citados acima, os Estados Unidos não têm um dispositivo específico que revogue a nacionalidade de um indivíduo que se envolver em atos de terrorismo, mas a desnaturalização vem sendo aplicada para esses casos em decisões recentes. Em fevereiro de 2020, o *Department of Justice* (DOJ) decretou a desnaturalização de terrorista condenado nos Estados Unidos por fraude, vez que (i) o seu vínculo com a al Qaeda demonstrava que ele não estava em conformidade com os princípios da Constituição; e (ii) a sua entrada nos EUA em 1994 teria sido mediante o passaporte e o visto de outra pessoa, além de ter mentido quando sob juramento para autoridades de imigração.⁹⁹ Percebe-se, assim, uma certa compatibilidade entre o possível novo texto constitucional brasileiro e a previsão norte-americana.

Porquanto frisa-se não ser o objetivo deste estudo analisar se a revogação da nacionalidade é um meio eficaz de se combater crimes como o terrorismo, o presente tópico visa elucidar possíveis controvérsias em torno de uma política de encorajamento à dupla nacionalidade. Conclui-se que, de fato, em um mundo marcado por conflitos, a dupla nacionalidade teria pouco uso tanto para os Estados quanto para os indivíduos, que podem se ver em situações constrangedoras e divididos entre obrigações destoantes, como se percebe pelo caso *Kawakita v. U.S.* No entanto, como conflitos, hoje, são majoritariamente respondidos por uma força cooperativa entre as nações, o desencorajamento à dupla nacionalidade pode

⁹⁷ UNITED STATES OF AMERICA. *Policy Manual*. Disponível em: <<https://www.uscis.gov/policy-manual/volume-12-part-d-chapter-7>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

⁹⁸ SPIRO, Peter J. *What everyone needs to know*. Oxford: Oxford University Press, 2020. Tradução livre.

⁹⁹ UNITED STATES OF AMERICA. *Justice Department Secures Denaturalization of Convicted Terrorist Who Sought to Help al Qaeda Destroy the Brooklyn Bridge*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-secures-denaturalization-convicted-terrorist-who-sought-help-al-qaeda>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

representar uma abordagem ultrapassada, especialmente quando utilizado de modo a coibir a entrada de binacionais em certos cargos governamentais ou represália política e ideológica.

3. OS ENFRENTAMENTOS DA DUPLA NACIONALIDADE NO BRASIL: POSICIONAMENTOS CONFLITANTES NO JUDICIÁRIO

Lançando olhares para o texto constitucional atual, percebe-se que o Brasil adotou tratativa condizente com a abordagem de outros países no tocante à dupla nacionalidade, tendo em mente o ano de publicação da Constituição Federal (2 anos antes de 1990, quando se notou os primeiros traços de recepção à dupla nacionalidade na comunidade internacional). Não obstante, conforme apontam Caio Gomes de Freitas e Carolina Noronha¹⁰⁰, a política administrativa do país operava no sentido de não declarar a perda da nacionalidade do brasileiro que outra adquirisse, ainda que voluntariamente.¹⁰¹

Nesse ponto, cabe mencionar a Portaria n. 172, de 1995, do Ministério da Justiça, que optou por não declarar a perda da nacionalidade de brasileira (Heloisa Rapaport) que adquiriu a nacionalidade norte-americana, segundo sua defesa, para o exercício de direitos civis, especialmente para galgar a carreira de Promotora Pública, cargo privativo de nacional norte-americano:

A perda só deve ocorrer nos casos em que a vontade do indivíduo é de, efetivamente, mudar de nacionalidade, expressamente demonstrada. [...] Aquele que se sente integrado a um país estrangeiro e desvincula-se do Brasil, desejando de fato perder a cidadania brasileira, poderá mudar de nacionalidade, sem problemas, mas o elemento volitivo deve ser expresso. Do contrário, pela primeira vez, estaria o Brasil inquirindo a legislação estrangeira para dizer quais são seus nacionais ou quais deveriam de ser, o que parece um ridículo absurdo a que os revisores da Constituição não iriam se submeter.¹⁰²

¹⁰⁰ FREITAS, Caio G.; NORONHA, Carolina. A perda da nacionalidade brasileira: o imbróglgio jurídico do art. 12, parágrafo 4º, da CF e a PEC nº 6/2018. In: MÔNACO, Gustavo (org.); CAMARGO, Solano de (org.); SANTORO, Raquel (org.). *Direito Internacional Privado: suas intersecções e o impacto da Covid-19*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Internacional Privado, 2021.

¹⁰¹ Ao contrário do *Department of State*, desde a EC n. 3/1994, conforme aduzido por Carolina Noronha e Caio Gomes de Freitas, tanto o Ministério da Justiça, em procedimentos administrativos, quanto o Ministério das Relações Exteriores, em nota pública do Portal Consular entendiam que a perda da nacionalidade brasileira dependia de renúncia expressa do indivíduo.

¹⁰² BRASIL. Portaria n. 172 do Ministro da Justiça, de 4 de agosto de 1995. Disponível em: < <https://www.26notas.com.br/blog/?p=10947> >. Acesso em: jul. 2021.

O marco jurídico que muda esse entendimento no país é o caso Claudia Hoerig (*née* Sobral)¹⁰³, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2017, no qual foi (i) declarada a perda da nacionalidade brasileira em razão de naturalização nos Estados Unidos e, então, (ii) possibilitada a extradição de (ex-)brasileira nata pelo crime cometido em território norte-americano.

Analisando o referido caso, enquanto este estudo julga ser o precedente mais relevante para entender a guinada na tratativa brasileira, tem-se que Claudia, natural do Rio de Janeiro, era brasileira nata segundo o critério *jus soli* (v. art. 12, I, “a”, da CRFB/88) e naturalizou-se nos Estados Unidos em 1999. Corrobora-se, nesse sentido, que:

Por 12 anos, sua naturalização passou incólume ao crivo do Ministério da Justiça. Acusada nos EUA pelo homicídio doloso de seu marido, condecorado herói de guerra, Cláudia Sobral viajou ao Brasil em busca da guarida da não extradição¹⁰⁴. Só então, em feliz coincidência com a pressão diplomática exercida pelos EUA, o Ministério da Justiça houve por bem se debruçar *sponte propria* sobre a nacionalidade de Cláudia, declarando de ofício sua perda e abrindo as portas para sua extradição.¹⁰⁵

O caso chegou ao STF para julgamento por meio de Mandado de Segurança 33.864 impetrado por Claudia Hoerig para retificar o ato administrativo do Ministro da Justiça que declarou a perda de sua nacionalidade brasileira.¹⁰⁶

A defesa argumentou que a perda da nacionalidade não poderia ser automática e dependeria da manifestação de vontade do indivíduo como renúncia inequívoca, o que não teria ocorrido no caso em apreço, mesmo porque Claudia Hoerig teria votado nas eleições brasileiras de 2010 e 2014, demonstrando seu interesse na manutenção do vínculo com o Brasil. Além disso, a impetrante alegou que teria passado pelo processo de naturalização norte-americana por necessidade, de forma involuntária, com vistas a possibilitar o exercício pleno da sua profissão de contadora, carreira a princípio reservada aos nacionais dos Estados Unidos (o que seria uma imposição do país para o pleno exercício dos seus direitos civis, v. art. 12, § 4º, II, “b”, da CRFB).

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n. 1.462 de 28 de março de 2017(DF)*. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em: mai. 2021.

¹⁰⁴ O artigo 5º, LI, da CRFB/88 c.c. art. 82, I, da Lei de Migração vedam a extradição de brasileiro nato.

¹⁰⁵ FREITAS, Caio G.; NORONHA, Carolina. A perda da nacionalidade brasileira: o imbróglgio jurídico do art. 12, parágrafo 4º, da CF e a PEC nº 6/2018. In: MÔNACO, Gustavo (org.); CAMARGO, Solano de (org.); SANTORO, Raquel (org.). *Direito Internacional Privado: suas intersecções e o impacto da Covid-19*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Internacional Privado, 2021.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 33.864 de 19 de abril de 2016 (DF)*. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em: jun. 2021.

No entanto, tais fundamentos não foram acolhidos pela Turma, uma vez que Claudia Hoerig, antes de se naturalizar, era portadora do *green card*, o que permitia com que vivesse permanentemente e trabalhasse nos EUA sem ter de se naturalizar no país. Ficou entendido que a naturalização da impetrante foi voluntária, possibilitando, assim, a perda de sua nacionalidade brasileira e posterior extradição.

No voto do Ministro Relator, Roberto Barroso, tomou-se em conta o “juramento de fidelidade” realizado na cerimônia de naturalização dos EUA: “Trata-se, pelo contrário, de naturalização efetivamente requerida pela impetrante, incluído no ato de naturalização juramento formal de que decorre o efetivo desejo de integrar a comunidade nacional estrangeira.”

Já no julgamento da extradição n. 1.462, a defesa de Cláudia Hoerig aduziu que o texto do juramento norte-americano não deveria ser levado em consideração, por se assemelhar a um contrato de adesão. Ainda, valorou que havia uma pressão política sendo exercida pelos EUA sobre o governo brasileiro em favor da extradição, o que poderia ter influenciado nas decisões tomadas no processo até então.

Pela leitura do voto do Ministro Luiz Fux, restou clara a interpretação da Corte sobre o art. 12, § 4º, da Constituição: “Na verdade, o que está por detrás dessa regra constitucional da perda da nacionalidade brasileira é exatamente motivar o cidadão brasileiro a ter amor ao seu País. E quem tem amor ao seu País não abre mão da sua nacionalidade.”

Como se vê, ao contrário dos precedentes da Suprema Corte, a perda da nacionalidade não foi uma decisão atribuída ao indivíduo. O Ministro Marco Aurélio, ainda que não tenha votado em favor da extradição, não defendeu que a perda da nacionalidade brasileira só poderia advir de renúncia, ao revés, disse que “a qualificação de brasileiro nato é indisponível, não pode ser colocada em segundo plano pela vontade do detentor”, sendo, de todo modo, mantida a noção de aliança perpétua e imutável. Em estudo realizado pela PUC-Rio, esclareceu-se:

A extradição de Claudia Hoerig, precedida da decretação da perda de sua nacionalidade, fez com que as páginas do MJ e do MRE fossem completamente modificadas no que diz respeito ao referido assunto. Antes, se demonstrava claro o entendimento de que só seria possível a perda da nacionalidade de pessoas que, expressamente, a requeresse. Hoje, entretanto, já se utiliza a expressão “ex-brasileiros”, evidenciando um alinhamento das informações contidas no MJ e no MRE com o entendimento firmado pelo STF no caso Claudia Hoerig.¹⁰⁷

¹⁰⁷ VARGAS; ROCHA; FIRMAN; LOPES. *Perda e reaquisição da nacionalidade brasileira: os efeitos do caso Claudia Hoerig*. Disponível em: < <http://www.puc->

Ocorre que, tão logo 6 meses após a referida extradição, o Superior Tribunal de Justiça apreciou o Mandado de Segurança n. 20.200¹⁰⁸, impetrado contra ato do Ministro da Justiça que decretou a perda da nacionalidade brasileira de Mao Han Chien, em razão de ter se naturalizado nos Estados Unidos. Como não houve pedido de extradição, o STJ foi competente para julgar a matéria.

Semelhante à defesa apresentada por Claudia Hoerig, a impetrante arguiu que teria passado pelo processo de naturalização nos EUA para a fruição de direitos civis no país (sem especificações, o relatório da decisão cita alguns direitos civis privativos de norte-americanos, como impossibilidade de extradição, exercícios de alguns cargos públicos, benefícios bancários, etc.) e que não manifestou vontade de renunciar à nacionalidade brasileira em nenhum momento. Na decisão, o Ministro Relator Benedito Gonçalves concedeu a segurança e sustentou que “a Emenda Constitucional n. 3/94, com a nova redação que deu ao art. 12, § 4º, inciso II, da Constituição, quis justamente garantir ao brasileiro naturalizado que não tivesse que abrir mão da nacionalidade brasileira para que pudesse usufruir de direitos civis no país onde optou por residir.”

Posteriormente, no caso Carlos Wanzeler¹⁰⁹, o STF reproduziu o precedente fixado pela Corte anteriormente. Assim, em 2020, Carlos Wanzeler foi considerado ex-brasileiro em decorrência de naturalização nos Estados Unidos, possibilitando a sua extradição pelo crime cometido em território norte-americano (no caso, o delito de fraude eletrônica, o único que possuía dupla tipicidade nos EUA e no Brasil, requisito para extradição segundo o art. 82, II, da Lei 13.445/2017). Igualmente como ocorreu no caso Claudia Hoerig, a extradição foi condicionada (i) à formalização, pelos EUA, dos compromissos previstos no art. 96 da Lei 13.445/2017; e (ii) à conclusão dos processos penais a que o extraditando responde no Brasil ou ao cumprimento das respectivas penas, na forma do art. 95 da Lei 13.455/2017.¹¹⁰

rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2019/download/relatorios/CCS/DIR/DIR-Julia%20Aparecida%20Soares%20da%20Rocha,%20Mariana%20De%20Grossi%20Firman,%20Patricia%20Andrade.pdf>. Acesso em: jul. 2021.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 20.200 de 14 de setembro de 2016 (DF). Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: jul. 2021.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n. 1.630 de 22 de setembro de 2020 (DF)*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em: mai. 2021.

¹¹⁰ Ressalvada, nessa hipótese, a possibilidade de execução imediata da decisão, por força de decisão discricionária do Presidente da República, o que não sobreveio.

Em defesa semelhante, o impetrante alegou, em sede do Mandado de Segurança n. 36.359¹¹¹, não ter renunciado à nacionalidade brasileira e, ainda, que teria adquirido a nacionalidade norte-americana não de forma voluntária, mas sim para agilizar o processo de naturalização de sua filha nos Estados Unidos. Quando do julgamento do *mandamus*, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski arguiu que “não se pode considerar que a eventual lentidão do Departamento de Estado estrangeiro seja equivalente à imposição de naturalização pela norma estrangeira.”

Fazendo um comparativo entre os casos expostos acima, não é possível encontrar um denominador comum capaz de determinar se a aquisição da nacionalidade estrangeira teria sido voluntária ou não. Mao Han Chien¹¹², Carlos Wanzeler e Claudia Hoerig eram todos portadores do *green card* antes de se naturalizarem, mesmo porque, como visto no primeiro tópico do presente artigo, esse visto de residência permanente é um dos requisitos para naturalização nos EUA.

No caso Claudia Hoerig, portar o *green card* foi considerado um fator determinante e que agiu como desqualificador de sua defesa. Já no julgamento do STJ, tal elemento não foi sequer valorado. Outrossim, em relação ao processo administrativo de Heloisa Rapaport, no qual não foi decretada a perda de sua nacionalidade brasileira pelo Ministro da Justiça (v. Portaria n. 172, de 1995, do Ministério da Justiça), a defesa alegou que ela precisou se naturalizar para exercer cargo privativo de nacional dos EUA.¹¹³

Nesse ponto, como no julgamento do caso Claudia Hoerig foi sustentado que o *green card* possibilita o trabalho nos EUA e o exercício de demais direitos civis, de modo que ela não precisava se naturalizar para exercer o ofício de contadora, se a extraditanda tivesse escolhido uma carreira diferente, a sua defesa teria prevalecido? No Recurso Extraordinário interposto

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 36.359 (DF) de 18 de fevereiro de 2020*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em: jul. 2021.

¹¹² Conforme se extrai do Recurso Extraordinário interposto pela União em face do Mandado de Segurança n. 20.200, que teve o seu seguimento prejudicado já no STF. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE no Mandado de Segurança 20.200 (DF). Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461697083/re-no-mandado-de-seguranca-re-no-ms-20200-df-2013-0165817-5/decisao-monocratica-461697093> >. Acesso em: jul. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1.020.261 (DF) de 14 de dezembro de 2017. Relator Min. Edson Fachin. Disponível em: << <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em: jul. 2021.

¹¹³ VARGAS; ROCHA; FIRMAN; LOPES. *Perda e reaquisição da nacionalidade brasileira: os efeitos do caso Claudia Hoerig*. Disponível em: < http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2019/download/relatorios/CCS/DIR/DIR-Julia%20Aparecida%20Soares%20da%20Rocha,%20Mariana%20De%20Grossi%20Firman,%20Patricia%20Andrade.pdf>. Acesso em: jul. 2021.

pela União no Mandado de Segurança 20.200 (caso Mao Han Chien), a AGU arguiu que seriam poucos os direitos civis dos Estados Unidos privativos de nacionais, o que poderia levar o intérprete desse recurso a se questionar sobre que direitos civis estariam validamente contemplados pela Constituição Federal no texto do art. 12, § 4º, II, “b”. A depender da escolha de vida do indivíduo, ele teria maiores chances de manter o vínculo com o Estado brasileiro?

Aparenta, em verdade, haver um denominador comum: perseguição criminal, pressões diplomáticas, a valoração de que Claudia Hoerig e Carlos Wanzeler buscaram se eximir de responsabilização nos Estados Unidos.

Nessa linha, percebe-se, curiosamente, que a pressão política exercida pelos EUA durante a permanência de Claudia Hoerig¹¹⁴ no Brasil não coaduna com o próprio entendimento do país no que toca o seu status de, até então, binacional. Todavia, conforme demonstrado anteriormente no estudo, tensões políticas tendem a mitigar o reconhecimento da dupla nacionalidade. Isso pode servir para justificar a motivação por trás do apelo exercido pelos Estados Unidos durante o julgamento do caso: um conflito emergiu, um nacional norte-americano foi assassinado, nacional este que era um condecorado herói de guerra, e o país exigiu o exercício exclusivo de sua soberania.

3.1 A PEC 16/2021: EM DIREÇÃO A UMA POLÍTICA DE ENCORAJAMENTO À DUPLA NACIONALIDADE

Registre-se, a tempo, que no julgamento da Extradicação n. 1.462, o mérito não girava em torno da possível impunidade da expatriada Claudia Hoerig, pois ela seria responsabilizada no Brasil ou nos Estados Unidos e, ainda sendo esse o caso, como foi, de acordo com os moldes da legislação brasileira (*i.e.*, a vedação à pena perpétua ou de morte e o respeito ao prazo máximo de 30 anos para pena privativa de liberdade, v. art. 96 da Lei 13.445/2017). Assim, a adoção de outra tratativa no tocante à dupla nacionalidade teria representado uma solução em comunicação com a perspectiva da sociedade internacional, mesmo porque a questão foi debatida e resolvida em 2017 e, como visto, desde a década de 1990 diversos países já abarcavam o instituto sem quaisquer limitações.

¹¹⁴ Frisa-se aqui o caso Claudia Hoerig, pois, por mais que tenha sido feito o pedido de extradição no caso Carlos Wanzeler, não houve uma pressão política tão contundente pela perda de sua nacionalidade brasileira e extradição. O pedido ter sido realizado é algo comum nas relações internacionais, não demonstrando por si só uma tensão; afinal, o indivíduo possui vínculo e obrigações com aquele país também.

Tanto no caso Heloisa Rapaport quanto no caso Mao Han Chien, prevaleceu a tese mais contemporânea acerca do tema, em contraposição aos precedentes Carlos Wanzeler e Claudia Hoerig, focada na intenção expressa do indivíduo em renunciar àquela nacionalidade. No caso Claudia Hoerig, nesse ponto, entendeu-se que o juramento de naturalização dos Estados Unidos teria o condão de representar uma motivação em abdicar da nacionalidade brasileira, mas que, em contrapartida, o fato de ter votado em eleições brasileiras não caracterizariam intenção nenhuma.

Ao passo que se pode argumentar que a manifestação de vontade não é um requisito para decretação da perda da nacionalidade, de acordo com o texto constitucional, cabe questionar também se essa abordagem tão *ipses literis* foi adotada quando da análise do que seria qualificado como direito civil, do que configuraria uma imposição à naturalização ou não. Como visto anteriormente, esse foi um elemento que não alcançou uma definição taxativa.

Quando a Suprema Corte norte-americana, no anteriormente mencionado caso *Afroyim v. Rusk*, decidiu que a perda da nacionalidade dependeria de renúncia expressa, ainda que o indivíduo cometesse um ato listado no INA que pudesse dar cabo à expatriação, foi realizado um controle de constitucionalidade. Pela interpretação da 14ª Emenda à Constituição dos EUA¹¹⁵, que confere a nacionalidade norte-americana àqueles nascidos no território nacional ou ali naturalizados, a Corte determinou que o texto constitucional “não concede ao Congresso nenhum poder expresso para retirar a nacionalidade das pessoas, seja no exercício do poder implícito de regular as relações exteriores ou no exercício de qualquer poder especificamente concedido.”¹¹⁶

No Brasil, como as limitações à dupla nacionalidade foram disciplinadas na própria Constituição, a segurança jurídica para a comunidade de brasileiros no exterior teve de esperar um longo processo legislativo de reforma do texto constitucional. É nesse contexto que surge a PEC 16/2021 (PEC 6/2018 no Senado)¹¹⁷, agora em tramitação na Câmara dos Deputados, que propõe eliminar as alíneas do inciso II do § 4º da CF, permitindo a aquisição voluntária de outra

¹¹⁵ UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Constitution*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/constitution>>. Acesso em: ago. 2021.

¹¹⁶ U.S. SUPREME COURT. *Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253 (1967). Tradução livre. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/387/253>>. Acesso em abr. 2021.

¹¹⁷ BRASIL. *PEC 16/2021*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2288318&ord=1>>. Acesso em: ago. 2021.

nacionalidade sem que isso acarrete a perda da nacionalidade brasileira e determinando que a perda da nacionalidade brasileira só poderá ocorrer mediante pedido expresso do indivíduo (ressalvadas situações que acarretem apatridia).

As justificativas para sua aprovação se comunicam com o exposto no artigo: a busca do sentimento de identificação; o reconhecimento da realidade pós-moderna; a segurança jurídica e oportunidade para brasileiros no exterior; a melhora na economia e nas relações diplomáticas, fomentada pela noção de solidariedade transnacional.

Já é possível afirmar que a aprovação da PEC no Senado está mudando a política de dupla nacionalidade no país. Em um primeiro reflexo, note-se a decisão da 1ª Vara Federal de Curitiba, que em junho de 2021 garantiu a manutenção da nacionalidade brasileira mesmo em face de naturalização nos Estados Unidos. Para além de um resgate da antiga tratativa do Ministério da Justiça e do precedente do STJ, a decisão foi mais contundente ao encorajar a dupla nacionalidade, inclusive a defendendo como um direito humano. *In verbis*:

A aplicação retroativa de eventual novo entendimento do Ministério da Justiça, para decretar a perda da nacionalidade brasileira sem requerimento do interessado afrontaria a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a Convenção Interamericana de Direito Humanos, violando a segurança jurídica e caracterizando privação arbitrária da nacionalidade. (...) O juramento feito (“Oath of Allegiance”), com referência a tal renúncia, parece ser resquício histórico, que remonta ao final do século XVIII, ou então elemento simbólico, antes que ato de efetiva repercussão jurídica, nem mesmo se compatibilizando com a noção contemporânea da nacionalidade, ainda mais no que concerne a dita renúncia. No Estado democrático de direito, não há ‘juramento de fidelidade’ como ‘sujeição ao soberano’. Mais: não há ‘súditos’ no Estado democrático de direito. Não é mera questão terminológica, mas de incompatibilidade de premissas.¹¹⁸

Assim, o Brasil está caminhando em direção ao encorajamento da dupla nacionalidade, entrando em harmonia com a maioria dos países do Norte e do Sul Global. Não obstante, ainda não se sabe se a PEC será aplicada para casos passados.

Discute-se, nesse ponto, a ausência de disposição transitória na PEC, de modo que pairam dúvidas a respeito de sua incidência no tempo. Questiona-se a possibilidade de que a eventual emenda constitucional retroaja e oportunize que pessoas que tiveram a perda de sua nacionalidade brasileira declarada consigam readquiri-la. Já se pode notar alguns posicionamentos da academia a respeito do tema, especificamente voltado para escolha em prol

¹¹⁸ BRASIL. *Justiça Federal garante nacionalidade brasileira a homem naturalizado estadunidense*. Disponível em: < <https://www.jfpr.jus.br/noticias/justica-federal-garante-nacionalidade-brasileira-a-homem-naturalizado-estadunidense/>>. Acesso em: jul. 2021.

objetivo da criação da PEC, a valorização irrestrita ao direito fundamental da nacionalidade, por mais que seja algo difícil de ser acolhido pelas questões políticas que pairam sobre os casos de expatriação. Nesse sentido, corrobora-se:

O Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento no sentido de que as emendas constitucionais têm aplicação imediata, com retroatividade mínima, de modo que atingem os efeitos futuros de atos praticados no passado. Com relação à perda da nacionalidade, é possível argumentar que tal ato gera efeitos no futuro ao impedir que esses brasileiros continuem usufruindo de direitos inerentes à sua nacionalidade originária.¹¹⁹

4. AS PROSPECÇÕES FUTURAS PARA A DUPLA NACIONALIDADE APÓS A PANDEMIA DA COVID-19

Há quem argumente que a pandemia da Covid-19 pode ocasionar um retrocesso à abertura da dupla nacionalidade no mundo. Isso porque com as fronteiras novamente delimitadas, uma segunda nacionalidade nem sempre conseguiu garantir a mobilidade do indivíduo. Binacionais na China foram proibidos de evacuar para seus outros países em razão do Estado não reconhecer a dupla nacionalidade e considerar a intervenção daqueles outros como uma afronta à sua soberania.¹²⁰

Segundo reportagem da CNN, houve até mesmo casos de famílias separadas; “uma mulher britânica foi informada de que não poderia evacuar com seu filho de 3 anos porque ele tem um passaporte chinês, mesmo que ele também seja um cidadão britânico com passaporte britânico.”¹²¹ No entanto, em razão de pressões diplomáticas e o apelo à reunião familiar, as autoridades chinesas eventualmente permitiram a evacuação de binacionais.¹²²

Na Austrália, houve restrições similares. Durante a pandemia, o governo australiano determina que qualquer cidadão que deseje viajar para o exterior deve receber o aval da

¹¹⁹ DIAS, Joyce; PARMEGGIANI GOMES, Tatiana B.; MOURA CAÑIZO, Amanda de. A PEC 6/2018 e a ausência de disposição transitória. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-jun-30/opinioao-pec-62018-ausencia-disposicao-transitoria>>. Acesso em: jun. 2021.

¹²⁰ DEMOCRATIC AUDIT. *How Covid-19 is altering our conception of citizenship*. Disponível em: <<https://www.democraticaudit.com/2020/03/19/how-covid-19-is-altering-our-conception-of-citizenship/>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

¹²¹ CNN. *These Asian countries are giving dual citizens an ultimatum on nationality – and loyalty*. Disponível em: < <https://edition.cnn.com/travel/article/asia-dual-citizenship-intl-hnk-dst/index.html>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

¹²² MURRAY, Jessica. *UK presses China to let dual nationals join coronavirus exodus*. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/politics/2020/jan/29/uk-presses-china-to-let-dual-nationals-join-coronavirus-exodus>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

Australian Border Force. Ocorre que muitas pessoas tiveram suas requisições negadas imotivadamente. Binacionais se viram impossibilitados de entrar em seus outros Estados, dificultando a manutenção destes vínculos.¹²³

Tendo em mente que, de fato, toda a população global teve de ter sua liberdade restrita durante a pandemia da Covid-19, em função da saúde coletiva, é cabível questionar o futuro da dupla nacionalidade daqui em diante. Se a grande premissa do conceito de nacionalidade estratégica é a mobilidade, o quanto essa noção foi prejudicada pela nova conjuntura internacional?

Valores caros, como a reunião familiar, foram postos em xeque e, no caso da Austrália, não foi reportada qualquer pressão diplomática externa. Isso seria porque supõe-se que estes binacionais estariam seguros na Austrália, enquanto na China não? Em um cenário marcado pela soberania dos Estados, poucas decisões recaem nas mãos dos indivíduos.

Além disso, em um mundo endêmico, em que a mobilidade global é vista com ressalvas, a dupla nacionalidade pode voltar a ser vista como uma ameaça aos Estados. Não só à soberania, como nos casos mencionados supra, mas à saúde pública. Anteriormente, dizia-se que “a dupla nacionalidade é simplesmente o reconhecimento de um mundo que mudou”.¹²⁴ No futuro, será possível que essa frase seja posta ao contrário?

Em casos extremos, conseguir uma segunda nacionalidade pode se tornar algo bem mais difícil. Posto que:

Em alguns países europeus de imigração, formas de interação social que agora são consideradas insalubres foram tornadas obrigatórias no contexto dos esforços para garantir a adaptação dos imigrantes muçulmanos aos modos de vida europeus. Por exemplo, apertar as mãos tornou-se obrigatório em cerimônias de naturalização na Dinamarca desde 2018. Como as autoridades dinamarquesas recomendaram agora que as pessoas evitem apertar as mãos, o prefeito de Ringsted, uma cidade no leste da Dinamarca, decidiu cancelar a cerimônia de naturalização.¹²⁵

¹²³ TRUU, Maani. *Coronavirus border restrictions leave dual citizens in limbo, unable to easily leave the country*. Disponível em: < <https://amp.abc.net.au/article/100274870>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

¹²⁴ JONES-CORREA, Michael. *Under two flags: dual nationality in Latin America and its consequences for naturalization in the United States*. *International Migration Review*, vol. 35, pp. 997-1029, 2001.

¹²⁵ DEMOCRATIC AUDIT. *How Covid-19 is altering our conception of citizenship*. Disponível em: < <https://www.democraticaudit.com/2020/03/19/how-covid-19-is-altering-our-conception-of-citizenship/>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

Argumenta-se, no entanto, que continua sendo uma estratégia favorável ao indivíduo. Poucos países foram tão restritos quanto a Austrália, a Dinamarca e a China. Tanto o Brasil¹²⁶ quanto os Estados Unidos¹²⁷ não proibiram expressamente viagens internacionais, apenas estipularam protocolos de saúde a serem cumpridos para o retorno ao país, como a quarentena e o teste PCR. No mais, a liberdade de sair de um provável centro da pandemia para um Estado em que o vírus estivesse mais controlado certamente é uma vantagem. Nesse sentido, a anteriormente mencionada matéria do *NY Times*, que demonstrou essa realidade nos EUA.

Desse modo, importante observar outro fenômeno que a pandemia da Covid-19 ocasionou no instituto da dupla nacionalidade. Certas nacionalidades que antes ocupavam uma alta posição no ranking da “loteria do nascimento” podem não ser mais tão benéficas aos indivíduos. Os Estados Unidos, como visto, em razão da grave crise sanitária enfrentada; bem como os países asiáticos desenvolvidos, em uma certa medida, pelo preconceito que essa etnia vem enfrentando desde o início da pandemia.

Sendo assim, alguns comentários podem ser tecidos sobre possíveis abordagens futuras a respeito do tema.

Pelo exposto, há países que estão apontando um certo desincentivo à dupla nacionalidade (em relação à sua efetivação e à sua aquisição por meio da naturalização¹²⁸), percebendo-a novamente como uma ameaça. Quanto à efetivação, o posicionamento é claro: qualquer óbice ao exercício de um direito adquirido deve ser contestado, não só porque isso representaria uma intervenção direta na soberania do Estado, mas porque macularia o direito humano à nacionalidade do indivíduo.¹²⁹

No tocante à naturalização, em um primeiro olhar, trata-se apenas de decisão interna do Estado. Todavia, requisitos formais são postos, aprovados e pensados pelo Legislativo ou pelo Executivo a depender do país; os indivíduos que se submetem ao processo são muitas vezes pessoas incluídas naquela sociedade, que já exercem papéis e passaram anos construindo suas

¹²⁶ BRASIL. *Exigência de teste de COVID-19 para brasileiros e estrangeiras entrarem no Brasil*. Disponível em: < <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/porta-portal-consular/alertas%20e%20noticias/alertas/exigencia-de-teste-de-covid-19-para-brasileiros-e-estrangeiros-entrarem-no-brasil>>. Acesso em: ago. 2021.

¹²⁷ UNITED STATES OF AMERICA. *COVID-19 Travel Restrictions and Exceptions*. Disponível em: < <https://travel.state.gov/content/travel/en/us-visas/visa-information-resources/covid-19-travel-restrictions-and-exceptions.html>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

¹²⁸ Vez que o reconhecimento de nacionalidade originária é um direito adquirido, que não deve ser sobrestado.

¹²⁹ Artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: < <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: ago. 2021.

vidas. O Estado não deve arbitrariamente suspender as regras do jogo, mesmo porque pessoas já adaptadas àquele território, que cumpriram requisitos de longa estadia, ainda interessadas em constituir um vínculo mais sério¹³⁰, não representam ameaça à saúde pública pela mobilidade.

Desse modo, a pandemia não deve representar um enfraquecimento à dupla nacionalidade.

Em se tratando especificamente dos países objetos do estudo, não seria favorável aos Estados Unidos adotarem tal política, vez que isso prejudicaria a manutenção de vínculos com os seus nacionais, que, desde 2020, buscaram meios de facilitar a saída do país, e, como demonstrado, o laço dos EUA com os nacionais situados no exterior já é frágil em razão da política tributária no país (v. FACTA). Poderia inclusive ocorrer uma queda no número de naturalizações no futuro e deve ser levado em consideração que, em 2019, cerca de 17% da força de trabalho estadunidense era composta por pessoas nascidas no exterior¹³¹, e desse grupo, 19% ocupam funções nas áreas de saúde, assistência social e educação.¹³²

Já em relação ao Brasil, percebe-se que, mesmo durante a pandemia da Covid-19, o país vem procurando promover o incentivo à dupla nacionalidade; afinal, a então PEC 6/2018 foi aprovada pelo Senado Federal em 15/06/2021. Ademais, por motivo semelhante ao defendido para os Estados Unidos, a matéria “Interesse por cidadania europeia aumenta até 200% na pandemia” do Jornal R7¹³³ deixa clara a necessidade do país em preservar o vínculo com esses nacionais, uma vez que, conforme explicado anteriormente no artigo, a busca pela qualidade de vida anda lado a lado com os benefícios diplomáticos e econômicos que o reconhecimento da dupla nacionalidade traz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹³⁰ Muitas vezes em razão de estarem optando por uma melhor qualidade de vida, principalmente os indivíduos que vêm de países onde há constantes violações aos direitos humanos.

¹³¹ UNITED STATES OF AMERICA. *Foreign-born workers made up 17.4 percent of labor force in 2019*. Disponível em: < <https://www.bls.gov/opub/ted/2020/foreign-born-workers-made-up-17-point-4-percent-of-labor-force-in-2019.htm>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

¹³² KOSTEN, Dan. *Immigrants as Economic Contributors: They Are the New American Workforce*. Disponível em: < <https://immigrationforum.org/article/immigrants-as-economic-contributors-they-are-the-new-american-workforce/>>. Acesso em: ago. 2021. Tradução livre.

¹³³ ORLANDO, Giovanna. *Interesse por cidadania europeia aumenta até 200% na pandemia*. Disponível em: < <https://noticias.r7.com/internacional/interesse-por-cidadania-europeia-aumenta-ate-200-na-pandemia-19042021>>. Acesso em: ago. 2021.

O trabalho explicou as origens da nacionalidade e do desencorajamento à dupla nacionalidade, assim como os contornos que fomentaram o argumento pela soberania do Estado, utilizado em cenários de tensões geopolíticas até hoje. Em seguida, destrinchou a abordagem pós-moderna: da nacionalidade enquanto sentimento de identificação sociocultural e meio estratégico para os indivíduos e para os Estados (quer sejam marcados por fluxos emigratórios ou imigratórios).

Em seguida, desbravou as abordagens tomadas pelos Estados Unidos da América e pelo Brasil, além de mencionar outros países do Sul Global e do Norte Global, com vistas a responder a problemática principal da presente pesquisa: por que uma política de encorajamento à dupla nacionalidade seria favorável ao indivíduo e aos Estados com os quais possui vínculo, seja um país de forte fluxo emigratório ou imigratório?

Nesse contexto, o presente artigo elucidou a conjuntura da sociedade contemporânea, marcada pela globalização e pela suavização das fronteiras, de modo que o indivíduo só tem a se beneficiar por gozar de maior segurança jurídica, em se tratando dos conflitos cada vez mais internacionais, e das oportunidades que poderá usufruir, partindo do conceito de hierarquia global das nacionalidades. Além disso, defendeu a dupla nacionalidade como estratégia favorável aos Estados, demonstrando (i) a probabilidade de melhora na economia de *sending states*, como ponto fulcral, além do estreitamento das relações diplomáticas de ambos os países; e (ii) que o processo de inserção de imigrantes na sociedade civil de *receiving states* estabiliza essas comunidades em seus países de origem, reduzindo índices de pobreza e proporcionando o aumento no PIB do Estado-destino.

Então, a pesquisa fez um aporte dos enfrentamentos da dupla nacionalidade no âmbito dos Estados Unidos e do Brasil, considerando, em ambos, a evolução do tema e os posicionamentos tomados pelos três Poderes nos países. Em relação aos EUA, como desafio contemporâneo, o artigo ressaltou a dificuldade de o governo manter uma política de encorajamento à dupla nacionalidade frente à ocupação de cargos políticos e conflitos diplomáticos, defendendo uma abordagem em harmonia com o cenário internacional: de solução cooperada de conflitos. Já em relação ao Brasil, foi destacado o contexto de insegurança jurídica para comunidade de brasileiros no exterior, em razão das decisões conflitantes do Judiciário, ponderando que a aprovação da PEC 16/2021, com certeza, será um grande passo em direção ao encorajamento da dupla nacionalidade no país e garantirá maior segurança jurídica (a despeito de questionamentos acerca da sua possível aplicação a casos passados).

Por fim, o estudo fez breves questionamentos acerca das prospecções futuras sobre a dupla nacionalidade, especialmente levando em consideração o novo cenário internacional ocasionado pela pandemia da Covid-19. Foram analisadas condutas de países como a Dinamarca, a Austrália e a China, que vêm demonstrando uma abordagem desfavorável ao instituto, voltando a ser percebido não só como uma ameaça à soberania, mas também à saúde pública. Foi defendido, nesse ponto, que tal política não deve prosperar mesmo em um contexto pandêmico, tanto em relação aos EUA quanto ao Brasil.

Ao longo da exposição, ficou perceptível que atuais tratativas contrárias ao reconhecimento da dupla nacionalidade não coadunam com a realidade, havendo uma dificuldade, em certos casos, de configurar uma situação que represente, de fato, uma ameaça ao Estado. Não obstante, é possível afirmar que o Brasil e os Estados Unidos, de uma forma geral, estão caminhando na mesma direção, pelo reconhecimento da dupla nacionalidade e até mesmo em favor do seu encorajamento, em contraposição com outros países que vêm adotando abordagens mais restritivas, especialmente em contextos de tensões geopolíticas e crises sanitárias.

REFERÊNCIAS:

AUSTRALIA. *The Australian Constitution*. Disponível em: <<https://www.apf.gov.au/constitution>>. Acesso em: ago. 2021.

BBC. *Five Australian politicians ousted over dual citizenship*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-australia-44049929>>. Acesso em: ago. 2021.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: abr. 2021.

BRASIL. *Exigência de teste de COVID-19 para brasileiros e estrangeiras entrarem no Brasil*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/portal-consular/alertas%20e%20noticias/alertas/exigencia-de-teste-de-covid-19-para-brasileiros-e-estrangeiros-entrarem-no-brasil>>. Acesso em: ago. 2021.

BRASIL. *Justiça Federal garante nacionalidade brasileira a homem naturalizado estadunidense*. Disponível em: <<https://www.jfpr.jus.br/noticias/justica-federal-garante-nacionalidade-brasileira-a-homem-naturalizado-estadunidense/>>. Acesso em: jul. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.445/2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm>. Acesso em: jul. 2021.

BRASIL. *PEC 16/2021*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2288318&ord=1>>. Acesso em: ago. 2021.

BRASIL. *Portaria n. 172 do Ministro da Justiça, de 4 de agosto de 1995*. Disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/?p=10947>>. Acesso em: jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança n. 20.200 de 14 de setembro de 2016 (DF)*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RE no Mandado de Segurança 20.200 (DF)*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461697083/re-no-mandado-de-seguranca-re-no-ms-20200-df-2013-0165817-5/decisao-monocratica-461697093>>. Acesso em: jul. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 36.359 (DF) de 18 de fevereiro de 2020*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em: jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n. 1.462 de 28 de março de 2017(DF)*. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em: mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n. 1.630 de 22 de setembro de 2020 (DF)*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em: mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 33.864 (DF)*. Relator Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em: jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n. 1.020.261 (DF) de 14 de dezembro de 2017*. Relator Min. Edson Fachin. Disponível em: <<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>>. Acesso em: jul. 2021.

BRUBAKER, William. *The French Revolution and the invention of citizenship. French Politics and Society*, vol. 7, n. 3, pp. 30-49, 1989.

CENTER FOR MIGRATION STUDIES. *Unmaking Citizens: The Expansion of Citizenship Revocation in Response to Terrorism*. Disponível em: <<https://cmsny.org/publications/unmaking-citizens/>>. Acesso em: ago. 2021.

CNN. *These Asian countries are giving dual citizens an ultimatum on nationality – and loyalty*. Disponível em: <<https://edition.cnn.com/travel/article/asia-dual-citizenship-intl-hnk-dst/index.html>>. Acesso em: ago. 2021.

CUMMINGS, William. *Trump tells congresswomen to “go back” to the “crime infested places from which they came”*. Disponível em:<<https://www.usatoday.com/story/news/politics/2019/07/14/trump-tells-congresswomen-go-back-counties-they-came/1728253001/>>. Acesso em: ago. 2021.

DEMOCRATIC AUDIT. *How Covid-19 is altering our conception of citizenship*. Disponível em: <<https://www.democraticaudit.com/2020/03/19/how-covid-19-is-altering-our-conception-of-citizenship/>>. Acesso em: ago. 2021.

DIAS, Joyce; PARMEGGIANI GOMES, Tatiana B.; MOURA CAÑIZO, Amanda de. A PEC 6/2018 e a ausência de disposição transitória. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-30/opiniaop-pec-62018-ausencia-disposicao-transitoria>>. Acesso em: jun. 2021.

DUFOUR, Ferdinand Marc. *La double nationalité*. Lausanne: *La Concorde*, 1933.

EUROPEAN PARLAMENT. *Acquisition and loss of citizenship in EU Member States: key trends and issues*. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625116/EPRS_BRI\(2018\)625116_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625116/EPRS_BRI(2018)625116_EN.pdf)>. Acesso em: ago. 2021

FREITAS, Caio G.; NORONHA, Carolina. *A perda da nacionalidade brasileira: o imbróglio jurídico do art. 12, parágrafo 4º, da CF e a PEC nº 6/2018*. In: MÔNACO, Gustavo (org.); CAMARGO, Solano de (org.); SANTORO, Raquel (org.). *Direito Internacional Privado: suas intersecções e o impacto da Covid-19*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Internacional Privado, 2021.

GORDON, Captain David S. *Dual nationality and the United States citizen*. *Military Law Review*, vol. 102, pp. 181-190, 1983.

HACKWORTH, Green Haywood. *Digest of International Law*. Washington: Government Printing Office, 1940.

HARPAZ, Yossi. *Citizenship 2.0: Dual Nationality as a Global Asset*. Princeton: Princeton University Press, 2019.

HARPAZ, Yossi; MATEOS, Pablo. *Strategic citizenship: negotiating membership in the age of dual nationality*. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 45, pp. 843-857, 2019.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/18>>. Acesso em: jul. 2021.

JONES-CORREA, Michael. *Under two flags: dual nationality in Latin America and its consequences for naturalization in the United States*. *International Migration Review*, vol. 35, pp. 997-1029, 2001.

JUSBRASIL. *Chinesa perde nacionalidade brasileira por cometer crimes*. Disponível em: <<https://jf-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2025854/chinesa-perde-nacionalidade-brasileira-por-cometer-crimes>>. Acesso em: ago. 2021.

KOSTEN, Dan. *Immigrants as Economic Contributors: They Are the New American Workforce*. Disponível em: <<https://immigrationforum.org/article/immigrants-as-economic-contributors-they-are-the-new-american-workforce/>>. Acesso em: ago. 2021.

LALAMI, Laila. *I'm a Muslim and Arab American. Will I Ever Be an Equal Citizen?* Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2020/09/17/magazine/im-a-muslim-and-arab-american-will-i-ever-be-an-equal-citizen.html>>. Acesso em: ago. 2021.

MARQUES DOS SANTOS, António. *Estudos de direito da nacionalidade*. Coimbra: Almedina, 1998.

MURRAY, Jessica. *UK presses China to let dual nationals join coronavirus exodus*. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/politics/2020/jan/29/uk-presses-china-to-let-dual-nationals-join-coronavirus-exodus>>. Acesso em: ago. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: < <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: ago. 2021.

OCDE. *Is migration good for the economy?* Disponível em: < <https://www.oecd.org/migration/OECD%20Migration%20Policy%20Debates%20Numero%202.pdf>>. Acesso em: ago. 2021.

ORLANDO, Giovanna. *Interesse por cidadania europeia aumenta até 200% na pandemia*. Disponível em: < <https://noticias.r7.com/internacional/interesse-por-cidadania-europeia-aumenta-ate-200-na-pandemia-19042021>>. Acesso em: ago. 2021.

PARMEGGIANI GOMES, Tatiana B. *Dupla nacionalidade no Brasil: acordos afetivos na construção de um entendimento*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-03/tatiana-parmeggiani-dupla-nacionalidade-brasil>>. Acesso em: mai. 2021.

PARMEGGIANI GOMES, Tatiana B.; MOURA CAÑIZO, Amanda de. A evolução da política de desencorajamento à dupla nacionalidade: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos da América. In: MÔNACO, Gustavo (org.); CAMARGO, Solano de (org.); SANTORO, Raquel (org.). *Direito Internacional Privado: suas intersecções e o impacto da Covid-19*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Internacional Privado, 2021.

PERI, Giovanni; ZAIOUR, Reem. *Citizenship for Undocumented Immigrants Would Boost U.S. Economic Growth*. Disponível em: < <https://www.americanprogress.org/issues/immigration/reports/2021/06/14/500433/citizenship-undocumented-immigrants-boost-u-s-economic-growth/>>. Acesso em: ago. 2021.

RATCLIFFE, Susan (org.). *Oxford Essential Quotations*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

RULE OF LAW EDUCATION CENTRE. *Dual citizenship debate*. Disponível em: < <https://www.ruleoflaw.org.au/constitution/dual-citizenship-debate/>>. Acesso em: ago. 2021.

SAFRONOVA, Valeriya. *The New American Status Symbol? A Second Passport*. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2020/08/20/style/golden-visa-second-passport-dual-citizenship.html>>. Acesso em: mai. 2021.

SEMOTIUK, Andy J. *Time For New Rules in Washington Dealing With Dual Citizenship*. Disponível em: < <https://www.forbes.com/sites/andyjsemotiuk/2020/10/28/time-for-new-rules-in-washington-dealing-with-dual-citizenship/?sh=6ebc0eef6fe8>>. Acesso em: ago. 2021.

SPIRO, Peter J. *What everyone needs to know*. Oxford: *Oxford University Press*, 2020.

TRUU, Maani. *Coronavirus border restrictions leave dual citizens in limbo, unable to easily leave the country*. Disponível em: < <https://amp.abc.net.au/article/100274870>>. Acesso em: ago. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *COVID-19 Travel Restrictions and Exceptions*. Disponível em: < <https://travel.state.gov/content/travel/en/us-visas/visa-information-resources/covid-19-travel-restrictions-and-exceptions.html>>. Acesso em: ago. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Child Citizenship Act*. Disponível em: < <https://www.congress.gov/106/plaws/publ395/PLAW-106publ395.pdf> >. Acesso em: mar. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Dual citizenship – security clearance implications*. Disponível em: < <https://careers.state.gov/wp-content/uploads/2016/02/Dual-Citizenship.pdf>>. Acesso em: ago. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Dual nationality*. Disponível em: < <https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/Advice-about-Possible-Loss-of-US-Nationality-Dual-Nationality/Dual-Nationality.html> >. Acesso em: abr. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Foreign Account Tax Compliance Act*. Disponível em: < <https://www.irs.gov/businesses/corporations/foreign-account-tax-compliance-act-fatca>>. Acesso em: ago. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Foreign-born workers made up 17.4 percent of labor force in 2019*. Disponível em: < <https://www.bls.gov/opub/ted/2020/foreign-born-workers-made-up-17-point-4-percent-of-labor-force-in-2019.htm>>. Acesso em: ago. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Frequently Asked Questions About International Individual Tax Matters*. Disponível em: < <https://www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/frequently-asked-questions-about-international-individual-tax-matters>>. Acesso em: ago. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Immigration and Nationality Act*. Disponível em: < <https://www.uscis.gov/laws-and-policy/legislation/immigration-and-nationality-act>>. Acesso em: mar. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Justice Department Secures Denaturalization of Convicted Terrorist Who Sought to Help al Qaeda Destroy the Brooklyn Bridge*. Disponível em: < <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-secures-denaturalization-convicted-terrorist-who-sought-help-al-qaeda>>. Acesso em: ago. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Naturalization Eligibility Worksheet Instructions*. Disponível em: < <https://www.uscis.gov/sites/default/files/document/guides/M-480.pdf>>. Acesso em: mar. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Naturalization Oath of Allegiance to the United States of America*. Disponível em: < <https://www.uscis.gov/citizenship/learn-about-citizenship/the-naturalization-interview-and-test/naturalization-oath-of-allegiance-to-the-united-states-of-america>>. Acesso em: abr. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996*. Disponível em: < <https://www.congress.gov/104/plaws/publ193/PLAW-104publ193.pdf>>. Acesso em: mai. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Policy Manual*. Disponível em: < <https://www.uscis.gov/policy-manual/volume-12-part-d-chapter-7>>. Acesso em: ago. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *The Immigration and Nationality Act of 1952 (The McCarran-Walter Act)*. Disponível em: < <https://history.state.gov/milestones/1945-1952/immigration-act>>. Acesso em: ago. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Constitution*. Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/constitution>>. Acesso em: ago. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *United States Income Tax Treaties*. Disponível em: < <https://www.irs.gov/businesses/international-businesses/united-states-income-tax-treaties-a-to-z>>. Acesso em: mai. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Naturalization: Annual Flow Report*. Disponível em: < https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/immigration-statistics/yearbook/2019/naturalizations_2019.pdf>. Acesso em: mai. 2021.

U.S. SUPREME COURT. *Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253 (1967). Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/387/253>>. Acesso em abr. 2021.

U.S. SUPREME COURT. *Kawakita v. U.S.*, 343 U.S. 717 (1952). Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/343/717>>. Acesso em: mai. 2021.

U.S. SUPREME COURT. *Ozawa v. U.S.*, 260 U.S. 178 (1922). Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/260/178>>. Acesso em ago. 2021.

U.S. SUPREME COURT. *Thind v. U.S.* 261 U.S. 204 (1923). Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/261/204>>. Acesso em: ago. 2021.

VARGAS; ROCHA; FIRMAN; LOPES. *Perda e reatuação da nacionalidade brasileira: os efeitos do caso Claudia Hoerig*. Disponível em: < http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2019/download/relatorios/CCS/DIR/DIR-Julia%20Aparecida%20Soares%20da%20Rocha,%20Mariana%20De%20Grossi%20Firman,%20Patricia%20Andrade.pdf>. Acesso em: jul. 2021.

WEISS, Cristian. *Em 15 anos, 170 mil brasileiros obtiveram cidadania europeia*. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/em-15-anos-170-mil-brasileiros-obtiveram-cidadania-europeia/a-49645185>>. Acesso em: ago. 2021.

WHERRY, Aaron. *Andrew Scheer's mid-campaign identity crisis*. Disponível em: <<https://www.cbc.ca/news/politics/andrew-scheer-american-citizenship-2019-election-1.5308174>>. Acesso em: ago. 2021.

WOOD, Robert. W. *Renouncing American Citizenship Hits All-time Record*. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/robertwood/2021/02/07/renouncing-american-citizenship-hits-all-time-record/?sh=621fb30a5127>>. Acesso em: ago. 2021.

YLE UUTISET. *Dual citizens now barred from military posts, with exceptions possible*. Disponível em: <https://yle.fi/uutiset/osasto/news/dual_citizens_now_barred_from_military_posts_with_exceptions_possible/10856626>. Acesso em: ago. 2021.

ALARGAMENTO DO CONCEITO DE SERVIÇO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EXPANSION OF THE CONCEPT OF SERVICE IN THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT

Djulia Raphaella L. Portugal Amâncio¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA – ISSQN; 1.1 Competência Municipal para instituir o ISS; 1.2. Conceito de serviço para fins de incidência de ISS na doutrina brasileira; 2. JULGAMENTO QUE DEU ORIGEM AO ENTENDIMENTO FIXADO NA SÚMULA VINCULANTE 31; 3. ANÁLISE DO CONCEITO DE SERVIÇO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF; 3.1. Contrato de Planos de Saúde 3.2. Contrato de Franquia; 3.3. Atividade de apostas e Taxatividade da Lista Anexa; 3.4. O alargamento do conceito de serviço na jurisprudência do STF; CONCLUSÃO.

RESUMO

O presente trabalho abordará o conceito de serviço dado pela jurisprudência do STF para fins de definição de competência tributária, buscando responder se a Suprema Corte tem alargado o conceito de serviço para fins de incidência de ISS. Para tanto, foi realizada revisão de literatura e pesquisa jurisprudencial dos *leading cases* que discutiram a matéria. O texto para examinar o percurso da jurisprudência do STF em relação ao conceito de serviço, antes estuda a competência para instituição do ISS e suas limitações legais e constitucionais, o conceito de serviço dado pela doutrina e o julgamento em que foi fixada a tese de Súmula Vinculante 31. A conclusão que se chegou é que as decisões proferidas pelo STF apontam para o afastamento do conceito de serviço estampado na Súmula Vinculante 31, sem efetivamente cancelar a referida súmula.

Palavras-chave: Imposto sobre Serviço de qualquer natureza; Súmula Vinculante; STF; serviço.

ABSTRACT

This paper will address the concept of service given by the STF jurisprudence for purposes of defining tax jurisdiction, seeking to answer whether the Supreme Court has broadened the concept of service for purposes of ISS levy. For that, a literature review and jurisprudential research of the leading cases that discussed the matter were carried out. The text to examine the trajectory of the STF jurisprudence in relation to the concept of service, before studying the

¹ Advogada. Graduada em Direito pelo Instituto de Direito Público de Brasília (IDP). Pós-Graduada em Direito Tributário e Finanças Públicas. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho.

competence to establish the ISS and its legal and constitutional limitations, the concept of service given by the doctrine and the judgment in which the Precedent thesis was established Binding 31. The conclusion reached is that the decisions rendered by the STF point to the removal of the concept of service embodied in Binding Precedent 31, without effectively canceling the aforementioned summary.

Keywords: Service tax of any nature; binding precedent; STF; service.

INTRODUÇÃO

Este artigo discute o entendimento do STF sobre o conceito de serviço para fins de definição de competência tributária prevista na constituição federal de 1988.

O tema é relevante, por conta da maneira como o constituinte utiliza esse conceito para demarcar os limites da competência estadual e municipal, e particularmente interessante, tendo em vista a maneira como a digitalização da economia acaba borrando o conceito de serviço que foi utilizado pelo texto constitucional.

O art. 156, III, da CF autoriza a instituição do Imposto Sobre Serviço de qualquer natureza, desde que não abrangidos pelo art. 155, II, CF e que serão definidos em lei complementar. No entanto, o legislador constitucional não definiu de forma explícita o que seria serviço para fins de incidência do tributo, o que ainda gera diversas discussões no judiciário e na doutrina, ainda mais com o advento de novas tecnologias.

Mesmo não havendo a conceituação direta do que seria serviço, é essencial delimitar seu escopo, pois o legislador municipal deve respeitar os preceitos constitucionais ao definir o campo material do tributo.

A jurisprudência do STF estampada na Súmula Vinculante 31 em que se discutia a constitucionalidade da incidência de ISS sobre a locação de bens móveis, fixou entendimento de que só seria serviço se envolvesse uma obrigação de “fazer”, um esforço humano.

Porém, nos últimos anos o STF, ao discutir o conceito de serviço para fins de incidência do ISS, decidiu que a divisão entre obrigações só faz sentido no Direito Civil e que o vocábulo “serviço” também deve ser interpretado com base também na ciência econômica.

Diante desses novos julgados e do fato da súmula vinculante 31 continuar vigente, questiona-se no presente trabalho se “O STF tem alargado o conceito de serviço para fins da incidência de ISS?”

A hipótese de que se parte é a de que o STF tem sim ampliado o conceito de serviço e afastado o entendimento estampado na Súmula 31, de que serviço seria apenas na hipótese de obrigação de “fazer” que envolva esforço humano.

A metodologia utilizada consiste em revisão de literatura e análise dos julgados do STF. Foram analisados os *leading cases* da matéria com o fim de examinar como o Tribunal vem ampliando a demarcação do conceito de serviço, diante do quadro jurisprudencial até então instalado.

Espera-se que o texto possa esclarecer o percurso da jurisprudência do STF no tocante ao conceito de serviço e como ele tem sido elasticado. Para tanto, este artigo pretende examinar a competência constitucional para instituição do ISS, bem como suas limitações constitucionais e legais, o conceito de serviço para fins de incidência de ISS na doutrina brasileira, o julgamento que deu origem a Súmula Vinculante 31 e analisar as decisões proferidas pelo STF que discutem esse conceito.

1. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA – ISSQN

O capítulo que se segue pretende analisar a competência municipal para instituir o ISS, sua previsão constitucional e legal e o conceito de serviço na doutrina.

1.1. Competência Municipal para instituir o ISS

A competência tributária é a aptidão para instituir tributos, e possui características como inegabilidade, privatividade, faculdade de exercício e irrenunciabilidade². Essa competência é autorizada e repartida pela Constituição e é uma norma rígida, ou seja, não pode ser alterada por dispositivo infraconstitucional.

O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) é de competência municipal e está previsto no art. 156, inciso III, da Constituição. Essa competência não pode ser delegada para outro ente, tendo em vista o princípio da autonomia municipal, previsto no art. 30, III, da CF. A competência municipal para instituir o ISS não pode ser transferida nem por emenda constitucional, tendo em vista o previsto no art. 60, § 4º, I, da CF.

² CARANZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 12ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999.

No entanto, o Município pode transferir para outra pessoa política a arrecadação e a fiscalização do tributo, sem recair em inconstitucionalidade, o que também é autorizado pelo art. 7º do CTN.

O art. 156, inciso III, da CF, confere aos municípios a competência para instituir imposto sobre serviços, desde que não compreendidos no art. 155, inciso II (ICMS)³. Caso o município tente tributar qualquer fato que ultrapasse o conceito de serviço será considerado inconstitucional por invasão de competência de outro ente⁴.

No âmbito infraconstitucional, o ISS é regulado pela Lei Complementar nº 116/03, que em seu artigo 4º definiu que o contribuinte do referido imposto é o prestador de serviço, tal limitação pessoal já existia desde 1968 estampada no art. 10º do Decreto Lei nº 406. A restrição pessoal foi feita pelo legislador infraconstitucional, pois a Constituição não prevê delimitações de sujeito passivo em relação ao ISS, como bem explica o professor Marçal Justen Filho:

“Nem há, nesse tópico, qualquer matéria atinente a limitação ao poder de tributar. Se, como visto, a Constituição Federal atribuiu competência ampla, sujeita apenas aos limites decorrentes de imunidade, os limites constitucionais da competência tributária atribuída ao Município coincidem com os limites lógicos-jurídicos do âmbito de possível incidência. Fora parte das hipóteses de imunidade, todos os sujeitos conviventes em sociedade, que praticarem conduta que se submeta aos critérios material, espacial e temporal da hipótese de incidência, podem ser abrangidos pelo aspecto pessoal.”⁵

Assim, verifica-se que mesmo não havendo limitação pessoal do contribuinte do ISS pela constituição tal limitação foi feita pela legislação infraconstitucional, que delimitou que o contribuinte será o prestador de serviço que pode ser pessoa física, como o trabalhador autônomo, ou jurídica.

Em relação ao aspecto material, mesmo a constituição federal definindo o imposto sobre serviço de qualquer natureza o que se entende e é que a tributação ocorre sobre a prestação de serviços. Restringir apenas ao vocábulo serviço não abrange os elementos indispensáveis a configuração deste, como o prestador e o tomador⁶.

Aliado a isso, a própria Lei Complementar estende a materialidade a prestação de serviços e determina a incidência do tributo mesmo que o serviço não seja a atividade preponderante do prestador.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

⁴ FALCÃO, Amílcar de Araújo. Sistema Tributário Brasileiro. 1ª Ed. 1965. Rio de Janeiro.

⁵ FILHO, Marçal Justen. O Imposto sobre Serviço na Constituição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.

⁶ MELO, José Eduardo Soares de. ISS – Aspectos teóricos e práticos. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

A Constituição remete à lei complementar a definição dos serviços que incidirão, entretanto, algumas atividades levantam debates sobre a incidência do ISS que são levados ao STF. Esses debates, em sua maioria, giram em torno de definir se uma atividade é ou não serviço para fins de incidência do ISS. No próximo tópico será analisado o conceito de serviço para a doutrina antes de se analisar o que vem entendendo a jurisprudência da Suprema Corte.

1.2. Conceito de serviço para fins de incidência de ISS na doutrina brasileira

É fundamental a delimitação do que é serviço para fins de incidência tributária, pois a ausência de conceito explícito, não significa que o ente tenha liberdade total para fazer essa definição, mesmo que a constituição autorize a definição de serviço em lei complementar, como bem apontado por Geraldo Ataliba:

“A circunstância de outorgar a Constituição à lei complementar a tarefa de definir os serviços não quer significar, absolutamente, que a Constituição tenha dado ao legislador complementar liberdade para ampliar o conceito de serviço pressuposto constitucionalmente.”⁷

Assim, constata-se que o legislador tem competência para definir os serviços tributáveis, mas deve se basear nos preconceitos constitucionais e respeitar seus limites, no momento de definir o campo material do tributo⁸.

A definição do conceito de serviço, é fundamental para o legislador complementar, no momento de definir quais os serviços, para o legislador municipal, no momento da instituição do tributo por lei e para o contribuinte, para que este possa identificar o imposto devido está dentro dos limites da constitucionalidade⁹.

Passada a análise da importância do conceito de serviço e os limites constitucionais que devem ser respeitados pelos legisladores infraconstitucionais, explanaremos o conceito de serviço dado por alguns doutrinadores.

Para Hugo de Brito Machado, o vocábulo “serviço”, possui vários significados, mas dentre eles a ideia de que seria uma ação que supre uma necessidade¹⁰. Em linha análoga, Aires

⁷ ATALIBA, Geraldo. Imposto sobre serviços – Diversões Públicas -Convites e Ingressos Gratuitos. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1971.

⁸ BARRETO, Aires Fernandino. ISS na Constituição e na Lei. 3ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

⁹ LIMA, Júlia Silva e. ISS e o conceito constitucional de serviço de qualquer natureza. 2019. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. O conceito de serviço e algumas modalidades listados no anexo da LC nº 116/03. In: Tôres, Heleno Taveira, ISS na Lei complementar n. 116/2003 e na Constituição. Barueru. Manoele, 2004.

Barreto leciona que serviço é uma espécie do gênero trabalho, sendo um esforço humano desenvolvido em favor de terceiros ¹¹.

Já para um “serviço”, ser considerado “serviço tributável” é necessário que haja fim econômico:

“Só é serviço tributável, destarte, o esforço humano com conteúdo econômico. Somente aqueles fatos que tenham real conteúdo econômico poderão ser erigidos em materialidade da hipótese de incidência do ISS, dado que é a dimensão econômica de cada fato, que irá permitir que sua ocorrência concreta dimensione, de alguma maneira, o tributo e, portanto, possa a ser reconhecida como indicio de capacidade contributiva”. ¹²

Sendo assim, conclui-se que serviços prestados gratuitamente ou em fazer próprio não são tributados pelo ISS. Conforme leciona Paulo de Barros Carvalho, também não são tributados pelo ISS os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e os serviços de comunicação, por serem de competência dos estados e do Distrito Federal, nem os serviços públicos prestados, tendo em vista o princípio da imunidade recíproca e nem os serviços prestados em subordinação, como emprego ¹³.

Importa destacar ainda, que não é tributada a prestação de serviço, não sua fruição, conforme regulado por lei complementar, o contribuinte é o prestador do serviço e não quem usufrui.

Visto o conceito puro de serviço, passamos a analisar o que seriam os serviços de para fins de incidência de ISS. Como a Constituição não tem previsão expressa sobre o que seria serviço para fins de tributação, alguns doutrinadores defendem que deve-se observar o Direito Privado, não sendo autorizado ao legislador ordinário alterar o conceito, conforme previsto no art. 110, do CTN ¹⁴.

Buscando no Direito Privado um conceito, baseado nos arts. 593 a 609 do Código Civil, verifica-se que existem obrigações de dar e de fazer, Aires Barreto assim conceitua esses institutos: “Nas obrigações *ad dandum* ou *ad tradendum* consiste a prestação em entregar alguma coisa (dar), enquanto as *in faciendo* referente a ato ou serviço a cargo do devedor (prestador)” ¹⁵.

Pode-se, ainda, classificar prestação de fazer como “aquela que se opera pela ação pessoal do devedor, cuja relevância não está na tradição do bem, ainda que ela possa

¹¹ BARRETO, Aires Fernandino. ISS na Constituição e na Lei. 3ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

¹² *Ibidem*.

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário? Linguagem e método. 7ª ED. São Paulo. Noeses, 2018.

¹⁴ HARADA, Kiyoshi. ISS: doutrina e prática. 2ª ED. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁵ BARRETO, Aires Fernandino. ISS na Constituição e na Lei. 3ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

eventualmente ocorrer¹⁶. Assim, serviço possui características de uma obrigação “de fazer” em face de outrem, diante disso, pode-se afirmar que as obrigações de fazer ensejam a incidência do ISS, mas as obrigações de dar não.

Com isso, conclui-se que “o serviço que pode ser sujeitar ao ISS é o esforço humano em benefícios de terceiros como fim do contrato de prestação de serviços”¹⁷. Fixado o conceito de serviço dado pela doutrina e pelo direito privado, no próximo capítulo analisaremos como a jurisprudência do STF interpreta o art. 156, III, da CF.

2. JULGAMENTO QUE DEU ORIGEM AO ENTENDIMENTO FIXADO NA SÚMULA VINCULANTE 31

No ano de 2000, no julgamento do Recurso Extraordinário 116.121-3/SP¹⁸ o Min. Marco Aurélio, proferiu voto vencedor pela inconstitucionalidade da cobrança de ISS sobre operação de locação de bens móveis, com o fundamento de que o referido tributo só incide em obrigações típicas de fazer.

Tal julgamento foi decorrente de outros julgados no mesmo sentido que modificaram o entendimento do STF aplicado por mais de trinta anos de que poderia incidir ISS sobre bens móveis caso a contratação não fosse apenas para o uso do bem, mas também para prestação de um serviço¹⁹. Neste capítulo examina-se o julgamento que deu origem ao entendimento firmado na súmula vinculante 31.

No julgamento do RE 116.121-3/SP discutia-se a constitucionalidade da incidência de ISS sobre a locação de bens móveis e a violação ao art. 110, do CTN, uma vez que a incidência do referido imposto sobre locação seria desconstruir o conceito de serviço dado pelo código civil.

O relator Min. Octavio Gallotti conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento. Para tanto, fundamentou, em síntese, que a jurisprudência do STF nas duas turmas era de que a locação de bens móveis é a venda do direito de uso e fruição da coisa, o que acaba por constituir

¹⁶ BAPTISTA, Marcelo Caron. ISS: do texto à norma: doutrina e jurisprudência da EC nº 18/65 à LC nº 116/03. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

¹⁷ Lima, Júlia Silva e. ISS e o conceito constitucional de serviço de qualquer natureza. 2019. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 116121, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 11 out. 2000, DJ 25 mai. 2001.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 112947, Rel. Min. Carlos Madeira, Segunda Turma, julg. em 19 jun. 1987, DJ 07 ago. 1987 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 115103, Rel. Min. Oscar Correa, Primeira Turma, julg. 22 mar. 1988, DJ 29 abr. 1988.

um serviço²⁰. Fundamentou também que nestes casos ocorre a *utilitatis causa*, pois o bem móvel locado é utilizado na prestação de um serviço.

Importa destacar, que o relator não afirmou que a locação, no sentido de cessão de bem, seria enquadrada como serviço, mas que no caso em contrato a locação de guindaste era uma atividade econômica que não se tratava apenas de cessão da máquina e que, sendo assim poderia ser enquadrada como serviço tributável.

O Min. Octavio Galloti foi acompanhado pelos Ministros Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. No entanto, o Min. Marco Aurélio abriu divergência dando provimento ao recurso do contribuinte por entender que o fato gerador do ISS ocorre apenas quando há envolvimento de esforço humano.

O Min. Celso de Mello acompanhou a divergência, sob o fundamento de que o ISS somente poderia incidir sobre obrigações de fazer, asseverou ainda que o ente no exercício de sua competência só pode qualificar como tributados atos e fatos que sejam serviço de fato.

Os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello foram acompanhados pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Neri da Silveira e Moreira Alves e a turma, por maioria, deu provimento ao recurso do contribuinte para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis", constante do item 79 da lista de serviços a que se refere o Decreto-lei nº 406/ 1968. O julgado foi assim ementado:

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional²¹.

Em decorrência de diversos julgados no mesmo sentido foi aprovada a súmula vinculante 31 que segue vigente até os dias de hoje:

Súmula vinculante 31: É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis²².

Entretanto, foram proferidas decisões em situações de locações mistas, que envolvem locação de bem móvel e prestação de serviço no mesmo contrato, em que o STF

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 115103, Rel. Min. Oscar Correa, Primeira Turma, julg. 22 mar. 1988, DJ 29 abr. 1988.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 116121, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 11 out. 2000, DJ 25 mai. 2001.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 31. Tribunal Pleno, Dj 17 fev. 2010.

afastou a incidência da Súmula vinculante 31 e autorizou a cobrança do ISS²³. Fato que aponta para uma possível mudança no entendimento da Suprema Corte, como veremos no próximo capítulo.

3. ANÁLISE DO CONCEITO DE SERVIÇO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Observando algumas decisões proferidas pelo STF, como já dito, desprende-se que a Corte tem caminhado para um alargamento do conceito de serviço, a partir de agora analisaremos algumas dessas decisões.

3.1. Contrato de Planos de Saúde

O RE 651.703/PR²⁴, Tema 581 da repercussão geral, de relatoria do Min. Luiz Fux discutia a inconstitucionalidade da incidência de ISS sobre a atividade de administração de planos de saúde. O recurso extraordinário foi interposto pelo contribuinte Hospital Marechal Cândido Rondon LTDA que defendia a não incidência do ISS, pois a atividade das empresas de seguro de saúde consiste em obrigação de dar e não de fazer.

O contribuinte argumentou ainda que para classificar uma obrigação deve ser analisado o interesse buscado pelo credor da prestação, sendo irrelevante a atividade-meio para satisfação do objetivo dos usuários.

O STF negou provimento ao recurso do contribuinte fixando a seguinte tese:

A classificação das obrigações em “obrigação de dar”, de “fazer” e “não fazer”, tem cunho eminentemente civilista, como se observa das disposições no Título “Das Modalidades das Obrigações”, no Código Civil de 2002 (que seguiu a classificação do Código Civil de 1916), em: (i) obrigação de dar (coisa certa ou incerta) (arts. 233 a 246, CC); (ii) obrigação de fazer (arts. 247 a 249, CC); e (iii) obrigação de não fazer (arts. 250 e 251, CC), não é a mais apropriada para o enquadramento dos produtos e serviços resultantes da atividade econômica, pelo que deve ser apreciada cum grano salis²⁵.

Em seu voto condutor o relator o Min. Luiz Fux destacou alguns pontos: a necessidade de aplicar extensivamente a expressão “de qualquer natureza” prevista na Constituição Federal, que o vocábulo “serviço” deve ser interpretado com base também na

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3142, Rel. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. 05 ago. 2020, DJe-246, 09 out. 2020.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 651703. Relator Ministro Luiz Fux. Dje 29/09/2016.

²⁵ Idem.

ciência econômica. O voto destacou ainda que deve ser aplicado o conceito de serviço previsto no Código de Defesa do consumidor.

O ministro relator também afastou a jurisprudência da Corte que aplicava o conceito do Código Civil para definir que o ISS apenas incidiria nas obrigações de fazer. Para tanto, fundamentou que a dicotomia entre obrigação de dar e fazer faz sentido apenas no Direito Civil, mas não no Direito Tributário, uma vez que classificar as obrigações afastaria o que o legislador constitucional buscou com o ISS.

O ministro Marco Aurélio divergiu reafirmando a jurisprudência fixada na súmula vinculante 31 e ressaltando a importância da dicotomia entre obrigação de dar e fazer. No entanto, a maioria acompanhou o relator negando provimento ao extraordinário e autorizando a incidência do ISS nas operadoras de planos de saúde e seguro-saúde. Depois deste julgamento vieram outros que também afastaram a dicotomia entre obrigação de dar e fazer anteriormente aplicada.

3.2. Contrato de Franquia

Em 2010 foi reconhecida a repercussão geral da matéria sob o tema 300 de repercussão geral. Trata-se de recurso extraordinário interposto pela Venbo Comércio de Alimentos Ltda contra o município do Rio de Janeiro.

O contribuinte impetrou mandando de segurança buscando a declaração de inexistência de relação jurídica tributária entre ele e a cidade do Rio de Janeiro no que tange a incidência do ISS sobre os *royalties* decorrentes dos contratos de franquias. A sentença denegou a segurança e a decisão foi mantida em segunda instância.

O RE 603.136/RJ de relatoria do Ministro Gilmar Mendes foi julgado em maio de 2020²⁶.

O STF por maioria negou provimento ao recurso extraordinário do contribuinte e fixou a tese de que é constitucional a incidência de ISS sobre contratos de franquias, nos termos do voto do relator.

O Ministro Gilmar Mendes em seu voto fundamentou em uma linha bem distinta da acolhida no RE nº 116.121-3/SP, afirmando que não é possível mais realizar uma distinção entre obrigação de dar e fazer e que este entendimento estaria velho. Para o relator o contrato de franquias inclui prestações de “dar” e de “fazer”.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 603.136/RJ. Relator Ministro Gilmar Mendes. Dje 16/06/2020.

O relator fundamentou que não se trata apenas de uma obrigação de dar, visto que envolve cessão de direitos, assistência técnica, distribuição de produtos e serviços, administração de negócios, direcionamento de montagem das lojas, publicidade, treinamento de funcionários, dentre outras prestações.

O Ministro Gilmar também destacou que não se pode falar em divisão entre “atividade-meio” e “atividade fim”, pois o contrato de franquia envolveria ambas as atividades. Concluiu asseverando que esta distinção geraria a criação de uma atividade econômica as margens da tributação o que violaria os princípios do sistema tributário nacional o que dificultaria a garantia de direitos fundamentais pelo Estado.

O relator foi acompanhado pelos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Roberto Barroso.

O Ministro Marco Aurélio abriu divergência e foi acompanhado pelo Ministro Celso de Mello. Para O Ministro Marco Aurélio o contrato de franquia é sobre a disponibilização da marca ou patente, sendo os demais desdobramentos do contrato apenas acessórios.

Neste caso, verifica-se o afastamento da tese fixada na súmula vinculante 31, pois segundo Aires F. Barreto o contrato de franquia é “contrato pelo qual uma pessoa, mediante certas condições, cede à outra o direito de comercializar produtos ou marcas de que é titular”²⁷, sendo assim trata-se de uma modalidade de cessão de direitos.

Sendo a locação uma espécie de cessão de direitos fica configurada uma obrigação de dar, sendo assim se enquadraria nos moldes da súmula 31²⁸, mas o STF decidiu que se tratava de contrato de natureza híbrida, existindo prestação de serviço e dessa forma poderia incidir o ISS.

3.3. Atividade de apostas e Taxatividade da Lista Anexa

²⁷ BARRETO, Aires F. ISS não incidência sobre franquias. Revista de Direito Tributário, n. 68, p. 216-224, 1994. p. 223.

²⁸ GONÇALVES, Carla de Lourdes; PINHEIRO, Hendrick. O APARENTE OVERRULING DA SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 31 PELAS RECENTES DECISÕES DO STF SOBRE ISS. XVII Congresso Nacional de Estudos Tributários. IBET Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. 2020. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/o-aparente-overruling-da-sumula-vinculante-n-31-pelas-recentes-decisoes-do-stf-sobre-iss-por-carla-de-lourdes-goncalves-e-hendrick-pinheiro/>. Acesso em 29/7/2021.

O RE 634.764²⁹, Tema 700 de Repercussão Geral, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, discutia a incidência de ISS sobre a exploração da atividade de apostas. O processo foi julgado em 2020.

O recurso do contribuinte foi, por maioria, provido parcialmente, sendo firmada a seguinte tese:

“Recurso Extraordinário com repercussão geral. Tema 700. 2. Tributário. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. 3. Incidência sobre exploração de atividade de apostas. Possibilidade. 4. Base de cálculo. Valor a ser remunerado pela prestação do serviço. Inconstitucionalidade da tributação do valor total da aposta. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido.”

O relator fundamentou em seu voto condutor que a distinção entre obrigação de dar e fazer ainda pode ser utilizada para justificar a incidência do ISS, mas destacou seu entendimento de que esta definição nem sempre é suficiente para enquadrar uma atividade.

Fundamentou ainda, com base no conceito dado pelo professor Kiyoshi Harada,³⁰ que serviço é prestar trabalho ou atividade a terceiro, e que sendo assim, diante do objetivo econômico, há serviço na atividade venda de bilhete de apostas.

O Min. Gilmar Mendes foi acompanhado pela maioria e foi firmada tese no sentido de ser constitucional a incidência do ISS, sobre exploração da atividade de apostas. A única divergência foi do Min. Marco Aurélio, que entendeu que venda de apostas não é serviço.

O Ministro, redator do voto do processo em que foi firmado o entendimento da súmula vinculante 31, fundamentou que serviço não pode ser confundido com venda e que, neste caso não a obrigação de fazer.

Neste caso, mesmo o voto do relator tendo partindo de que a venda de bilhetes seria obrigação de fazer, este julgamento também se afastou do fundamento utilizado no entendimento da súmula 31.

No RE 784.439³¹, Tema de Repercussão Geral 296, também julgado em junho de 2020, o STF decidiu que *“É taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, admitindo-se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva”*.

O recurso, de relatoria do Min. Rosa Weber, discutia duas questões, a primeira se a lista de serviços seria taxativa ou exemplificativa e a segunda era se a interpretação da referida lista seria extensiva ou restritiva.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 634764, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julg. 08 jun. 2020, DJe 01 jul. 2020.

³⁰ HARADA, Kiyoshi. ISS. Doutrina e Prática. São Paulo: Atlas, 2014.

³¹ BRASIL. STF. 784439, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe15 set. 2020.

Por maioria o STF negou provimento ao recurso do contribuinte, sendo firmado o entendimento esboçado no voto da relatora. A Min. Rosa Weber para decidir pela taxatividade da lista fundamentou, com base na jurisprudência da Suprema Corte, que o inciso III do art. 156 prevê que são tributados os serviços definidos em lei complementar e que essa, definindo os serviços tributáveis, está realizando sua finalidade principal e prevista na constituição.

Já para decidir que a interpretação da lista é ampliativa para todos os itens da lista de serviços a relatora asseverou que “*os efeitos jurídicos de um fenômeno dependem daquilo que ele é realmente, e não do nome a ele atribuído pelas partes*”³², destacou que nesse sentido é o § 4º do art. 1º da LC 116/2003. A relatora foi acompanhada pelos Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski acompanhavam a relatora, mas divergiam quanto a tese fixada. O Min. Gilmar sugeriu que a interpretação da lista fosse extensiva somente nos casos em que exista abertura textual (“congêneres”, “qualquer”, “quaisquer”, “outros”). O Ministro Marco Aurélio divergiu, fixando tese de que a lista de serviços é taxativa e deve ser interpretada restritivamente.

Neste julgando também se vislumbra a ampliação do conceito e serviço, pois a relatora destaca que pode ser tributado como serviço atividades que não se enquadram em outra categoria.

3.4. O alargamento do conceito de serviço na jurisprudência do STF

Passada a análise dos precedentes citados, em que o Supremo Tribunal Federal discute o conceito de serviço para fins de imposição do imposto sobre serviços de qualquer natureza, verifica-se que o STF tem caminhado para uma tendência de revisão da orientação anteriormente assumida e por conseguinte de ampliação do conceito de serviço para fins fiscais.

Percebe-se claramente que os votos mais recentes têm se afastado de definição de que serviço seria uma obrigação de fazer e não de dar, estampada no julgamento que deu origem à súmula vinculante 31, o que fica claro na fundamentação dos votos dos Ministros, como por exemplo nos REs 651.703/PR e RE 603.136/RJ.

A Suprema Corte parece ainda relutante quanto a possibilidade de rediscutir diretamente esse conceito inclusive promovendo o cancelamento da súmula vinculante 31, mas

³² Idem.

não se pode negar que indiretamente na fundamentação das decisões o STF tem negado as premissas da referida súmula.

O que resta é aguardar para saber por quanto tempo o fundamento da súmula vinculante 31 será afastado implicitamente antes de proporem seu efetivo cancelamento ou adaptação.

CONCLUSÃO

Esse artigo pretendeu analisar como o STF conceitua “serviço” para fins de incidência de ISS, previsto no art. 156, III, da CF através de pesquisa bibliográfica e consulta jurisprudencial.

Para se atingir a compreensão do tema e o objetivo principal, de esclarecer o percurso da jurisprudência do STF no tocante ao conceito de serviço e como ele tem sido elástico, se analisou a competência municipal para instituir o ISS, bem como a limitação material e pessoal do referido tributo. Analisou-se também o conceito de serviço dado pela doutrina, para em seguida analisar a delimitação dada pela jurisprudência do STF no julgamento que deu origem a Súmula Vinculante 31 e nos novos processos que discutiram o tema.

No momento da análise do conceito de serviço na doutrina, verificou-se que diante da ausência de conceito expresso na constituição do que seria serviço, alguns doutrinadores defendem que o legislador constituinte se baseou no conceito do Direito Privado, especialmente na divisão das obrigações entre “dar” e “fazer” para delimitar o alcance do tributo. Assim, para caracterizar serviço para fins de incidência do ISS seria necessário que a atividade envolvesse uma obrigação de fazer com fim econômico.

Esse entendimento também era o do STF, inclusive com a aprovação da súmula vinculante 31. No entanto, analisando as decisões do STF que também enfrentaram o tema verifica-se que a Suprema Corte tem caminhado para uma ampliação desse conceito.

Diante disso, pode-se afirmar que o STF tem sim alargado o conceito de serviço para fins da incidência de ISS.

Assim, a hipótese do trabalho, de que o STF em novos julgamentos tem sim afastado o conceito de serviço estampado na súmula 31 de que serviço seria apenas na hipótese de obrigação de “fazer” que envolva esforço humano, se confirmou. É o que pode se afirmar, tendo em vista que desde o RE 651.703/PR a Suprema Corte quando revisita o tema afasta o entendimento da súmula vinculante 31.

Inclusive nos julgamentos dos RE 651.703/PR, RE 603.136/RJ e RE 634.764 o voto vencedor afasta expressamente a dicotomia entre obrigações de “dar” e “fazer”, fundamentando que esta já não seria suficiente para delimitar o que seria serviço ou que estaria ultrapassada. Porém, em que pese esses novos julgamentos a súmula vinculante 31 não foi cancelada e nem atualizada.

Sendo assim, verifica-se que sim, o STF tem alargado o conceito de serviço para fins da incidência de ISS sem efetivamente cancelar a súmula 31. Isso porque da análise dos últimos processos que enfrentaram o tema do conceito de serviço, constata-se que a Suprema Corte afastou expressamente o entendimento firmado na súmula vinculante 31, mas sem cancelá-la.

Assim, ao contribuinte do referido tributo resta continuar pedindo a aplicação da súmula vinculante 31 ao seu caso, caso seja favorável, enquanto o STF não atualiza ou cancela tal súmula.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Imposto sobre serviços – Diversões Públicas -Convites e Ingressos Gratuitos. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1971.

BARRETO, Aires Fernandino. ISS na Constituição e na Lei. 3ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

BARRETO, Aires F. ISS não incidência sobre franquias. Revista de Direito Tributário, n. 68, 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

BAPTISTA, Marcelo Caron. ISS: do texto à norma: doutrina e jurisprudência da EC nº 18/65 à LC nº 116/03. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 112947, Rel. Min. Carlos Madeira, Segunda Turma, DJE 07/08/1987

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 115103, Rel. Min. Oscar Correa, Primeira Turma, DJE 29/04/1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 116121, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJE 25/05/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 31. Tribunal Pleno, DJE 17/02/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 651703. Rel. Ministro Luiz Fux. DJE 29/09/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3142, Rel. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe, 09/10/20206

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 634764, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJE 01/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 603.136/RJ. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJE 16/06/2020.

BRASIL. STF. 784439, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJE 15/09/ 2020.

CARANZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 12ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário? Linguagem e método. 7ª ED. São Paulo.
FALCÃO, Amílcar de Araújo. Sistema Tributário Brasileiro. 1ª Ed. 1965. Rio de Janeiro.
FILHO, Marçal Justen. O Imposto sobre Serviço na Constituição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985.

GONÇALVES, Carla de Lourdes; PINHEIRO, Hendrick. O APARENTE OVERRULING DA SÚMULA VINCULANTE NÚMERO 31 PELAS RECENTES DECISÕES DO STF SOBRE ISS. XVII Congresso Nacional de Estudos Tributários. IBET Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. 2020. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/o-aparente-overruling-da-sumula-vinculante-n-31-pelas-recentes-decisoes-do-stf-sobre-iss-por-carla-de-lourdes-goncalves-e-hendrick-pinheiro/>. Acesso em 29/7/2021.

HARADA, Kiyoshi. ISS. Doutrina e Prática. São Paulo: Atlas, 2014.

LIMA, Júlia Silva e. ISS e o conceito constitucional de serviço de qualquer natureza. 2019. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. O conceito de serviço e algumas modalidades listados no anexo da LC nº 116/03. In: Tôrres, Heleno Taveira, ISS na Lei complementar n. 116/2003 e na Constituição. Barueri: Manoele, 2004.

MELO, José Eduardo Soares de. ISS – Aspectos teóricos e práticos. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

Neuropolítica nas eleições de 2018: O PSL e o voto afetivo

Leonardo Reisman¹

1. Introdução

A reconfiguração da política brasileira sacramentada pelas eleições de 2018 representa um vastíssimo campo de análise para a Ciência Política contemporânea. Ruiu o tradicional eixo político-partidário nacional, vetor de organização dos últimos seis embates eleitorais nacionais (1994, 1998, 2002, 2006, 2010 e 2014), polarizados entre o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). A nova arquitetura partidária possui o PSL (Partido Social Liberal) como protagonista. Além do presidente da República, o partido elegeu 52 deputados federais, 4 senadores, 3 governadores e 76 deputados estaduais/distritais.

Das diversas óticas possíveis para a compreensão deste fenômeno, a escolhida pelo presente artigo baseia-se em duas análises: a primeira, de cunho analítico, se utiliza da literatura de tipologia de partidos políticos para classificar o PSL (Partido Social Liberal), na escala *policy/office/vote seeking*, criada pelo cientista político canadense Steven B. Wolinetz. A segunda, descritiva e propositiva, olha para o comportamento de seu eleitorado. Partindo do pressuposto de que emoção e razão se inter-relacionam e estimulam comportamentos políticos, apresentamos o modelo da Inteligência Afetiva (*Affective Intelligence Theory*) como possível teoria explicativa para a votação massiva nos candidatos do PSL. Em recente trabalho (Marcus, 2019), autores utilizaram o modelo para demonstrar que as emoções – especialmente o medo e a raiva – são determinantes no processo decisório dos eleitores que votam em líderes populistas da direita e extrema-direita e defendem políticas de perfil autoritário.

Argumentamos que diante de algumas características do PSL de 2018 - inconsistência programática, baixa representatividade prévia à eleição, e orientação *vote seeking* -, a explicação dos votos obtidos pelo partido não deve ser explicada a partir de um modelo puramente baseado na escolha racional, mas sim também levando em conta a dinâmica emocional dos eleitores como determinante para o resultado obtido.

¹ Diretor de Negócios, Ciência, Tecnologia e Inovação da BIOTIC S/A e membro da carreira de gestores governamentais do Ministério da Economia. Mestre e doutorando em Ciência Política pela Universidade de Brasília, certificado pela George Washington University (GWU) em Inovação em Governo e pela Indiana University (IU) em Liderança Pública.

2. Revisão da literatura: partidos políticos

Organização dos partidos políticos: as três ondas de estudos

Os estudos da Ciência Política que possuem os partidos políticos como objeto de análise (essencialmente em seu aspecto organizacional) reconhecem três ondas de modernização e adaptação desse tipo de organização. Consideramos importante trazê-las à tona para que sirvam como nosso fio condutor:

1) A primeira onda de adaptação e modernização dominou o intervalo entre 1890 e a primeira Guerra Mundial. Nesse período, as circunstâncias sociais, econômicas e políticas na Europa levaram a uma transformação do tradicional partido liberal do século XIX (partidos “cadre”/ de quadros) para os partidos de massa (ambas as nomenclaturas foram definidas por Duverger);

2) A segunda onda, colocada em movimento no pós-segunda Guerra, inaugurou o conceito de partido *catch-all*, termo desenvolvido por Otto Kirchheimer em 1965 (seu trabalho foi publicado em inglês em 1966);

3) O terceiro período de mudanças partidárias começou durante a década de 70 e levou a uma variedade de modificações no partido *catch-all*, com uma série de tipologias complementares. Ainda que não haja um consenso sobre um modelo consagrado dentro da terceira onda, utilizaremos os trabalhos de Katz & Mair (1995) e Wolinetz (2002) como paradigmas conceituais dentro desse período. Tal combinação, aliada a características do modelo *catch-all*, sugere um maior potencial analítico do que a utilização isolada de um dos dois modelos.

Partidos de quadro e partidos de massa

Maurice Duverger, no início da década de 50, escreveu um dos grandes clássicos da literatura mundial sobre organizações partidárias. Em sua obra, *Os partidos políticos*, o autor elaborou sua teoria geral dos partidos, influenciando todo o debate e a agenda de pesquisa sobre o tema na segunda metade do século XX.

Para Duverger (1970), os grupos parlamentares aristocráticos, diante do fenômeno da democracia representativa, viram-se obrigados a exercer o poder político em nome do povo, a partir da soberania popular, com mandatos fixo e renováveis. Essa mobilização para uma nova disputa eleitoral, não mais baseada em critérios de nobreza, mas sim no voto, foi a gênese dos chamados partido de quadros. Segundo o autor, o

partido de quadros (...) procura reunir pessoas ilustres para preparar as eleições, conduzi-las e manter o contato com os candidatos. Pessoas ilustres cujo nome, prestígio ou brilho servirão como caução ao candidato e lhe garantirão voz; técnicos notáveis que conhecem a arte de manipular os eleitores e de organizar uma campanha; notáveis financiadores que trarão o que há de mais essencial, o dinheiro. Aqui é a qualidade o que mais importa: o tamanho do prestígio, a habilidade da técnica, o montante financeiro. (Duverger, 1970, p.).

Seguindo o raciocínio, a evolução do ambiente eleitoral gerou uma arena cada vez mais competitiva: a ampliação e a universalização do sufrágio incluíram um contingente de pessoas (entre elas as massas proletárias) dispostas a participar da disputa eleitoral. Essa nova dinâmica fez emergir os chamados partidos de massas. Diferentemente dos primeiros, que tiveram uma origem endógena ao próprio sistema político, essas novas organizações vinham dos grupos sociais organizados, como, por exemplo, os sindicatos.

É importante apontar que o partido de massa seria o partido mais adaptado às condições impostas pela democracia moderna. O autor acreditava que a intensificação do processo democrático geraria o chamado “contágio pela esquerda”, na medida em que os partidos de quadros se veriam forçados a adotar diversas características dos partidos de massas.

Para Peres (2009), os partidos de quadros —geralmente burgueses— caracterizar-se-iam por: (a) pouca atividade de recrutamento, (b) atividade partidária apenas eleitoral, (c) financiamento autônomo das próprias elites partidárias, (d) pouca complexidade administrativa, (e) direção concentrada e personalista, (f) alto grau de disputa interna entre poucos e pequenos grupos desvinculados da base, (g) pouca consistência programática, (h) pouca importância dada a fatores ideológicos e (i) estrutura decisória descentralizada e pouco hierárquica. Os partidos de massas, por sua vez — os socialistas e comunistas—, apresentariam: (a) atividades de recrutamento permanentes, (b) atividades de propaganda e de doutrinação constantes, (c) contribuições financeiras dos membros ao partido, (d) uma organização complexa, com rede de unidades e subunidades políticas e uma burocracia permanente, (e) pouco personalismo das lideranças, (f) disputas internas orientadas por divergências ideológicas, (g) alta consistência programática, (h) grande relevância de fatores ideológicos e (i) uma estrutura decisória hierárquica e centralizada.

Partidos *catch-all*

O alemão Otto Kirchhemeier inicia a construção de sua tipologia partidária consagrada (partido do tipo *catch-all*) a partir de uma análise sobre as falhas dos maiores partidos europeus enquanto “correias de transmissão” entre a população em geral e as estruturas governamentais.

Como já anteriormente exposto, o surgimento desse tipo de partido encontra-se temporalmente localizado em uma “segunda onda” de modernização organizacional da política contemporânea, posterior a Segunda Guerra Mundial. Foi precedida por uma “primeira onda”, iniciada quase meio século antes, que produziu o chamado partido de massa, cujas características abordamos na seção anterior.

O autor aponta a quase extinção do partido burguês, do velho estilo da representação individual (Neuman, 1956), também conceituado como de partido de quadros (Duverger, 1956). De maneira paralela, os partidos de massa, produtos de uma era na qual havia uma rígida linha divisória entre as classes e estruturas de clivagens marcantes, transformava-se em um outro tipo de organização, que Kirchhemeier conceituou como partido *catch-all*.

Essa transformação, como dito, surge em um cenário de suavização dos acima referidos conflitos sociais tradicionais, fossem eles de classe ou de outra espécie. Além disso, no pós-guerra, o modelo de sociedade de consumo tipicamente norte-americano expandiu-se através da Europa Ocidental (cujos países passavam por um amadurecimento em seus modelos de *Welfare State*), que viu muitos de seus partidos políticos – muitos deles possuidores de características de partidos de massa - passarem a buscar ampliação de suas bases de apoio tradicionais, deixando seu caráter mais programático de lado enquanto elaboravam estratégias de maximização de voto. Essa trajetória de mudanças consistiu nas seguintes características:

- 1) Drástica redução na carga ideológica dos partidos (“desideologização”);

- 2) Fortalecimento das lideranças individuais (ou grupos de lideranças), que passaram a ser cobradas pela sua atuação em relação à sociedade como um todo, e não mais em relação a determinados grupos ou objetivos (inclusive aqueles que deram origem às respectivas organizações partidárias);

3) Perda da importância do papel do filiado enquanto indivíduo-militante, antes considerado fundamental, agora uma ameaça (enquanto símbolo vinculante a determinadas bandeiras) ao estilo *catch-all* que era perseguido;

4) Perda da ênfase na *classe gardée* (base eleitoral cativa, de origem classista, religiosa ou de outra variável ideológica) e foco no recrutamento de votos entre uma base mais ampla da população, garantindo o apoio de uma variedade de grupos de interesse.

Ora, tais características demonstram um abandono das estratégias de enquadramento intelectual e moral das massas, substituído quaisquer defesas programáticas outrora valiosas por bons desempenhos na arena eleitoral. Ora, tais desempenhos, em um cenário de expansão contínua do sufrágio, passam a exigir audiências cada vez mais amplas e em escala nacional, exigindo discursos que representem, o tanto quanto possível, defesas de assuntos de interesse também nacional, com baixo potencial para divergências. Se o partido não consegue alcançar a totalidade todos os eleitores, pode buscar angariar mais indivíduos de todos os grupos cujos interesses não lhe tragam algum conflito danoso. Pequenas diferenças entre reivindicações de grupos aparentemente conflitantes podem ser suavizadas por meio da ênfase em programas que beneficiem a ambos os grupos igualmente.

Destaque para a conclusão de Kirshmeier que, adotando tom pessimista, questiona o desfecho da inevitável trajetória dos partidos de massa em direção ao modelo *catch-all*:

(...) o partido *catch-all* não pode ser muito mais racional do que seu amo: o eleitor individual. Não mais sujeito à disciplina do partido (...) - ou, como nos Estados Unidos, nunca sujeito à sua disciplina -, os eleitores poderão, por suas idiosincrasias e sua apatia, transformar o sensível instrumento do partido *catch-all* em algo bastante bruto para servir-lhe como um elo com os detentores do poder funcionais da sociedade. Então, ainda poderemos vir a nos arrepender do desaparecimento - mesmo que fosse inevitável - do partido de massa classista (...), assim como já nos arrependemos do desaparecimento de outras características do passado das civilizações ocidentais. (Kirschheimer, 2012, p.)

Partidos orientados pelo voto (*vote seeking*), partidos orientados por cargos (*office seeking*) e partidos orientados por políticas públicas (*policy seeking*)

O cientista político canadense Steven B. Wolinetz escreveu um importante artigo em 2002 (*Beyond the Catch-All Party: Approaches to the Study of Parties and Party Organization in Contemporary Democracies*), em que, após concisa revisão teórica das mais consagradas tipologias organizacionais dos partidos políticos (incluindo algumas das expostas no presente trabalho), propõe avançar rumo a um modelo dotado de maior aplicabilidade a outras regiões que não a Europa Ocidental.

Segundo o autor, as tipologias clássicas focam primariamente nessa região, enquanto as transições democráticas mais recentes ampliaram em grande número os partidos políticos fora do eixo parlamentarista (um bom exemplo é a América Latina e o fenômeno do presidencialismo de coalizão). Nesse sentido, sem ignorar os avanços até ali obtidos, o autor propõe uma nova tipologia, baseada em 3 classificações partidárias: partidos orientados pelo voto (*vote seeking*), partidos orientados por cargos (*office seeking*), partidos orientados por políticas públicas (*policy seeking*).

A distinção entre as três classificações foi formulada a partir de um trabalho de Strom (1990b), no qual a autora analisa as circunstâncias sob as quais determinados partidos apoiam ou ingressam em governos de partidos minoritários. Essas categorias, portanto, serviram até o trabalho de Wolinetz apenas para a construção de modelos e teorias sobre formação de coalizões.

A utilização dessas categorias para a análise organizacional dos partidos políticos deve levar em conta que as três dimensões não são mutuamente exclusivas. Partidos políticos comumente transitam entre as categorias dependendo das circunstâncias político-eleitorais, mas apresentam dominância em uma das três direções. Ainda seguindo Strom (1990b), Wolinetz apresenta um triângulo com as três orientações dispostas em cada uma de suas extremidades, conforme figura abaixo.

Triângulo de orientações partidárias

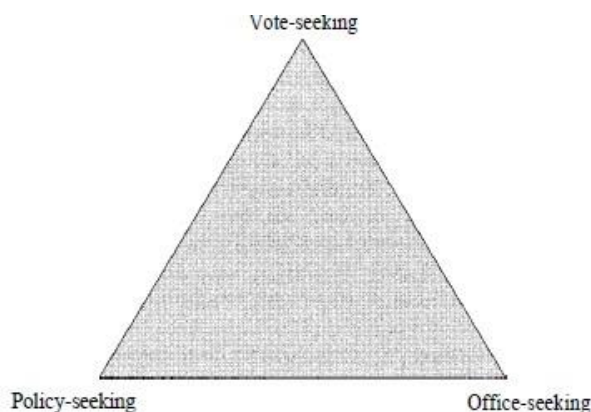


FIG. 6.1. *Primary emphases or orientations of political parties*
Fonte: Wolinetz (2002)

Partidos classificados dentro da região mais próxima da extremidade inferior esquerda são orientados por políticas públicas (*policy seeking*). Esse costuma ser entendido pela maioria das pessoas como o tipo ideal nas democracias liberais, na medida em que são orientados por programas bem definidos e ideologias bem articuladas. Esses programas podem apresentar grande grau de variabilidade, podendo ser focados em poucas ou muitas questões. Sua principal característica é a priorização na defesa de políticas específicas, mesmo que isso possa representar perda de votos ou cargos em diferentes momentos. Ainda que via de regra não possuam uma militância quantitativamente expressiva, essa costuma ser extremamente combativa dentro de seu escopo de ação. Os exemplos dados pelo autor incluem partidos de orientação ambiental e religiosa, além de novos entrantes localizados em ambos os espectros do eixo direita-esquerda.

Partidos mais próximos da extremidade superior são classificados como orientados pelo voto (*vote seeking*). São essencialmente distintos dos primeiros, já que suas posições políticas não estão restritas por ideologias, sendo habilmente manipuladas em busca de maximização de votos. Quando subsistem em uma sociedade com alto nível de heterogeneidade e sob regras de um sistema eleitoral do tipo *the winner takes all*, podem operar em coalizão, maximizando as chances da vitória eleitoral. Possui alto grau de semelhança com os já citados partidos *catch all*, na medida em que buscam atrair a maior parte possível dos votantes. Costumam estar organizados para a vitória eleitoral em todos os níveis (federal, estadual, municipal) aonde ocorram eleições. Se no passado

dependiam da mão-de-obra de seus filiados durante as campanhas (antes intensivas em trabalho), hoje passaram a depender muito mais das contribuições financeiras – sejam elas provenientes do Estado ou do setor privado (campanhas agora intensivas em capital, profissionalizadas pelo marketing eleitoral). A militância do partido, embora participe da escolha dos candidatos, tem pouca voz na definição das políticas. Alguns dos exemplos trabalhados pelo autor incluem os partidos norte-americanos (considerados grandes veículos eleitorais), cujo sistema de governo (presidencialismo) contribui para tal trajetória, dada a regra *the winner takes all*.

Partidos orientados por cargos possuem ênfase na ocupação de cargos estratégicos, mesmo que isso signifique sacrificar votos ou defesas de programas específicos. Na maioria dos casos buscam ocupar tais cargos em troca da promessa de estabilidade/equilíbrio institucional para o governo. Evitam compromissos programáticos e estratégias eleitorais agressivas que os afastem da imagem de membro ideal dentro da coalizão. No campo dos votos, buscam ganhar a quantidade de cadeiras necessária para assegurar sua inclusão e importância. Existem em diferentes formas, podendo ser grandes partidos que possuem fluxos de benefícios contínuos através de regras de patronagem até pequenos partidos que buscam legitimar-se a partir da entrada em uma coalizão. Outra importante característica é a presença de uma estratégia de não-atração de ativistas engajados com defesas programáticas para seu corpo de filiados. Quanto maior seu tamanho, mais provavelmente estará dividido em facções internas que competem por recursos comandados pelo partido.

É importante esclarecer que as três categorias até aqui dispostas não são consideradas tipos puros, perfeitamente correlacionadas com a totalidade de características de um partido político específico. Esses possuem características diversas, ora buscando votos, ora negociando cargos, ora defendendo bandeiras específicas. Para além disso, partidos não são unidades perfeitas e indivisíveis que se comportam de maneira uniforme, sendo que muitas vezes as divisões internas ocorrem justamente por um conflito de orientações entre alas distintas (caso do presente trabalho).

Na verdade, trata-se de posicionar nossos objetos de análise de acordo com a tendência mais frequentemente observável. Segundo o autor, na prática, poderemos sempre observar pelo menos características de duas das três categorias em determinado partido.

3. O caso do Partido Social-Liberal (PSL): origem, programa e conflitos

Os dados relativos à história do PSL aqui expostos são oriundos de diversas fontes jornalísticas, já que o site oficial do partido não traz nenhuma informação relativa à sua trajetória (Folha de São Paulo, 2018; O Estado de São Paulo, 2018; Revista Exame, 2018; O Globo, 2018; Gazeta do Povo, 2018).

Fundado em 30 de outubro de 1994 pelo médico Rogério Tuma, filho do ex-senador Romeu Tuma, o partido obteve o registro no TSE apenas 4 anos depois, em 1998. Neste mesmo ano, o empresário Luciano Bivar, atual presidente do partido, se elegeu deputado federal por Pernambuco. Além deste primeiro mandato, sua trajetória política conta com uma candidatura à Presidência da República em 2006, quando teve 0,6% (62.064) dos votos e a recente eleição para um segundo mandato de deputado federal, para a legislatura 2019-2023, quando obteve 117.943 votos.

Em relação ao seu posicionamento político, o estatuto do PSL (2011) o define como um partido social liberalista, forte defensor dos direitos humanos e das liberdades civis, defensor do Estado eminentemente regulador, a fim de garantir à população acesso de qualidade aos serviços públicos essenciais e fundamentais, como saúde, educação, segurança, liberdade, habitação e saneamento. Ainda de acordo com o documento, sua estrutura interna e organização se baseiam no respeito à soberania nacional, ao regime democrático, ao pluripartidarismo e aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Curiosamente, em que pese a expressão da vertente liberal no estatuto, há um manifesto expresso no site do partido que defende o posicionamento conservador como pilar programático. Segundo o documento (PSL, 2019), conservador nos costumes é o cidadão que acredita em mudanças lentas, gradativas e naturais que ocorrem com o passar do tempo, mediante a evolução natural do homem e da sociedade. Não seria, portanto, o sujeito agarrado ao passado, opositor intransigente de avanços, comprometido em manter a todo custo as tradições existentes no seu habitat, mas sim aquele que respeita e deseja preservar as instituições (família, entidades religiosas, polícia, Poder Judiciário, entre outros) e costumes, de modo geral.

Uma das hipóteses dessa aparente inconsistência programática entre o espírito liberal e a forte defesa do conservadorismo é a recente ruptura entre o PSL e o movimento Livres, originalmente incubado e organizado dentro do próprio partido a partir de

lideranças diversas (incluindo Sergio Bivar, filho do presidente do partido), notadamente liberais, que vinham em uma trajetória ascendente desde 2016. De acordo com o site do movimento (LIVRES, 2019):

Em 2016, a partir da esperança de transformação política do Brasil, lideranças de diversas organizações em defesa da liberdade juntaram-se a Sérgio Bivar para fundar o Livres, um movimento com espírito de startup incubado como tendência partidária dentro do Partido Social Liberal com a missão de renovar o partido. Para cumprir essa missão, o Livres elaborou a sua carta compromisso com 17 princípios, iniciou o desenvolvimento de seu programa partidário, código de ética e *compliance*, modelo de governança, estatuto e uma inédita plataforma de participação política, sempre com o objetivo de impulsionar mudanças por dentro do próprio PSL e renovar o partido (LIVRES, 2019).

Descontentes com o apoio e a concessão da legenda ao candidato Jair Bolsonaro na eleição presidencial de 2018, decidiram romper com o partido e seguir como uma associação sem vinculação partidária. Tal ruptura, amplamente divulgada pela mídia, deu-se por divergências programáticas aparentemente insuperáveis entre o grupo e o candidato, portador de um discurso considerado conservador, especialmente no campo dos costumes. Antes do acordo entre a liderança nacional do PSL e o então pré-candidato Jair Bolsonaro, o Livres comandava 12 dos 27 diretórios estaduais da sigla e defendia uma agenda plenamente liberal. Entre os compromissos do movimento, estão pontos como “o governo deve respeitar o direito dos indivíduos adultos de consumir alimentos, bebidas e outras substâncias de acordo com suas escolhas, ainda que consideradas nocivas por terceiros” e “nenhuma legislação deve violar a igualdade de direitos por motivos de identidade de gênero, orientação sexual, etnia, raça, credo ou qualquer outra distinção juridicamente irrelevante. ”

Inconsistências programáticas à parte, o fato é que a aposta do PSL na candidatura de Jair Bolsonaro para a Presidência da República rendeu frutos eleitorais muito robustos em todas as categorias de disputas eleitorais, além da própria eleição presidencial. Na eleição para a Câmara dos Deputados, o partido passou de apenas 1 deputado em 2014 para uma bancada de 52 parlamentares, a segunda maior, atrás apenas da do PT, com 56. No Senado, onde não tinha representantes, elegeu 4 senadores em 2018. No Poder Executivo estadual, elegeu 3 governadores – não tinha nenhum em 2014. No somatório das Assembleias Legislativas dos Estados e na Câmara Legislativa do DF, passou de 16

deputados em 2014 para 76 em 2018. Fez bancadas estaduais fortes especialmente no Sul e Sudeste (São Paulo, Rio de Janeiro e Santa Catarina).

Diante dessas informações, e utilizando a tabela de indicadores abaixo, propomos uma categorização para o PSL em dois momentos no período recente, sendo o primeiro desde o surgimento do Livres até sua ruptura a saída do PSL e o segundo deste momento até os dias atuais. Tal categorização justifica-se pela disponibilidade de informações sobre o partido concentrar-se justamente nesse período.

Indicadores de orientação

Indicadores	Orientação dos partidos		
	<i>Policy</i>	<i>Vote</i>	<i>Office</i>
	<i>Debate político interno</i>		
Tempo dedicado ao debate dos programas nos encontros partidários	Alto	Baixo	Baixo
Característica do debate	Intenso, <i>issue-oriented</i>	Desfocado, difuso,	Desfocado, difuso,
Extensão e qualidade da participação	Extensivo, maioria dos membros do partido	Apenas lideranças ou comitês diretivos	Apenas lideranças ou comitês diretivos
Consistência das posições políticas assumidas	Alto	Médio-baixo	Médio-baixo
	<i>Campanhas eleitorais</i>		
Proeminência do debate de políticas públicas	Alto	Variável	Baixo
Direção da estratégia	Derivada das políticas públicas defendidas	Adequação do programa ao mercado eleitoral	Variável, estratégias de baixo risco eleitoral
Uso de novas técnicas eleitorais	Baixo para Médio	Alto	Baixo para Médio

Infraestrutura de Presente
suporte para a

Miníma;
exclusividade para
Miníma;
exclusividade para

formulação de políticas públicas (think tanks, fundações de pesquisa)		utilização por parte de detentores de cargos e lideranças partidárias	utilização por parte de detentores de cargos e lideranças partidárias
---	--	---	---

Fonte: Wolinetz (2002), traduzido pelo autor.

Tipologias aplicada ao caso do PSL

Período	Tipologia predominante	Características
2016-2018	<i>policy seeking</i>	debate político interno intenso e <i>issue-oriented</i> ; alta consistência das posições políticas assumidas; Infraestrutura de suporte para a formulação de políticas públicas (think tanks, fundações de pesquisa)
2018-Atual	<i>vote seeking</i>	debate desfocado, difuso, <i>proforma</i> ; Adequação do programa ao mercado eleitoral; uso de novas técnicas eleitorais durante a campanha;

Fonte: elaborado pelo autor

4. A teoria da racionalidade do voto, o papel das emoções e o modelo da Inteligência Afetiva

A teoria da racionalidade econômica do voto olha para os cidadãos como maximizadores de utilidade, que decidem suas escolhas a partir de uma análise de informações disponíveis sobre o desempenho atual do partido no governo, assim como dos eventuais benefícios de uma vitória da oposição (Downs, 1957). Entre as posições defendidas pelos adeptos desta escola, está a de que a avaliação retrospectiva é mais factível do que a prospectiva, com um acompanhamento racional das entregas realizadas durante o mandato. É o chamado voto prospectivo baseado na avaliação retrospectiva (Fiorina, 1981).

Em que pese a clareza da lógica proposta por essa escola, não cremos ser possível utilizá-la como único fator explicativo na análise do resultado obtido pelo PSL, seja do ponto de vista retrospectivo, dada a baixa representatividade histórica do partido

(ausência de informação prévia), seja pelo prospectivo, já que o programa de governo que vinha sendo construído pelo partido foi abandonado, conforme já apontado em seção anterior. Complementarmente, seria possível aplicar a lógica da análise racional ao desempenho do PT e PSDB em suas gestões anteriores e entender o resultado como uma espécie de punição diante de um eventual resultado negativo por parte do eleitor nesse tipo de análise, mas isso sozinho também não explica a escolha massiva pelo PSL.

Outra teoria derivada da escolha racional é a desenvolvida por Samuel Popkin (1994). Em sua obra, o autor apresenta o conceito de racionalidade de baixa informação, na qual diante da dificuldade de obter e processar informações, os eleitores se utilizam de atalhos (heurísticas) para decidir seu voto. As características pessoais do candidato, por exemplo, poderiam ser utilizadas pelo eleitor na hora da decisão. Trazendo a teoria para o caso concreto, não temos dúvida de que o candidato Jair Bolsonaro pode ser entendido como um atalho heurístico para milhares de eleitores posicionados no espectro conservador do eixo político-ideológico, o que ajuda a explicar o resultado. Entretanto, a teoria da racionalidade de baixa informação também não aborda algo que julgamos fundamental: o papel das emoções no processo decisório.

Três modelos teóricos focados no papel das emoções foram aplicados às teorias do comportamento político nos últimos 70 anos. O mais antigo é a teoria das atitudes. As teorias da avaliação cognitiva começaram a surgir na década de 1970. E, finalmente, o modelo da Inteligência Afetiva - AIT surgiu no final dos anos 80 (Marcus, 1988; Marcus & MacKuen, 1993; Marcus, Neuman, & MacKuen, 2000).

A teoria da atitude serviu de base para a explicação do “voto normal” para o comportamento eleitoral (Campbell, Converse, Miller, & Stokes, 1960). A abordagem apresenta a emoção como um dos três componentes de determinada atitude. Os outros dois são o cognitivo - o que sabemos sobre um objeto político - e o comportamental - o que fazemos com esse objeto. Segundo o modelo, a emoção é definida de forma unidimensional, variando em uma escala de intenso apreço a intenso despreço. Essa avaliação emocional decorre do que sabemos sobre o alvo, ou seja, o componente cognitivo é um predicado necessário para gerar o componente afetivo.

Reduzir a experiência emocional a uma única dimensão parece ser contra-intuitivo, uma vez que é fácil identificar uma grande variedade de reações emocionais negativas e positivas distintas na vida cotidiana. De fato, uma abundância de pesquisas

empíricas logo surgiu para desafiar a perspectiva da unidimensionalidade na teoria da atitudes (Abelson, Kinder, Peters & Fiske, 1982; Cacioppo, Gardner, & Berntson, 1997; Tellegen, Watson, & Clark, 1999). Surgia então a teoria da avaliação cognitiva, segundo a qual as emoções existem em muitos estados discretos diferentes, como raiva, medo, esperança, orgulho, desgosto e tristeza.

Em que pese a inovação no mapeamento de diferentes tipos de emoção, a escola da avaliação cognitiva mantém a visão da teoria da atitude em dois pontos: o primeiro é uma certa predominância de apenas um estado emocional frente a outros em determinado momento; o segundo é a existência de um processo cognitivo anterior ao surgimento dos estados emocionais. É uma espécie de supervalorização do estado consciente, sendo essa a área de grande discordância entre essas teorias e o modelo da Inteligência Afetiva.

De fato, diversas pesquisas da neurociência ao longo do tempo demonstraram que a atividade neural inconsciente é, na verdade, responsável por grande parte do comportamento humano, com processos conscientes comumente servindo para fornecer significados semânticos posteriores (Zajonc, 1980, 1984) à análise inconsciente, onde as emoções desempenham um papel determinante. A questão posta pela AIT, portanto é a seguinte: como podemos mapear e entender as ações ocorridas nesse momento?

Dois axiomas (envolvendo as emoções entusiasmo, raiva e medo/ansiedade) são os elementos centrais da teoria:

1. O entusiasmo e a raiva permitem e afirmam a dependência de rotinas recorrentes pelas quais as pessoas administram suas vidas. Cada uma dessas afirmações reforça o sucesso imediato adequado e contínuo desses hábitos. O primeiro, o entusiasmo, lida com pensamentos e ações que asseguram resultados positivos. O segundo, a raiva, lida com o confronto recorrente diante a ameaças nocivas.
2. O medo deve desvincular as pessoas de confiar em seus hábitos de pensamento e ação. E, mais importante, um medo maior também deve levar a uma ampla busca de informações projetada para identificar uma compreensão contemporânea do caráter das novas circunstâncias, identificar as possíveis opções para lidar com essas circunstâncias e identificar as possíveis oportunidades para alcançar o caminho aparentemente melhor.

Nesse sentido, a teoria da inteligência afetiva defende que as múltiplas avaliações afetivas servem para possibilitar duas abordagens de julgamento: (1) uma abordagem padrão: confiança em práticas habituais, que é a confiança nas tradições; (2) um afastamento desse padrão, a deliberação aberta que deixa de lado a tradição e a “automaticidade” para avaliações ponderadas, de modo a produzir, considerar e, em seguida, decretar novas soluções para os desafios colocados por novas circunstâncias.

Em recente artigo (Marcus, Foucalt, Valentino & Vasilopoulos, 2019), os autores definiram duas hipóteses relativas aos axiomas, aplicando-as à análise comportamental de eleitores franceses em relação ao apoio a políticas autoritárias e grupos políticos de direita e extrema direita. As hipóteses estão focadas no papel do medo e da raiva, descritas a seguir, assim como os resultados parciais do estudo.

H1: A raiva serve para lançar defesas contra ameaças a normas fundamentais para os indivíduos. E, dada a importância dessas normas, sua proteção levará as pessoas a desconsiderar os benefícios ou custos específicos de quaisquer ações que venham a desafiar-las. Além disso, a raiva será tão mais poderosa entre eles aqueles que estão mais ligados a essas normas;

H2: O medo levará as pessoas a desconsiderarem as práticas existentes. As pessoas ansiosas poderão, assim, afastar-se dos hábitos normalmente em jogo e se preocupar com os melhores resultados possíveis.

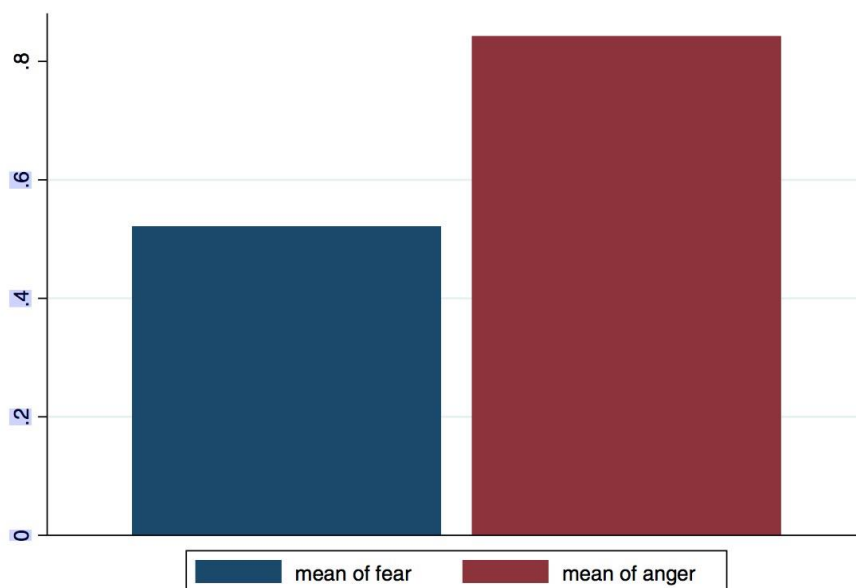
Em um dos estudos descritos, um dos autores foi convidado a apresentar uma medida para avaliar as reações emocionais da população francesa após os ataques ao Charlie Hebdo. Detalhes completos estão disponíveis em Vasilopoulos, Marcus & Foucalt (2018). A pesquisa em formato painel produziu uma amostra diversificada que combina a população em uma série de variáveis demográficas e consiste de 1.524 entrevistados em duas ondas, uma antes dos ataques do e uma três semanas depois. Os dados foram coletados pelo uso da Entrevista na Web Assistida por Computador (CAWI). A variável dependente é uma escala que consiste em uma série de itens que medem a adoção ou rejeição de preferências políticas autoritárias. Cada um desses itens foi medido usando opções de resposta de 4 pontos, com valores mais altos indicando maior suporte para a opção autoritária em cada uma das quatro políticas. Os quatro itens, que os autores combinaram em uma única escala somatória, são:

1. “A pena de morte deve ser restaurada na França”;

2. “A França deve ter um líder forte que não tenha que se preocupar com eleições ou com o parlamento ”;
3. “Há muitos imigrantes na França”; e
4. “O exército deve governar o país”.

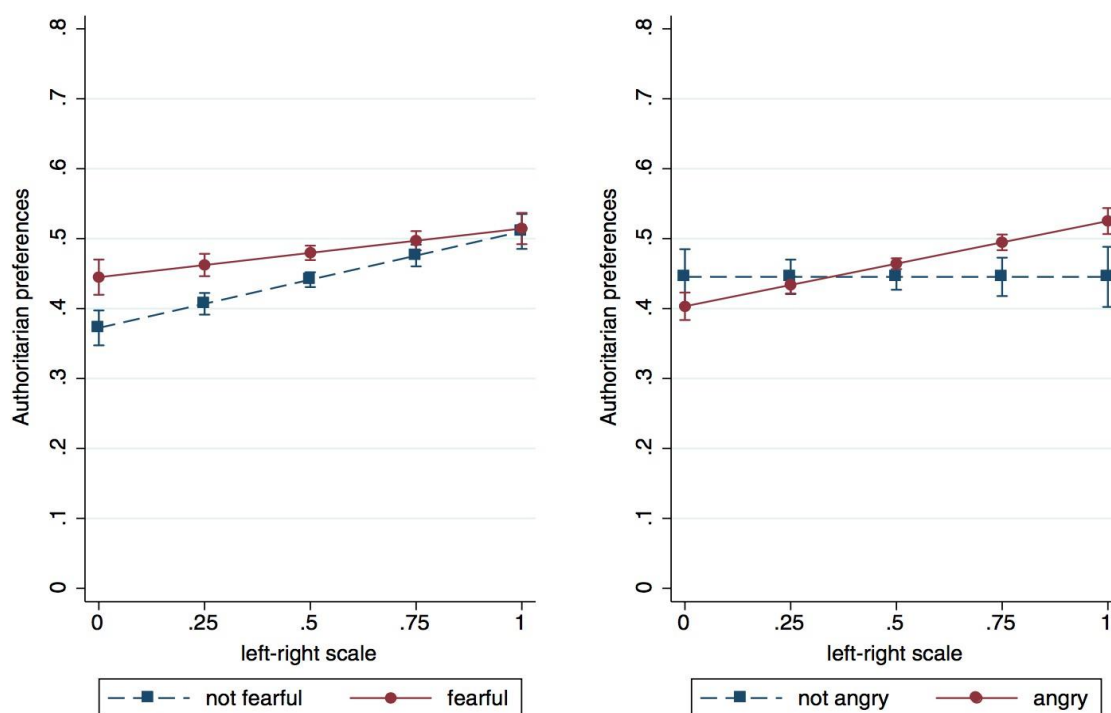
Os dados dos painéis foram utilizados para avaliar as mudanças de nível individual nas preferências autoritárias, como resultado das avaliações afetivas do público sobre os ataques terroristas. O método foi empregado diante da previsão de que - como é tipicamente o caso com atitudes políticas - as preferências autoritárias depois dos ataques são moldadas pelas atitudes dos entrevistados antes dos ataques, bem como pelo impacto dos próprios ataques.

A figura abaixo demonstra a proporção de pessoas no estudo sentindo medo e raiva. Como é visível, o francês demonstra estar com medo, mas ainda mais, ele relata sentir raiva.



Fonte: Marcus, Foucalt, Valentino & Vasilopoulos, 2019

A pergunta a seguir é :como o medo e a raiva condicionam o impacto da ideologia na mudança de atitude? A figura abaixo mostra que os eleitores franceses localizados no espectro da esquerda, levados pelo medo, passaram a apoiar políticas autoritárias por eles normalmente rejeitadas. Já os da direita, que estavam com raiva , reagiram para um apoio ainda mais radical e mobilizado em relação às políticas já apoiadas.



Fonte: Marcus, Foucalt, Valentino & Vasilopoulos, 2019

5. Conclusão

O presente artigo advoga pela insuficiência de uma explicação puramente racional para o fenômeno eleitoral de 2018, liderado pelo PSL e pelo candidato Jair Bolsonaro. Essa hipótese está ancorada em uma característica partidária *vote seeking*, com esvaziamento programático e representação partidária historicamente inexpressiva, o que em nossa opinião enfraquece a análise retrospectiva – cara aos modelos da escola racional

–, conforme já abordado em seção anterior.

O modelo cuja aplicação defendemos (*Affective Intelligence Theory-AIT*) propõe a predominância de estados emocionais como indutores de eventuais apreciações racionais. Nesse sentido, medo e raiva seriam determinantes enquanto vetores explicativos de comportamento eleitoral. As hipóteses aplicadas ao caso francês parecem ser replicáveis ao caso brasileiro, conforme proposto a seguir:

H1: A raiva serviu para lançar defesas contra ameaças a normas fundamentais para os indivíduos já localizados no campo da direita do espectro político brasileiro. A construção

de uma narrativa de ameaça à ordem (ancorada no antipetismo) fez com que esses eleitores se tornassem ainda mais mobilizados e politicamente engajados;

H2: O medo levou as pessoas a desconsiderarem as práticas eleitorais preexistentes. Eleitores moderados e localizados no espectro de centro e centro esquerda podem ter alterado seu voto diante da preocupação com a instabilidade institucional também derivada da aversão ao PT por grande parte da sociedade brasileira.

Conforme colocado, nosso intuito é provocar o debate e propor pesquisas empíricas (especialmente do tipo painel) que utilizem o quadro teórico-metodológico aqui proposto. Sem dúvida nenhuma, a reconfiguração do quadro partidário brasileiro e o ineditismo do resultado eleitoral de 2018 abrem as portas para um fortalecimento dos estudos de comportamento eleitoral no Brasil. Resta saber se o modelo racional ainda pode ser privilegiado enquanto fator explicativo predominante.

Bibliografia

ABELSON, R. P., KINDER, D. R., PETERS, M. D., & FISKE, S. T. (1982). Affective and semantic components in political personal perception. *Journal of Personality and Social Psychology*, 42(4), 619–630.

CACIOPPO, J. T., GARDNER, W. L., & BERNTSON, G. G. (1997). Beyond bipolar conceptualizations and measures: The case of attitudes and evaluative space. *Personality and Social Psychology Review*, 1(1), 3–25.

CAMPBELL, A., CONVERSE, P. E., MILLER, W. E., & STOKES, D. E. (1960). *The American voter*. New York, NY: John Wiley & Sons.

DUVERGER, Maurice (1970). *Os Partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Zahar Editores;

DOWNS, Anthony (1957). *An economic theory of democracy*. New York: Harper and Row;

FIORINA, Morris. (1981) *Retrospective Voting in American National Elections*. new haven, Yale University Press.

FOLHA DE SÃO PAULO, 2019. Disponível em:
<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/02/conheca-a-trajetoria-do-psl-de-sigla-nanica-ate-bolsonaro-e-os-laranjas.shtml>. Acesso em: 04/06/2019

KATZ, Richard; MAIR, Peter. (2002) The Ascendency of the party in Public Office: Party Organizational Change in Twentieth-Century Democracies. In: GUNTHER, R.; MONTERO, J.;

KATZ, Richard; MAIR, Peter (1995) Changing Models Of Party Organization and Party Democracy. The Emergence of the Cartel Party. *Party Politics*, 01, 1995, pp. 5-28;

KIRSCHHEIMER, Otto (2012). A transformação dos sistemas partidários da Europa Ocidental. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 7. Brasília, pp.349-385;

KIRCHHEIMER, Otto. (1966). The transformation of the Western European party systems. In: La PALOMBARA, Joseph & WEINER, Myron (orgs.). *Political parties and political development*. New Jersey: Princeton University Press, p. 177-200;

MARCUS, G. E; FOUCALT, Martial; VALENTINO, Nicholas; & VASILOPOULOS, Pavlos (2019). Applying the Theory of Affective Intelligence to Support for Authoritarian Policies and Parties. *Advances in Political Psychology*, Vol. 40, Suppl. 1, 2019.

MARCUS, G. E. (1988). The structure of emotional response: 1984 Presidential candidates. *American Political Science Review*, 82(3), 735–761. Marcus, G. E. (2000). Emotions in politics. In N. W. Polsby (Ed.), *Annual review of political science* (Vol. 3, pp. 221–250). Palo Alto, CA: Annual Reviews.

MARCUS, G. E. (2002). *The sentimental citizen: Emotion in democratic politics*. University Park, PA: Pennsylvania State University Press.

MARCUS, G. E. (2003). The psychology of emotion and politics. In D. O. Sears, L. Huddy, & R. Jervis (Eds.), *Oxford handbook of political psychology* (pp. 182–221). Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.

MARCUS, G. E. (2013). *Political psychology: Neuroscience, genetics and politics*. New York, NY: Oxford University Press.

MARCUS, G. E., & MACKUEN, M. B. (1993). Anxiety, enthusiasm and the vote: The emotional underpinnings of learning and involvement during presidential Campaigns. *American Political Science Review*, 87(3), 688–701.

LIVRES (2019). Disponível em: Acesso em: <https://www.eusoulivres.org/sobre/>. Acesso em: 06/06/2019.

O ESTADO DE SÃO PAULO (2019). Disponível em: <https://www.estadao.com.br/infograficos/politica,bancada-do-psl-e-mais-jovem-militar-e-empresaria-que-a-dos-demaais-partidos,932130>. Acesso em: 05/06/2019.

O GLOBO (2019). Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/09/24/psl-mais-que-dobra-numero-de-candidatos-e-desbanca-pt-nas-eleicoes-2018.ghtm>. Acesso em: 05/06/2019.

PERES, Paulo. (2009). Revisitando a Teoria Geral dos Partidos de Maurice Duverger. Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais. Nº 68, 2009, pp. 17-58;

POPKIN, Samuel (1994) *The Reasoning Voter: Communication and Persuasion in Presidential Campaigns*. 2aed. Chicago, the University of Chicago Press, 1994.

PSL. Estatuto do Partido Social Liberal (2011). Disponível em: http://pslnacional.org.br/?page_id=27. Acesso em: 04/06/2019

PSL. Manifesto do Partido Social Liberal (2019). Disponível em: http://pslnacional.org.br/?page_id=27. Acesso em: 04/06/2019

STRØM, Kaare. (1990). *Minority Government and Majority Rule*, Cambridge, Cambridge University Press;

STRØM, K. (2000). Delegation and accountability in parliamentary democracies. *European Journal of Political Research*, 37, 261–289;

STRØM, K. & MÜLLER, W. C. (1999). The keys to togetherness: Coalition agreements in parliamentary democracies. *The Journal of Legislative Studies*, 5 (3), 255–282;

STRØM, K. & MÜLLER, W. C. (2008). Coalition agreements and governance. In K. Strøm, W. C. Müller, & T. Bergman (Eds.), *Cabinets and Coalition Bargaining: The Democratic Life Cycle in Western Europe* (pp. 159–199). Oxford: Oxford University Pres

TELLEGEN, A., WATSON, D., & CLARK, L. A. (1999). On the dimensional and hierarchical structure of affect. *Psychological Science*, 10(4), 297–303.

VASILOPOULOS, P., MARCUS, G. E., & FOUCAULT, M. (2018). Emotional responses to the Charlie Hebdo attacks: Addressing the authoritarianism puzzle. *Political Psychology*, 39(3), 557–575.s;

WOLLINETZ, S. (2002). Beyond the Catch-All Party: Approaches to the Study of Parties and Party Organization in Contemporary Democracies. In: GUNTHER, R.; MONTERO, J.; LINZ, J. (Ed.). *Political Parties. Old Concepts and New Challenges*. Oxford: Oxford University Press.

ZAJONC, R. B. (1980). Feeling and thinking: Preferences need no inferences. *American Psychologist*, 35(2), 151–175.

ZAJONC, R. B. (1984). On the primacy of affect. *American Psychologist*, 39, 117–123

Conflito entre direito interno e direito internacional dos direitos humanos: a recepção da sentença do Caso Gomes Lund pelo sistema jurídico brasileiro

Conflict between internal law and international human rights law: the reception of the case Gomes Lund v. Brazil by the Brazilian legal system

Rodolfo Veloso Caetano Soares¹

Resumo: Os sistemas internacionais de direitos humanos são importantes ferramentas de efetivação de direitos nos países que estão submetidos a eles, contudo essa relação não ocorre sem sobressaltos. O presente trabalho objetiva analisar a recepção pelo Estado brasileiro do julgado do caso Gomes Lund (também conhecido como “Guerrilha da Araguaia”) na Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente no âmbito da relação entre direito internacional e direito interno no ordenamento jurídico brasileiro. Para esse fim, o artigo toma por base de tal recepção a ADPF 153, que julgou a constitucionalidade da Lei de Anistia, declarada inconvencional pelo referido julgado da Corte Interamericana.

Palavras-chave: Direitos Humanos; conflito de jurisdição; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Corte Interamericana; ADPF 153.

Summary: The international human rights systems are important tools for the realization of rights in their member-countries, though such relationship does not go without shocks. This paper aims to analyze the legal reception by the Brazilian state of the sentence of the Gomes Lund v. Brazil case (also known as the “Araguaia Guerrilla case”) at the Inter-American Court of Human Rights, specially at the relationship between international and internal law in the Brazilian legal framework. For that, this article uses as base of said legal reception the ADPF 135, in which the constitutionality of the Brazilian Law of Amnesty, declared in-conventional by the aforementioned Inter-American Court sentence.

Keywords: Human Rights; conflict of jurisdiction; Inter-American System of Human Rights; Inter-American Court of Human Rights; ADPF 153.

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília e pós-graduando em Direito Processual Civil no IDP. Atuação com ênfase em Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Direito Civil, Direito Tributário, Mediação e Arbitragem. Membro do grupo de pesquisa Crítica & Direito Internacional (FD-UnB) e do grupo de pesquisa e estudos em Direito Internacional (IDP).

1. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua relação com o direito brasileiro

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, criado em 1948, é o principal mecanismo no âmbito das Américas de proteção dos direitos humanos. Hoje, 25 países fazem parte desse sistema: Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela.

Dentre os variados instrumentos jurídicos que o formam, destacam-se quatro: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948; a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1948, com suas emendas; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também chamada Pacto de São José da Costa Rica, doravante *Convenção*), de 1969, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (também conhecido como Protocolo de São Salvador), de 1988. Esses tratados fornecem a estrutura básica do Sistema Interamericano (GALINDO, 2009, p. 192). Diferenciam-se, dentro da estrutura do Sistema Interamericano, dois subsistemas de proteção de direitos humanos: um baseado na Carta da OEA e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (conhecido como “sistema da OEA”); e outro baseado no Pacto de São José da Costa Rica (o Sistema Interamericano de Direitos Humanos propriamente dito). Contudo, esses sistemas não são estanques e as normas de um se aplicam subsidiariamente no outro.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos baseia-se no trabalho de dois órgãos: a Comissão e a Corte. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos. A Comissão é encarregada de receber denúncias de indivíduos ou organizações relativas à violação dos direitos humanos e as examina segundo os critérios de admissibilidade. (PORTO et al, 2014). O estatuto da Comissão, em seu artigo 18, elenca suas funções e prerrogativas, destacando-se:

- (a) *estimular a consciência dos direitos humanos na América;*
- (b) *formular recomendações aos Governos para que*

promovam medidas progressivas a favor dos direitos humanos; (c) preparar estudos e informações que julgue pertinente a suas funções; (d) solicitar informações dos Governos sobre as medidas tomadas em matéria de direitos humanos; (e) atender às consultas formuladas por um Estado sobre questões de direitos humanos nesse mesmo Estado, requeridas por meio da Assembleia-Geral da OEA; (f) preparar um relatório anual sobre a situação dos direitos humanos nas Américas; (g) efetuar verificações in loco em um Estado com sua anuência ou a seu convite; (h) examinar comunicações que lhes sejam dirigidas, solicitar dos Estados informações sobre o ocorrido e formular-lhes recomendações.
(GALINDO, 2009)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é uma instituição judicial autônoma responsável por aplicar e interpretar a Convenção Americana, possuindo competências tanto contenciosas quanto executivas. Perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os indivíduos ou grupos não podem demandar diretamente. Somente o podem fazer por intermédio da Comissão Interamericana – hipótese mais frequente – ou de um Estado, sendo a Corte bastante criticada por não reconhecer o *jus postulandi* dos indivíduos (GALINDO, 2009, p. 200). A Convenção também prevê a possibilidade de a Corte Interamericana determinar medidas provisórias em casos de extrema gravidade e urgência. Dentro de sua competência contenciosa, a Corte determina se um Estado incorreu em responsabilidade internacional pela violação de algum dos direitos previstos na Convenção e/ou em outros tratados que compõem o Sistema Interamericano. O Tribunal tem poder de orientar as ações do Estado para cumprimento da decisão e de informar à Assembleia Geral da OEA o estado do cumprimento dos casos (PORTO et al, 2014).

Como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi gestado em momento próximo aos sistemas europeu e das Nações Unidas, muito mais os une do que os separa (GALINDO, 2009). Para Van Dijk e Van Hoof (1990), o Direito Internacional dá liberdade para os Estados para que estes cumpram as obrigações internacionais a que se submeteram e implementar os regramentos internacionais que ratificaram em seu ordenamento jurídico – sendo eles responsáveis internacionalmente apenas pelos resultados dessa implementação, apontando Lübke-Wolff (2006) as modalidades de integração da Convenção Europeia aos ordenamentos jurídicos nacionais dos países-

signatários: status de direito constitucional (como na Áustria), status superior a qualquer legislação superior, incluindo a Constituição (tendo a Holanda como exemplo), legislação superior hierarquicamente às leis “ordinárias” (tomando emprestada a terminologia brasileira) mas inferior aos ditames constitucionais, e lei análoga às leis comuns.

No caso brasileiro, desde a instituição da Emenda Constitucional nº 45/2004, tratados de direitos humanos aprovados por três quintos das casas do Congresso Nacional em dois turnos terão status de emenda constitucional, havendo apenas dois tratados² até agora aprovados pelo Congresso de tal maneira. Contudo, a partir da decisão do dia 03 de dezembro de 2008 do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP (conhecido popularmente como “caso do depositário infiel”), o STF adotou por seguir o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes de atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos “um nível hierárquico intermediário, entre a Constituição Federal e a legislação ordinária”, denominado “supralegalidade”, inclusive de forma retroativa – assim atingindo a Convenção Americana de Direitos Humanos.

2. O Caso Gomes Lund

Para facilitar a transição para o governo civil, os militares e o subsequente governo civil ampliaram a interpretação da Lei de Anistia para também conceder anistia a militares e policiais que tivessem cometido abusos de direitos humanos contra dissidentes políticos. Tal medida provocou numerosos protestos por parte de familiares de desaparecidos e antigos prisioneiros políticos. Em razão da Justiça Brasileira não ter proferido uma decisão de mérito nos pedidos de revisão da Lei de Anistia em treze anos, o Centro para Justiça e Direito Internacional (CEJIL), a *Americas/Human Rights Watch*, o Grupo Tortura Nunca Mais (GTNM/RJ) e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo (CFMDP/SP) em 1995 apresentaram uma petição contra o Estado Brasileiro à CIDH. Em março de 2001, a Comissão Interamericana declarou a admissibilidade do caso (SANTOS, 2007).

Em 2010, a Corte Interamericana entendeu, em sua sentença final, que o Estado brasileiro violou os seguintes direitos: direito ao reconhecimento da personalidade

² São eles: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, de 2007, e o Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, de 2013.

jurídica, direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à liberdade pessoal, direito às garantias judiciais, direito à liberdade de pensamento e expressão e direito à proteção judicial (artigos 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 13 e 25 da CADH, respectivamente) em relação com os artigos 1.1 e 2º da mesma (CEIA, 2013, p. 125). Ainda, consta na decisão que:

[N]ão há controvérsia quanto aos fatos do desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia, nem da responsabilidade estatal a esse respeito. (...) A sujeição de pessoas detidas a órgãos oficiais de repressão, a agentes estatais ou a particulares que atuem com sua anuência ou tolerância, que impunemente pratiquem a tortura ou assassinato representa, por si só, uma infração ao dever de prevenção de violações dos direitos à vida e à integridade pessoal, consagrados nos artigos 4º e 5º da CADH. (...) A Corte também assevera que a prática de desaparecimento implica, com frequência, a execução dos detidos, em segredo e sem julgamento, seguida da ocultação do cadáver, com o objetivo de eliminar toda pista material do crime e de buscar a impunidade daqueles que o cometeram, violando brutalmente o direito à vida. (...) Por fim, a Corte ressaltou que o desaparecimento forçado implica ainda a vulneração do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, estabelecido no artigo 3º da CADH. (CEIA, 2013, p. 126)

Ainda, a Corte considerou que a forma de interpretação e aplicação da Lei de Anistia afetou a obrigação internacional do Estado de investigar e punir violações de direitos humanos, e declarou que as disposições da Lei da Anistia são incompatíveis com a Convenção Americana, assim carecendo de efeitos jurídicos e não podendo mais representar entrave para a investigação dos fatos do presente caso ou para a identificação e punição dos violadores, nem pode ter o mesmo efeito sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção ocorridos no Brasil. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010, p. 64-65)

De acordo com a jurisprudência da Corte, cristalizada em casos como o Gomes Lund, define-se impunidade como “fracasso sistemático em investigar, prender, processar, julgar e condenar os responsáveis por violações de direitos protegidos pela Convenção”, em especial por duas frentes: para as sociedades, a impunidade “nutre a repetição crônica de violações de direitos humanos”, enquanto para as vítimas e suas famílias, a impunidade promove “desamparo completo das vítimas e seus parentes próximos, que tem o direito

de saber a real verdade dos fatos” (ENGSTROM, 2014). Igualmente, relembra Flávia Piovesan (apud PINTO, 2013) que, para a Corte:

[A]s leis de “auto-anistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistiam configurariam, assim, um ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária.

3. Impactos e repercussões do caso no Brasil

A simples admissão da petição junto à Comissão Interamericana contra o Brasil já gerou consequências imediatas no andamento dos pedidos no judiciário brasileiro, como lembra Cecília Macdowell Santos (2007, p. 41-42):

A estratégia de usar a CIDH teve certo impacto sobre o caso pendente na Justiça Federal interna. Em junho de 2003, a juíza federal Solange Salgado proferiu uma decisão sem precedentes sobre o mérito do caso, condenando o Estado Brasileiro a tomar todas as medidas necessárias para encontrar os corpos dos familiares dos petionários que desapareceram durante o massacre da Guerrilha do Araguaia; proporcionar aos petionários um enterro digno, juntamente com toda a informação necessária para emissão da certidão de óbito; e apresentar aos petionários todas as informações requeridas sobre as circunstâncias da morte e desaparecimento das vítimas. (...) Em novembro de 2004, o Tribunal Regional Federal confirmou essa decisão e marcou uma audiência com as partes envolvidas para implementar sua decisão. O Estado Brasileiro não negou a sua responsabilidade, porém recorreu novamente, argumentando que a referida decisão deveria ser executada no foro de origem, onde a ação foi proposta. Em 26 de junho de 2007 o caso ainda estava pendente no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nessa data, o STJ, ao mesmo tempo em que confirmou a decisão de Salgado, deu provimento ao recurso do Estado ordenando que o foro de origem executasse a decisão.

Ainda, o então Presidente Lula criou uma Comissão Interministerial com o objetivo de obter informações sobre os corpos daqueles que desapareceram durante o massacre da Guerrilha do Araguaia, apenas com membros do Estado. A Comissão tinha o compromisso de achar os corpos, mas não tornar públicos os nomes dos perpetradores.

Apesar de alegar que a documentação da época não fora destruída, o Exército não cooperou com documentos.

Após a condenação final na Corte, foi criado o Grupo de Trabalho Araguaia, “cujo objetivo é continuar os trabalhos de busca das vítimas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia e proceder à identificação e entrega dos restos mortais aos respectivos familiares” (CEIA, 2013). Igualmente, salienta-se a sanção das leis n° 12.527/2011, que dispõe sobre o acesso a informações públicas, e n° 12.528/2011, que cria a Comissão da Verdade, ambas de 18 de novembro de 2011. A Lei de Acesso à Informação Pública obriga o Estado à transparência das informações, vedando-se a restrição ao acesso a documentação e informações relativas a violações de direitos humanos. Tais leis são resultado direto dos dispositivos da sentença do Caso Gomes Lund:

6. O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 13.1 do mesmo instrumento, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária, todo o anterior em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 212, 213 e 225 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 196 a 225 desta mesma decisão.

(...)

16. O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2010)

4. A resposta do STF: julgamento da ADPF 153

Ainda em 2008, meio ao contexto da tramitação do caso Gomes Lund na Corte Interamericana, o Conselho Federal da OAB entrou com a ADPF (Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental) 153, questionando a validade dos 1º e §1º³ da Lei de Anistia ante o regime constitucional de 1988. Destacam-se entre os pontos levantados na petição:

[A] inexistência de conexão entre os crimes políticos e os chamados de lesa-humanidade, ou “de sangue”. Além disso, foi ressaltado o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que repudia qualquer lei que venha a obscurecer fatos ocorridos durante regimes de exceção, amplamente difundidos na América Latina durante a Guerra Fria. Finalmente, se observou que há, na Constituição Cidadã de 1988, dispositivo que veda expressamente a concessão de anistia ou graça à “prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. (MAFFEI, 2013)

Contudo, o relator Eros Grau embasou a improcedência do pedido primordialmente em dois pontos: a anistia consistia em “via de mão dupla”, uma vez que sua promulgação se deu em um momento histórico no qual a sociedade desejava esquecer o passado e seguir em frente, e que a recepção constitucional da Lei de Anistia ocorreu via Emenda Constitucional nº26/85⁴, além de que regimes legais (constitucionais ou de tratados internacionais de direitos humanos) não tem efeito retroativo nesses termos:

A chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento – o momento da transição conciliada de 1979. A Lei 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. A Lei 6.683/1979 precede a Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes – adotada

³ “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

⁴ Além de ter incluído dispositivos da Lei de Anistia no ordenamento constitucional da época, tal Emenda Constitucional também foi o instrumento que convocou a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. Assim, tomando emprestada a análise de Silveira e Meyer-Pflug (2012), o STF interpretou que “tem-se que no próprio ato originário da Constituição de 1988, ou seja, em seu nascedouro, foi revalidada a Lei de Anistia na concepção do STF. Resta, portanto, excluído qualquer eventual conflito entre a Lei de Anistia e a atual Constituição”.

pela Assembleia Geral em 10-12-1984, vigorando desde 26-6-1987 – e a Lei 9.455, de 7-4-1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da Constituição – que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes – não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumada. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. (BRASIL, 2010)

Tal posicionamento foi acompanhado pela maior parte do Tribunal, com o voto do Ministro Celso de Mello reforçando o caráter político da formatação da Lei de Anistia e o argumento de “via de mão dupla” do Ministro-relator:

....se fez inequivocamente bilateral (e recíproca) a concessão da anistia, com a finalidade de favorecer aqueles que, em situação de conflitante polaridade e independentemente de sua posição no arco ideológico, protagonizaram o processo político ao longo do regime militar, viabilizando-se, desse modo, por efeito da bilateralidade do benefício concedido pela Lei n. 6.683/79, a construção do necessário consenso, sem o qual não teria sido possível a colimação dos altos objetivos perseguidos pelo Estado e, sobretudo, pela sociedade civil naquele particular e delicado momento da vida histórica nacional. (BRASIL, 2010)

Restaram vencidos os ministros Ayres Brito e Lewandowski, este citando entendimento da Corte Interamericana de que os Estados que ratificaram a Convenção têm o dever de investigar e coibir lesões a tais direitos, quando praticadas dentro de seu território nacional, de modo que a não observância de tal preceito gera responsabilidade internacional do Estado; e aquele lembrando que o texto constitucional veda a concessão de anistia, graça ou fiança ao “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, a tortura e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”, devendo toda legislação pré-constitucional se adequar a tais ditames. (MAFFEI, 2013).

A sentença foi duramente criticada por jusinternacionalistas e pelos estudiosos da justiça de transição, com acusações do STF ter adotado um “positivismo à la carte” (VENTURA, 2010, p. 209), ao declarar que tratados firmados pelo Estado brasileiro posteriormente à promulgação da Lei de Anistia não se aplicam a ela (conforme já citado), enquanto ignorou toda uma pluralidade de tratados de direitos humanos assinados antes da Lei de Anistia que se aplicariam ao caso, como a Declaração Universal dos Direitos

do Homem, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, e as Convenções de Genebra.

5. Conclusão

Com a emergência de tantas instituições e tratados de direitos humanos em um curto espaço de tempo, não é de se surpreender que haja dúvidas sobre a coerência e a eficácia desses sistemas. A incorporação de sentenças internacionais no ordenamento jurídico brasileiro é questão delicada e complexa, com muitos problemas. Nesse sentido, aduz Camila Giunchetti (2010, p. 37):

No que interfere na proteção dos direitos humanos, destaca-se a falta de uma legislação que atrele às decisões internacionais os meios coercitivos disponíveis para a execução de sentenças domésticas, esclareça as responsabilidades dos entes federados quando do descumprimento das obrigações internacionalmente assumidas e crie um mecanismo permanente de coordenação entre os vários poderes constituídos de todas as esferas da Federação para efetivo cumprimento das decisões internacionais (geralmente complexas, para cuja adequada implementação devem necessariamente concorrer diversos atores).

Em países cuja organização é federativa, apesar de haver um ente competente pela representação exterior do Estado (no caso brasileiro, a União), as demais responsabilidades são divididas – e até mesmo compartilhadas – entre os demais entes federativos. Assim sendo, fazem-se necessários “arranjos institucionais internos” visando à efetividade desses direitos humanos internacionais, com a persecução dos violadores desses direitos e reparação às vítimas, mas tais arranjos ainda são incipientes no Brasil (GIUNCHETTI, 2010, p. 29-30). Pesa também o fato de que não há mecanismo específico para a execução de sentenças de tribunais internacionais no país.

No caso da ADPF 153, é notável que prevaleceu uma análise política e não jurídica do instituto da Lei de Anistia. Se trata de uma decisão complicada pois, após o Brasil ter voluntariamente aceitado a jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Supremo não tem mais a “última palavra” na matéria de direitos humanos (BATISTA, 2014). Em que pese tal declaração de constitucionalidade da Lei de Anistia, a lei segue inconveniente – assim, violando legislação superior a ela própria na pirâmide normativa brasileira, segundo a própria orientação jurisprudencial do STF. Faz-se importante

lembrar que o Brasil foi condenado em julgamento posterior na Corte Interamericana, no Caso Vladimir Herzog, também pela continuação da vigência da Lei de Anistia.

Ao tomar tal decisão, o STF preferiu se esquivar de uma briga com outros atores políticos e foi contraproducente no que diz respeito à aplicação da jurisdição constitucional, assim como obstou ganhos nas áreas de direitos humanos e justiça de transição, o que traria grande alívio e regozijo às vítimas da ditadura e suas famílias. Apesar de notar-se um grande respeito aos direitos humanos tanto em parte considerável da jurisprudência do STF quanto nos ditames da própria Constituição Federal, nota-se que as particularidades do sistema jurídico brasileiro no que diz respeito à aplicação de decisões internacionais sobre direitos humanos permitem que situações como essa ocorram.

6. Bibliografia

BATISTA, Daiane Tavares. A anistia em debate ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. JusBrasil, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29616/a-anistia-em-debate-adpf-153-e-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acessado em 07/10/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Sentença de 28 de abril de 2010.

CEIA, Eleonora Mesquita. *A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev.-mar. 2013.

ENGSTROM, Par. Brazilian Post-Transitional Justice and the Inter-American Human Rights. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2397829>. Acessado em 03/07/2021.

GIUNCHETTI, Camila Serrano. *Globalização e direitos humanos: estudo acerca da influência da corte interamericana de direitos humanos sobre as instituições domésticas: o caso do presídio “Urso Branco” (RO)*. 2010. 270 f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Instituições e procedimentos no sistema Interamericano*. Em: Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais. Coordenador: Sven Peterke. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *ECtHR and national jurisdiction – The Görgülü Case*. Berlin: Humboldt Forum Recht, 2006. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/hfr/deutsch/2006-12.pdf>, acessado em 20/06/2021.

MAFFEI, Vinicius Setúbal. *ADPF 153: a lei de anistia ante o Supremo Tribunal Federal: uma visão constitucional, penal e internacional*. 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/adpf-153-lei-de-anistia-ante-o-supremo-tribunal-federal-uma-vis%C3%A3o-constitucional-penal-e-in>>. Acessado em 20/06/2021.

MARKS, S. Human Rights in Disastrous Times. Em: CRAWFORD, J; KOSKENNIEMI, M (Orgs.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. "Caso Gomes Lund e outros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil". Sentença de 24 de novembro de 2010.

PINTO, J. C. M. A responsabilidade do Brasil pelos crimes contra humanidade: análise do julgamento "Gomes Lund e outros". *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, 16, 32, 2013, pp. 69-85.

PORTO, G.; SOARES, R. V. C.; SHIMIZU, S.; GEBHARD, V. H.. *O crime de desacato: um estudo hermenêutico acerca da denúncia da Defensoria Pública da União contra o Estado brasileiro*. Em: Amanda Moraes; Asaph Teles; Victor Cecílio, Wladimir Fernandes. (Org.). Empoderamento de indivíduos, autonomia de comunidades. 1ª ed. Brasília: Otimismo, 2014, p. 76-95.

PORTAL DA LEGISLAÇÃO. Tratados equivalentes a Emendas Constitucionais. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>>, acessado em 19/06/2021.

SANTOS, Cecília MacDowell. *Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos 7 (2007): 27-57.

SEABRA, R. A. A.; MAIA, C. F.; PALACIOS, M. H. G. A Constituição e a Supralegalidade de Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil: uma análise crítica das causas, juridicidade e consequências. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, vol. 3, n. 5, Jul.-Dez. p. 274-302.

SILVA, Andressa de Souza e. A Corte Interamericana de direitos humanos. Rev. Jur., Brasília, v. 8, n. 79, p.47-61, jun./jul., 2006

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer. *A Decisão do STF na ADPF 153 (Lei de Anistia)*. Revista Brasileira de Direito: v.3, n.2, 2012.

VAN DIJK, P.; VAN HOOF, G.J.H. *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990. 657 p.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional*. Revista Anistia: Política e Justiça de Transição, Brasília, n. 4, p. 196-227, jul./dez. 2010

A APLICAÇÃO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Aline Cristine Valle Costa¹

RESUMO

Diante de um cenário constitucional de integração dos valores fundamentais e dos direitos humanos, são notórias, não somente a constitucionalização, mas a institucionalização do Princípio do Acesso à justiça como meio eficaz para a resolução do conflito existente entre o indivíduo e o aparato estatal. Contudo, por mais íntegra, verdadeira, ou construtiva que seja a norma constitucional instigadora da harmonia social e da solução pacífica de controvérsias, se não houver uma adequada realização da política judiciária e administrativa nacional, o princípio do Acesso à Justiça e até mesmo da solução do litígio em tempo razoável, passam a ser inaplicáveis, tendo em vista a eficácia dos métodos consensuais de solução de conflitos. Nesse cenário, este artigo objetiva estabelecer a relação entre os instrumentos de autocomposição de litígios, especialmente diante do artigo 17, parágrafo 1º, da Lei n. 8.429/92, cuja redação foi alterada pela Lei n. 13.964, de 2019, com o objetivo de proporcionar celebração de acordo de não persecução cível no âmbito das ações de improbidade administrativa.

Palavras- Chave: acordo; improbidade administrativa; métodos consensuais; não persecução cível;

¹ Graduanda em Direito do IDP- Instituto Brasileiro de Ensino Desenvolvimento e Pesquisa, graduanda em Gestão de Políticas Públicas na Unb- Universidade de Brasília, atualmente estagiária na Defensoria Pública do Distrito Federal, discente de Civil and Commercial Contracts da Universidade Nova de Lisboa e interessada nas áreas do direito administrativo, processual civil e direitos humanos.

THE APPLICATION OF CONSENSUAL IN CONFLICT RESOLUTION REGARDING ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND THE CIVIL NON-PROSECUTION AGREEMENT

ABSTRACT

Against of a constitutucional background, in which core rules and human rights are preserved; the institutionalisation of the access to the courts principle is well-known and its na effective way to solve a conflict between the government and citizens. However, the constitutional rule to a peaceful resolution of societal conflicts is constructive and faire, if there is not an adequate carrying out of administrative and judicial policies, the access to the courts and conflict resolution in a reasonable time turning to be inapplicable regardless the efficinecy of the consensual methods. In this scenario, this article aims to stablish a relation between the instruments for peaceful settlement of disputes, specially by the article 17, paragraph 1, of Law 8.429/92, whose wording was changed by Law 13.964/19, in which the objective is to proporcionate the conclusion of a civil non-prosecution agreement within administrative improbity lawsuits.

Keywords: agreement; administrative improbity; consensual methods; non-prosecution;

INTRODUÇÃO

A ampla extensão normativa brasileira engloba diplomas constitucionais, infraconstitucionais, substanciais, materiais e processuais, de forma a viabilizar a aplicabilidade dos princípios para a análise da Lei de Improbidade Administrativa inserida no contexto do microsistema dos direitos metaindividuais.

A partir da reconstitucionalização do país, ocasionando o movimento jurídico-social do neoconstitucionalismo, a Constituição de 1988 fora capaz de promover uma clarificação do Estado Democrático de Direito. Por meio desta forma de Estado, iniciou-se a nova interpretação constitucional fincada nos preceitos fundamentais e, principalmente, na dignidade da pessoa humana como conteúdo jurídico essencial do núcleo dos direitos fundamentais².

Hodiernamente, garante-se a aplicação da tutela jurisdicional com base nos valores e princípios constitucionais. Essa função dos princípios, para Habermas³, é exercida em virtude do seu caráter deontológico, garantindo que eles sejam universalmente obrigatórios e não apenas preferíveis.

Por conseguinte, os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, do Acesso à Justiça e da Resolução do Conflito em tempo Razoável tornaram-se conteúdo vinculante, de incidência direta e concreta, presentes na *Lex Matter* e direcionam-se para o intérprete e julgador da lide.

Com o objetivo de adequar-se às novas demandas e melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, diversos diplomas normativos passaram a prever e regulamentar institutos consensuais de composição de litígios, como a conciliação, a mediação e a negociação.

No âmbito da improbidade administrativa, conteúdo que se põe a discutir, percebe-se uma crescente alteração no modo de pensar o direito administrativo, este que jurisdicionalizado de modo punitivista caminha para que o direito seja mais

² ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

³ HABERMAS. Entre fatos e normas: contribuições para uma teoria do discurso do Direito e da democracia. Tradução William Rehg. New York: MIT Press, 1988. p. 257.

horizontalizado, permitindo novas perspectivas de aplicação do direito efetivo quanto aos direitos constitucionais.

Desse modo, quanto aos métodos consensuais aplicáveis à ação de improbidade administrativa, a Lei nº 13.964/2019 alterou a Lei nº 8.429/1992, permitindo a celebração de acordo de não persecução cível.

A partir dessas premissas, trabalharemos a seguir, primeiramente: conceito, natureza jurídica e sanções na lei de improbidade administrativa. Passado esse pilar inicial, será abordado o histórico da possibilidade de efetuar acordos nas ações de improbidade até a Lei n. 13.964/2019, passando pelo Código de Processo Civil de 2015 e, também, pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.

Por fim, será demonstrado, portanto, que os meios consensuais de solução de conflitos são amplamente reconhecidos em leis que fazem parte do microsistema de enfrentamento aos atos ilícitos de servidores públicos que praticam a corrupção, passiva ou ativa como forma de improbidade.

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Um comportamento será visto como proba quando estiver conforme as disposições legais específicas; por contraposto, a improbidade está relacionada aos influxos morais dotados de arbitrariedade, que por isso, vão de encontro às determinações legais. Percebe-se, desse modo, que a descrição de um é resultado da inaplicação do outro termo.

O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei n. 8429/92, criou um sistema de tutela de interesses difusos referentes à Probidade na Administração Pública. Por meio desta lei, os agentes públicos que incorrem na prática de atos ímprobos descumprem os princípios basilares da administração pública direta e indireta - legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. (art. 37, caput, CF).

Conforme explica Marino Pazzaglini⁴, a improbidade revela-se na obtenção de vantagem patrimonial, no dano ao Erário e na quebra dos princípios da Administração Pública, seja pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos seja pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública ou, ainda, pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

Já na lição do administrativista José Afonso da Silva⁵, a improbidade administrativa é imoralidade administrativa qualificada. Ao praticar ato de corrupção, o administrado rende-se à desonestidade, recusa a primazia do interesse público e percorre aos poderes e facilidades decorrentes da administração, de forma a obter proveito pessoal ou para outrem e, assim, rejeita a moralidade pública e individual, podendo ser responsabilizado, penal, civil e administrativamente.

Por meio da leitura da Lei n. 8429/92, percebemos que os sujeitos ativos, passíveis de praticar a improbidade administrativa, não são somente servidores públicos, mas todo e qualquer indivíduo que exerça função na administração pública (art. 2º) e os particulares, seja os que concorrem para a prática do ato, seja os que obtêm qualquer benefício advindo da ação (art. 3º) e, por isso, prejudicam, logo, as administrações direta ou indireta ou, ainda, as entidades privadas que recebem verba pública.

Com efeito, a Lei 8429/92 disciplinou os aspectos sancionatórios trazidos pela Constituição Federal em seu artigo 37 parágrafo 4º aos agentes ímprobos; do diploma legal extrai-se o rol de sanções aplicadas àquele que descumprir a probidade administrativa, consoante ao artigo 12 da Lei 8429/92. Além disso, é importante ter em mente que o legislador conferiu a cada inciso do artigo 12 relação própria para determinada categoria de improbidade.

Ademais, ao leitor da referida lei vale destacar que a natureza jurídica das sanções de improbidade administrativa é cível e, o rol de sanções, não é, de forma alguma,

⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 2. Ed. São Paulo, Atlas, 2007, p. 37-38.

⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 650.

taxativo, e, portanto, a LIA trouxe novas sanções aplicáveis, em vista da faculdade do intérprete e julgador do caso a ampliação ou aplicação de forma diferente das sanções previstas no art. 37, parágrafo 4º da CF: ressarcimento ao Erário; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; e indisponibilidade de bens.

A referida ampliação das sanções ordinárias previstas no art. 37, parágrafo 4º da CF é visível no artigo 12 da LIA. O artigo prevê que, independentemente dos processos investigatórios e processuais submetidos à legislação específica, o responsável pelo ato de improbidade está sujeito a cominações e, por isso, sanções extraordinárias, a serem aplicadas isoladamente ou cumulativamente de acordo com a gravidade do ato e o proveito econômico obtido.

Conforme a redação do artigo, pode o juiz aplicar, além das punições ordinárias, multa extremamente gravosa ao administrado, cujo valor varia conforme: o acréscimo patrimonial nos casos de enriquecimento ilícito; o valor do dano nos casos de prejuízo ao Erário; o valor da remuneração percebida pelo agente nos casos de atos que atentam contra os princípios da administração pública e; o valor do benefício financeiro, ou tributário, concedido nos casos de atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefícios financeiros. Pode ainda, o agente ficar impossibilitado de contratar com o poder público.

Cumprido destacar que para configurar a improbidade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do relator do Eresp 479812, ministro Teori Albino Zavascki, entendeu que o elemento subjetivo é essencial. Conforme o ministro:

“As duas Turmas da 1ª Seção já se pronunciaram no sentido de que o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade: exige-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 805080/SP, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJe de 06/08/2009; REsp 804052/MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJe de 18/11/2008; REsp 842428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21/05/2007; REsp 1.054.843/SP, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23/03/2009, esse último assim ementado:”

Processual Civil e Administrativo Violação do art 55 do CPC: Inocorrência. Improbidade Administrativa Tipificação. Indispensabilidade do elemento subjetivo (dolo, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 e culpa, pelo menos, nas hipóteses do art 10). Precedentes. Cerceamento de defesa configurado, já que foi negada ao recorrente a produção de prova endente a afastar a configuração do elemento subjetivo. Recurso Especial provido.

ACORDO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme a redação original do artigo 17 parágrafo 1º da Lei. 8429/92, não se admitia a conciliação, a transação ou a negociação, ou seja, vedados estavam os métodos consensuais de solução de conflitos:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

Acredita-se que ao legislar artigo como esse, a administração pública estava a proteger, de forma primordial, o princípio da indisponibilidade do interesse público. Apesar de, no período de elaboração da referida lei, já passara a redação da Constituição de 1988, ainda estávamos no período de reconstrução da era democrática e, logo, tomaria algum tempo para que os direitos e deveres coletivos, tanto positivos quanto negativos da Administração Pública, fossem implementados na prática.

Tal é verdade que este dispositivo, parágrafo 1º do artigo, já era criticado por parte da doutrina representada por Carlos Henrique da Costa Leite⁶; segundo os adeptos desta corrente, o dispositivo violaria os princípios da eficiência e da economicidade ante a extrema valorização do interesse público. Ademais, seria lição cogente da constituição a solução pacífica dos conflitos.

Esta valorização extrema do interesse público demonstrava-se prejudicial uma vez que o Estado se percebia punitivista e recusava a aplicação do direito a promover a

⁶ Carlos Henrique da Costa Leite *apud* MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública *em* CAHALI, Francisco José et. al. Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26.05.2015. São Paulo: Saraiva, 2016. p 74.

solução do litígio em tempo razoável, de modo que a apuração do inquérito e a condução da ação de improbidade se tornava custosa para ambos o administrado e a máquina estatal.

No contraponto, o princípio da indisponibilidade do interesse público assevera que a Administração deve realizar suas condutas sempre velando pelos interesses da sociedade, mas nunca dispondo deles, uma vez que o administrador não goza de livre disposição dos bens que administra, pois o titular desses bens é o povo. Isto significa que a Administração Pública não tem competência para desfazer-se da coisa pública, bem como, não pode desvencilhar-se da sua atribuição de guarda e conservação do bem. Desse modo, a disponibilidade dos interesses públicos somente pode ser feita pelo legislador (VIEGAS, 2011) ⁷.

Contudo, não faz sentido a suposta incompatibilidade do interesse público e o uso dos meios consensuais de solução de conflitos e, nesse sentido diversos diplomas normativos subsequentes seguiram com esse entendimento, foram esses: A Lei 9099/05 (Lei dos Juizados Especiais); a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (que disporá sobre o tratamento adequado dos conflitos no judiciário); A Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção); Lei 2848/2013 (Lei das Organizações Criminosas).

Num primeiro momento, as leis que possibilitam os acordos eram, em sua maioria, voltadas para o direito privado. Até que o cenário mudou com a edição da lei de mediação, Lei n. 3140/2015, que dispunha sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares, além de permitir a consecução do acordo no âmbito da administração pública.

Logo em seguida desta lei, foi editado o Novo Código de Processo Civil, o qual admite meios autocompositivos a fim de resolver a lide, exemplo disso é que em seu artigo 3º, §§ 2º e 3º, pelo qual “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

⁷ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **O princípio da supremacia do interesse público**: Uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9092&revista_caderno=4>

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Em se tratando do conteúdo parte da LINDB – Lei de Introdução às normas do direito brasileiro - influenciadores da aplicação do acordo de não persecução cível na ação de improbidade administrativa, temos de destacar, antes de tudo, a natureza jurídica de uma norma indicativa tal qual a LINDB.

Conforme a doutrina clássica de Pontes de Miranda⁸, há no direito brasileiro, normas de “metadireito” ou, “sobredireito” (lex legum, ou seja, no caso da LINDB (antiga LICC) trata-se de uma norma jurídica que visa a regulamentar outras normas. A natureza jurídica da LINDB, conforme Tartuce⁹, que segue a mesma linha de Miranda, é indicativa; essas normas abrangem não só as ideias básicas da legislação nacional, mas também os princípios filosóficos, fundamentais do Direito.

Tendo papel de instruir o aplicador do direito de como as outras normas do ordenamento devem ser sobrepostas, a LINDB recebe patamar fundamental na improbidade administrativa quando, a partir de 2018, com a edição da Lei. 13655/2018 passou a trazer disposições não concernentes ao direito privado como antes fazia, mas ao direito público.

Nesse ínterim, as disposições dos artigos 20 a 30, em especial do artigo 26 a 28 da LINDB autorizavam a firmação de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) nas ações de improbidade administrativa, mercê da superação interpretativa da vedação prevista no art. 17, §1º da Lei 8.429/92. Surge, então, desavença, pois as indicações da LINDB que criavam uma série de mecanismos de proteção do gestor iam de encontro com o artigo 17, parágrafo 1º da Lei. 8429/92. Saliento o artigo 26:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados,

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Introdução à política científica. Rio de Janeiro, Gamier, 1924. p.189-0.

⁹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único. 7 ed. São Paulo: Método, 2017, p. 1-2.

observado a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

A parte majoritária da doutrina¹⁰, defensora de Pontes de Miranda, podemos citar Fábio Medina Osório, Celso Antônio Bandeira de Melo e Maria Sylvia Di Pietro defende a natureza jurídica cível da lei de improbidade, apesar dessa ter incorporado os métodos consensuais advindos do direito penal. Por força do artigo 26, a possibilidade de celebração de compromisso com os agentes incólumes da administração seria norma de sobredireito e, conseqüentemente, teria aplicação precedida da Lei de improbidade administrativa. Sendo possíveis, portanto os métodos consensuais no direito sancionador. Nas palavras de Eduardo Lessa Mundim: (MUNDIM, 2016, p.62).

“Paulatinamente, tem-se visto a admissão, no Direito Sancionador, das figuras da justa causa, da bagatela¹¹, da transação¹², do ônus do Órgão Acusador em provar o fato constitutivo do direito alegado (presunção de inocência do Réu), da verdade real, da dosimetria das sanções, da incidência da ponderação judicial ou dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Dessa maneira, posicionou-se o IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, por meio do Enunciado 18¹³.

A controvérsia, por sua vez, fora de vez sanada com a edição da Lei n. 13964/19, que modificara o artigo 17, §1º da LIA. O dispositivo passou a dispor que “as ações de que trata este artigo admitem a *celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta lei*” e o novo §10-A acrescentou que “*havendo a possibilidade de solução*”

¹⁰ Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 14, n. 1, p. 1-106, Jan/Jun. 2002.

¹¹ Sobre a questão da bagatela, confira-se o Tema III da essencial obra de autoria do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO e de MARIANA COSTA DE OLIVEIRA, intitulada Direito Sancionador – Quatro Termas das Garantias do Acusado na Ação de Improbidade Administrativa. Fortaleza: Curumim, 2015.

¹² A Medida Provisória no. 703, publicada no DOU em 21.12.2015, revogou o art. § 1º, art. 17 da Lei no. 8.429/1992, que vedava a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade administrativa.

¹³ Enunciado 18. A LINDB é norma jurídica que impacta todas as regras de direito público, especialmente aquelas que tratam da responsabilização dos agentes públicos que decidem ou emitem opiniões técnicas.

consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias”.

O acordo de não persecução cível axiomatiza que em ambas as esferas extrajudiciais, inquérito civil, administrativo, penal e judicial, em se tratando de ação de improbidade é cabível a solução do conflito com aplicação do princípio da consensualidade, concretizando o acordo de não persecução cível.

No que tange aos contornos do Acordo de não Persecução cível, com base na LIA em seu artigo 17, *caput*, a legitimidade para a celebração do acordo de não persecução cível, será entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas que possam ajuizar a respectiva ação de improbidade. Cavalcante pondera que se trata de “negócio jurídico de natureza extraprocessual ou judicial a depender da hipótese, que está submetido as condições de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral que trata o Código Civil.”¹⁴ Importante ainda a voluntariedade do acordo, não podendo o gestor aderir compulsoriamente, ou sob qualquer forma de coação, entendimento este do STJ.¹⁵

Além do mais, merece destaque o artigo 17, §10-A, inserido na LIA pela Lei Anticrime, que dispõe:

“Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.”

Insta comentar que, ao contrário do que muito foi defendido por alguns autores, o cerne deste dispositivo não objetivava a enunciação de um prazo de preclusão para a celebração do acordo, isto é, o legislador permitiu ampliar as possibilidades de uma solução negociada, por meio da interrupção do prazo para contestação, por até 90 dias. Atualmente a jurisprudência reconhece que o acordo de não persecução cível poderá ser proposto em outros momentos do processo judicial. Ademais, já na esfera extrajudicial, o acordo segue a mesma via do TAC- Termo de Ajustamento de Conduta - uma vez que,

¹⁴ CAVALCANTE, André C.N. [et. al.] **Lei Anticrime comentada**. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p.147.

¹⁵ “O compromisso de ajustamento de conduta é um acordo semelhante ao instituto da conciliação e, como tal, depende da convergência de vontades entre as partes (STJ, REsp 596.764/MG, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 17.05.2012, Dje 23.05.2012).

nesses moldes, a finalidade é a dispensabilidade do ajuizamento de uma ação civil de improbidade administrativa.

Assim, o acordo poderá ser proposto, com observância do Ministério Público durante o curso da ação de improbidade, porém está o acordo sujeito a dois requisitos básicos: no que tange à validade do negócio jurídico, deve ser realizado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, já quanto à eficácia, está o acordo condicionado à homologação judicial (art. 515, II, CPC).

ASPECTOS PRÁTICOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Quanto ao que fora disciplinado pelos órgãos públicos a fim de punir os servidores ímprobos e, desse modo, regulamentar a aplicação do disposto no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429, conforme as competências de cada órgão, podemos citar a Portaria Normativa N. 18 de 16 de julho de 2021 que regulamenta o acordo de não persecução cível em matéria de improbidade administrativa no âmbito da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal. Cite-se o art. 2º da Resolução:

Art. 2º O acordo de não persecução cível - ANPC, previsto no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429, de 1992, poderá ser celebrado extrajudicialmente ou no curso da ação judicial, até seu trânsito em julgado, quando presentes indicativos de que a solução consensual se mostre a via mais adequada à efetiva tutela do patrimônio público e da probidade administrativa.

Temos que, apesar deste diploma infralegal da AGU não ter inovado quanto ao tratamento da matéria, mas reproduzido a Lei os dispositivos contidos na Lei 8.479, o tema passou a ser definido de forma expressa pela AGU, o que já é um avanço para a agenda política do órgão.

Além disso, ao prever, na forma do art. 2º, que o acordo poderá ser celebrado extrajudicialmente ou no curso da ação judicial, até o trânsito em julgado, ganha força o entendimento de que a autocomposição é meio admitido na esfera recursal nas ações de improbidade administrativa. Tal qual fora o caso no qual o STJ homologou o acordo de não persecução cível em fase recursal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ACORDO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO AJUSTE. ART. 17, § 1º, DA LEI N. 8.429/1992, COM REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI N. 13.964/2019. 1. Trata-se de possibilidade, ou não, de homologação judicial de acordo no âmbito de ação de improbidade administrativa em fase recursal. 2. A Lei n. 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, alterou o § 1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, o qual passou a prever a possibilidade de acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa. 3. No caso dos autos, as partes objetivam a homologação judicial de acordo no bojo do presente agravo em recurso especial, o qual não foi conhecido, por maioria, por esta e. Primeira Turma, mantendo-se o acórdão proferido pelo TJSP que condenou o recorrente à modalidade culposa do art. 10 da LIA, em razão de conduta omissiva consubstanciada pelo não cumprimento de ordem judicial que lhe fora emitida para o fornecimento ao paciente do medicamento destinado ao tratamento de deficiência coronária grave, o qual veio a falecer em decorrência de infarto agudo de miocárdio, ensejando, por conseguinte, dano ao erário, no montante de R\$ 50.000,00, devido à condenação do Município por danos morais em ação indenizatória. 4. O Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo deliberou, por unanimidade, pela homologação do Termo de Acordo de Não Persecução Cível firmado entre a Promotoria de Justiça do Município de Votuporanga e o ora agravante, nos termos das Resoluções n. 1.193/2020 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, tendo em vista a conduta culposa praticada pelo ora recorrente, bem como a reparação do dano ao Município. 5. Nessa linha de percepção, o Ministério Público Federal manifestou-se favoravelmente à homologação judicial do acordo em apreço asseverando que: "Realmente, resta consignado no ajuste que apesar de ter causado danos ao erário, o ato de improbidade em questão foi praticado na modalidade culposa, tendo o Agravante se comprometido a reparar integralmente o Município no valor

atualizado de R\$ 91.079,91 (noventa e um mil setenta e nove reais e noventa e um centavos), além de concordar com a aplicação da pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (e-STJ 998/1005). Em suma, os termos do ajuste não distanciam muito da condenação originária (e-STJ 691), revelando adequação para ambas as partes. Resta a toda evidência, portanto, que a transação celebrada entre o Agravante e o Agravado induz a extinção do feito na forma do art. 487, III, "b", do CPC." (e-STJ fls. 1.036-1.037). 6. Dessa forma, tendo em vista a homologação do acordo pelo Conselho Superior do MPSP, a conduta culposa praticada pelo ora recorrente, bem como a reparação do dano ao Município de Votuporanga, além da manifestação favorável do Ministério Público Federal à homologação judicial do acordo, tem-se que a transação deve ser homologada, ensejando, por conseguinte, a extinção do feito, com resolução de mérito, com supedâneo no art. 487, III, "b", do CPC/2015. 7. Homologo o acordo e julgo prejudicado o agravo em recurso especial. (Acordo no AREsp 1314581/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021).

O Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido de homologar o acordo entre o deputado estadual Carlos Pignatari (PSDB-SP) e o Ministério Público de São Paulo em virtude que os órgãos de cúpula do Conselho Superior do Ministério de São Paulo e o Ministério Público Federal condizerem com o método consensual, por decorrência, o recurso fora extinto.

Ainda no que tange à regulamentação da matéria nos órgãos judiciários, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio do conselheiro Silvio Amorim, apresentou proposta de resolução que regulamenta no acordo de não persecução cível em

âmbito federal do Ministério Público¹⁶, levando em conta a já existente Resolução CNMP nº 179/2017¹⁷ que disciplina o Termo de Ajustamento de Conduta no MP.

Verifica-se a preponderância do órgão do Ministério Público de São Paulo que, em 11 de março de 2020 editou a Resolução N. 1.193/2020-CPJ¹⁸, a qual moderou o acordo de não persecução cível no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, regulamentando o disposto no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 e no art. 7º, § 2º da Resolução N. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Caso a proposta de Resolução do CNMP seja aceita, caberá aos Ministérios Públicos estaduais verificar se estão adequados ao positivado pelo Conselho.

Diante dos comentários realizados, o acordo de não persecução cível, envolto na eficiência dos métodos alternativos de solução de controvérsias, é meio de o jurisdicionado ser atendido e de ser finalizada a corrupção. Ora, por um lado o infrator acessa a justiça e, por outro, permite-se a desburocratização da máquina estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pretendeu ressaltar neste artigo, os meios alternativos de solução de conflitos se apresentam como meios propícios e eficientes na resolução das controvérsias que envolvam a Administração Pública direta e indireta quando, dentro dos pressupostos da legalidade, moralidade, eficiência e impessoalidade mostrar-se mais viável para a proteção do interesse público a resolução do mérito.

Além do mais, é notório que estamos diante de um fenômeno de horizontalização do interesse público, na qual a indisponibilidade dos propósitos públicos pode ser relativizada diante da situação concreta. Temos ainda que muito embora a modificação do artigo 17 da LIA tenha sido recente permitindo no âmbito da autocomposição o Termo de Ajustamento de Conduta e Acordo de Não Repercussão Cível em improbidade

¹⁶ PROPOSTA DE RESOLUÇÃO CNMP. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2021/julho/Proposta_de_Resolucao_-_Acordo_de_Nao-Persecucao_Civel.pdf.

¹⁷ RESOLUÇÃO N. 179/2017 CNMP. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>

¹⁸ RESOLUÇÃO N. 1.193/2020-CPJ. Disponível em: http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf

administrativa, a doutrina, por sua vez, já sustentava a possibilidade de aplicação de transação ou conciliação em casos de improbidade, principalmente naqueles despididos de gravidade, em que a extensão do dano foi diminuta e que o agente não seja reincidente¹⁹.

No bojo legislativo proporcionador do acordo, a Lei nº 13.655/2018 (alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 – LINDB - o artigo 26 autoriza a firmação de termos de ajustamento de conduta pelos órgãos legitimados (aqueles constantes do artigo 5º, parágrafo 6º da Lei 7.347/85) nos inquéritos civis e disciplinares e, logo, nas ações de improbidade administrativa. Após, com a entrada em vigor da Lei. n. 13.964/19, passou a ser permitida a celebração do acordo de não persecução civil nas ações de improbidade administrativa, nos termos de lei específica.

Por meio deste acordo, não se é crível o início de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa, e, assim beneficiam-se ambos - a Administração e o agente infrator, este adere a condições específicas e esquivam-se de sanções mais gravosas que, próximo ao acordo de leniência, serão aplicadas aos outros agentes responsáveis pelo dano não aderentes às condicionantes do acordo. O poder público, por outro lado, será eficiente e célere na apuração do dano e procederá a reparação do possível dispêndio causado ao erário.

Diante do exposto, procedeu-se neste trabalho a uma análise expositiva e exemplificativa quanto ao histórico da possibilidade de efetivação do acordo em ações de improbidade administrativa. Nada obste que o tema é extremamente longo e complexo, realizados foram os delineamentos principais a fim de concluir para a falibilidade das normas verdadeiramente punitivas para coibir práticas ilícitas e a efetividade da atual redação do artigo 17 da LIA e Artigo 26 da LINDB que, ao preconizar pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, no acesso à justiça e seu desdobramento na duração razoável de um processo para ambos o administrado e o administrador trouxeram uma verdadeira inovação para o ordenamento jurídico brasileiro ao admitir o

¹⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 519; SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 145; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 312-313, 361.

acordo de não persecução civil na improbidade administrativa como método alternativo de solução de controvérsias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Esatúdios Políticos y Constitucionales, 2001. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Título original: Theorie der Grundrechte.

AGRA, Walber de Moura. **Comentários sob a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Nova interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Tradução Karina Janini. 1 ed. São Paulo: Manole, 2005.

CANADAS, Luciara Vanderlinde. **O Acordo de Não Persecução Cível como possibilidade de autocomposição em matéria de improbidade administrativa à luz da Lei n. 13.964/2019-Lei Anticrime**. Direito-Pedra Branca, 2020. Acesso em 03 de julho de 2021. Disponível em: <http://www.riuni.unisul.br/handle/12345/11673>.

CAVALCANTE, André C.N. [et. al.] **Lei Anticrime comentada**. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa-No Estado Constitucional de Direito-2a Edição-Revista e Atualizada**. Jurua Editora, 2007.

MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública *em* CAHALI, Francisco José et. al. **Arbitragem: Estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26.05.2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Brasília, DF: Presidência da República. Acesso em 19 de junho de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Acesso em 31 de maio de 2021. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

DA SILVA, Jessica Lorrane; DE FREITAS BRANDÃO, Heloanny; BATISTA, Yasmine Alves. **Improbidade administrativa e os meios alternativos de solução de conflitos**. Sistema e-Revista CNJ, v. 4, n. 2, 2020.

DE LIMA, Wellington Henrique Rocha; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Autocomposições como efetivas formas de resolução de demandas eivadas de atos de improbidade administrativa**. Scientia Iuris, v. 24, n. 1, 2020.

DELGADO, José Augusto. **Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. Acesso em 02 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/author/proofGalleyFile/404/363>.

HABERMAS. **Entre fatos e normas: contribuições para uma teoria do discurso do Direito e da democracia**. Tradução William Reheg. New York: MIT Press, 1988.

LEI 13.964/ 2019. Brasília, DF: Presidência da República. Acesso em 12 de maio de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm

LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Brasília, DF: Presidência da República. Acesso em 20 de maio de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. Brasília, DF: Presidência da República. Acesso em 20 de maio de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de Pesquisa no Direito.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Soraia da Rosa; SOUZA, Augusto César Borges. **O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional.** Acesso em 02 de julho de 2021. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/374>

MUNDIN, Eduardo Lessa. **Litisconsórcio passivo necessário na ação de improbidade administrativa.** Acesso em 02 de agosto de 2021. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2016_241_capDoutrina.pdf

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público.** 2. Ed. São Paulo, Atlas, 2007.

PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. **O Consenso em matéria de Improbidade Administrativa: Limites e Controvérsias em torno do acordo de não persecução cível introduzido na Lei n. 8429/ 1992 pela Lei n. 13.964/2019.** Acesso em 28 de maio de 2021. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/845/609>.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Introdução à política científica.** Rio de Janeiro, Gamier, 1924.

PORTARIA NORMATIVA AGU N. 18, DE 16 DE JULHO DE 2021. Acesso em 31 de agosto de 2021. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-normativa-agu-n-18-de-16-de-julho-de-2021-332609935>.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUAID, Ricardo Adelino; DOS REIS SILVEIRA, Ricardo; DA SILVEIRA, Sebastião Sérgio. **A aplicação dos métodos autocompositivos no âmbito da improbidade administrativa.** Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 8, n. 2, 2020.

STJ homologa acordo de não persecução em improbidade em fase recursal. Acesso em 31 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-02/stj-homologa-acordo-nao-persecucao-improbidade>.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil Volume Único.** 7 ed. São Paulo: Método, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **O princípio da supremacia do interesse público:** Uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011.

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO VOLTADO À OUTORGA DE EFICÁCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

André Ferreira Jerônimo¹

RESUMO

O estudo da Reclamação ganha especial importância no contexto da crescente aplicação do direito jurisprudencial pelo Poder Judiciário brasileiro. Apesar da valorização dos “precedentes” prevista no CPC/2015, juízes e tribunais, frequentemente, embaralham conceitos e desvirtuam a compreensão sobre o papel das Cortes Supremas (STJ e STF) e, conseqüentemente, sobre a aplicação do direito com base na interpretação emanada dos seus julgados. O presente artigo pretende demonstrar a ocorrência dessa hipótese por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Agravo Regimental na Reclamação nº 40.759/SE.

Palavras-chave: 1. Direito Processual Civil (Brasil); 2. Precedentes (Direito); 3. Cortes Superiores e Cortes Supremas; 4. Reclamação Constitucional.

ABSTRACT

The study of the Constitutional Claim gains special importance in the context of the growing application of jurisprudential law by the Brazilian Judiciary. Despite the appreciation of "precedents" provided by CPC/2015, judges and courts, often, mix up concepts and distort the understanding of the role of the Supreme Courts (Superior Court of Justice - STJ and Supreme Federal Court – STF) and, consequently, on the application of the law based on the interpretation emanating from its judgments. This article aims to demonstrate the occurrence of this hypothesis at the time of the judgment, by the Supreme Federal Court, of the Regimental Appeal in Complaint nº. 40.759/SE.

¹ Graduado em Direito pelo UniCEUB, especializando em Direito Processual Civil pelo IDP. Advogado. Link para o CV Lattes <http://lattes.cnpq.br/4002368848642681>, e-mail: jeronimo@gjd.adv.br

Keywords: 1. Civil Procedure Law (Brazil); 2. Precedents (Law); 3. Superior Courts and Supreme Courts; 4. Constitutional Claim.

1 INTRODUÇÃO

Nota-se no direito brasileiro uma salutar preocupação com a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência produzida pelos tribunais pátrios (art. 926, CPC/2015), sobretudo quando orientada pelo entendimento das cortes de vértice em regimes de julgamento diferenciados, como em Recursos Extraordinários ou Especiais Repetitivos ou em sede de controle abstrato de constitucionalidade. O legislador infraconstitucional, atento a essa necessidade, consignou no CPC/2015 um rol de provimentos judiciais com eficácia vinculante (art. 927), com o claro objetivo de minimizar – idealmente, eliminar – a indesejada “jurisprudência lotérica”. Apesar desse esforço, é comum no Brasil observar-se decisões antagônicas para casos idênticos ou sobre uma mesma questão de direito. Juízes e tribunais insistem em não seguir o entendimento das Cortes Supremas no julgamento de casos paradigmáticos, mesmo após a fixação de teses jurídicas sobre a questão de direito específica, enfraquecendo a sistemática estabelecida pela Constituição Federal e reforçada pela legislação ordinária e pela doutrina.

A reclamação constitucional, embora desenvolvida para outros fins, tem servido também como meio para promoção da eficácia de determinados *precedentes*, nada obstante isso dividir opiniões na doutrina e na jurisprudência. A despeito da ampliação de seu alcance funcional, a partir do CPC/2015 (art. 988, incs. III e IV), é preciso ter claro que o instituto não possui a finalidade precípua de impugnar decisão que viola um *precedente*, mas sim de *garantir a autoridade da decisão do caso*, isto é, do *dispositivo* de determinada decisão proferida no caso concreto e, apenas excepcionalmente, se presta à tutela do precedente contido em súmula vinculante (art. 988, inc. III). Em outras palavras, a reclamação deve ser entendida, via de regra, como instrumento voltado à garantia da autoridade do julgado do tribunal. É certo, contudo, como ressalta Marinoni (2017, p. 22), que “a autoridade destas decisões depende do modo como a própria Corte se comporta diante delas.”

Necessária, portanto, a incursão nos aspectos gerais e nos conceitos que conformam os precedentes judiciais, tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, e as técnicas envolvidas na sua operacionalização, como *distinguishing* e *overruling*. Por conseguinte, procura-se

destacar o papel que as cortes de vértice da organização judiciária brasileira (STJ e STF) devem desempenhar, sobretudo no contexto do Estado Constitucional, tal como propõe parte da doutrina brasileira, com destaque a Luiz Guilherme Marinoni (UFPR) e Daniel Francisco Mitidiero (UFRGS).

Essa concepção, em linhas gerais, defende que as cortes supremas devem ser encaradas não mais como meros tribunais de controle da legalidade das decisões recorridas, valendo-se da sua jurisprudência como um simples parâmetro para aferição de erros e acertos cometidos pelos órgãos jurisdicionais das instâncias ordinárias. A perspectiva encampada por esses autores, a qual nos filiamos neste artigo, é a de que tais cortes possuem papel central na adequada interpretação do Direito, que se vale dos seus precedentes como um meio para orientação da sociedade civil e da comunidade jurídica a respeito do significado que deve ser atribuído aos enunciados legislativos. (MITIDIERO, 2017, p. 17).

Os citados autores consideram, no entanto, que até que as próprias Cortes Supremas, as Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau assimilem uma efetiva cultura do precedente judicial, é imprescindível que se admita a reclamação com função de outorga de eficácia do precedente (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 920). É a partir dessa ótica – sem deixar de consignar a adequada e tradicional aplicação do instituto – que se analisará a Reclamação nº 40.759/SE, a fim de se verificar, dentre outros aspectos, i) o cabimento da via eleita para o enfrentamento da questão de direito suscitada; ii) a ocorrência da chamada *preclusão hierárquica* sobre tal questão, materializada na usurpação da competência do STF pelo TST, ao impedir que a Suprema Corte analisasse a matéria constitucional subjacente em última instância; e iii) se por meio da referida reclamação acabou-se por tutelar a autoridade de decisão ou a eficácia de precedente emanado da Suprema Corte.

O foco do presente artigo não é, portanto, o mérito da controvérsia originária na seara trabalhista, mas tão somente os aspectos relacionados à utilização mais ampla da reclamação, desta feita como instrumento voltado a promoção da eficácia do precedente judicial, nos termos do art. 988 e seguintes do CPC/2015.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

O enfrentamento do tema central deste artigo não poderia ocorrer apartado de uma contextualização com teoria dos precedentes judiciais, tão em voga na doutrina processual brasileira. Desta maneira, procede-se a uma apresentação, ainda que perfunctória, das noções

gerais, conceitos e terminologias ínsitas à temática, a partir da perspectiva histórico-comparada, indispensável à sua compreensão.

2.1 O CONCEITO DE PRECEDENTE NA DOUTRINA ESTRANGEIRA E NACIONAL

Antes de perquirir as raízes históricas dos precedentes, é preciso consignar uma definição mínima para esta categoria, independentemente do sistema jurídico em que esteja inserida. A acepção comumente atribuída ao termo *precedente* o define como uma **decisão judicial que, tomada no passado, deveria ser levada em consideração quando o julgador estivesse diante de um caso similar ao que deu origem a tal decisão**. Essa concepção generalista, contudo, apesar de comum para ambas as tradições jurídicas ocidentais (*common law* e *civil law*), ganha contornos próprios quando analisada mais detidamente em cada uma dessas culturas jurídicas.

A ideia de precedentes visa, essencialmente, promover valores como a **igualdade**, a **liberdade** e, sobretudo, a **segurança jurídica**. De fato, sem segurança jurídica não se viabiliza um ambiente confiável para o desenvolvimento de sociedades pautadas na liberdade, onde é fundamental conhecer como o poder estatal é exercido pela jurisdição, a fim de mantê-lo, permanentemente, vinculado ao Direito, evitando arbitrariedades e, conseqüentemente, o tratamento desigual a situações idênticas (MITIDIERO, 2017).

O Código de Processo Civil de 2015, apesar de mencionar o termo ao longo de seu texto, não tratou de conceituar o que seria um *precedente judicial*. Nada obstante, conforme observam Jobim e Oliveira Junior (2021), a doutrina estrangeira e nacional é bastante fértil nessa tarefa. Dentre os estrangeiros, elencam autores como Neil Dextrbury, que conceitua o precedente como **um evento passado que serve como um guia para uma ação presente**. Analisando também o sistema inglês, Rupert Cross e J. W. Harris, sustentam que o **precedente está contido na ideia de que os demais tribunais devem respeitar o que anteriormente decidido por um tribunal superior**. Nos Estados Unidos, apesar de o sistema jurídico possuir características próprias, não há divergência quanto à *razão de ser* do precedente. Assim, Frederick Schauer, afirma que **o precedente se revela no fato de que as cortes devem seguir suas decisões anteriores, dando a mesma resposta às questões legais já decididas no passado** (JOBIM; OLIVEIRA JUNIOR, 2021, p. 55-56).

Em solo brasileiro também se comunga desta noção mais **ampla** sobre um “caso” precedente. Didier Jr. (2015, p. 43), por exemplo, analisa o precedente como uma “**decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior**”.

Uma análise detida do tema, contudo, indica a necessidade de uma concepção mais **restrita** desta categoria jurídica, a fim de delimitar seus contornos e seu alcance. Para Macêdo (2015, p. 89-90), “**o precedente seria tratado como sinônimo de *ratio decidendi*, compreendido como as razões de decidir contidas em parcela do ato decisório, sobretudo na sua fundamentação.**” Cruz e Tucci (2004, p. 11), analisando o fenômeno, leciona que

(...) em ambas as experiências jurídicas os órgãos judicantes, no exercício regular de pacificar cidadãos, descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim, o núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um precedente judicial. O alcance deste somente pode ser depreendido aos poucos, depois de decisões posteriores. O precedente nasce então como uma regra e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos.

Essa concepção se aproxima daquela apresentada por Mitidiero (2017, p. 89-90), para quem o precedente está contido nas

(...) razões necessárias e suficientes para a solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou pela maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema.

O referido autor acrescenta que, por serem formulados por cortes encarregadas de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal, os **precedentes são sempre obrigatórios**, isto é, têm sempre força vinculante. Marinoni (2019, p. 214), por sua vez, assevera que:

Para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito ou se limitar a afirmar a letra da lei, como pode estar apenas reafirmando o precedente.

Nota-se, portanto, que um precedente judicial deriva, necessariamente, de uma decisão judicial. Todavia, isso não autoriza dizer, na linha das concepções apresentadas, que toda e qualquer decisão esteja vocacionada a ser um precedente judicial, em sentido estrito.

2.2 PRECEDENTES NAS TRADIÇÕES JURÍDICAS OCIDENTAIS (*COMMON LAW* E *CIVIL LAW*)

Dadas as diferenças culturais e as circunstâncias políticas próprias, é natural que cada grande sistema jurídico ocidental tenha lidado de forma distinta com os métodos de interpretação e aplicação do direito. Nos países do *Common Law*, em especial na Inglaterra, o direito desenvolveu-se com base tanto na **lei não escrita** (*lex non scripta*), derivada da cultura e dos costumes, como na **lei escrita** (*lex scripta* ou *statue law*), produto da atividade legiferante (MARINONI, 2019). Durante muito tempo, aos juízes cabia somente a atividade de **declarar o direito** com base numa ou noutra fonte. Daí a expressão **oráculos da lei** (*oracles of the law*), pois aos juízes era dado apenas descortinar a regra preexistente, porém, oculta, embutida no corpo do direito costumeiro imemorial dos *Englishmen* (MITIDIERO, 2017).

Nos países da família do *Civil Law*, o direito de tradição romano-germânica estabeleceu-se dentro de uma sistemática mais racional, em que a lei prevaleceu sobre os costumes. Essa cultura remonta às compilações de Justiniano, passando pela Era da Codificação – inaugurada pelo Código Napoleônico de 1804 – e se estende aos dias atuais. De acordo com António Manuel Hespanha (2005, p. 330), com os códigos pretendeu-se "formar um sistema fechado de normas, logicamente concatenado, justificável segundo o princípio científico da utilidade". Ancorada nas razões da Revolução Francesa, também nesse sistema o juiz desempenhou função meramente declaratória do direito. Neste caso, porém, o direito encontrava-se noutro lugar, no **texto legal**. Desta tradição jurídica é a famosa caricatura do juiz "**boca-da-lei**" ou do *juge inanimé* (juiz inanimado), atribuídas à Montesquieu (1748), pois exerciam um papel meramente mecânico.

Nada obstante tenham adotado soluções distintas para a promoção da segurança jurídica e tenham gerado relevantes contribuições para o desenvolvimento do direito, quer pelo juiz, no caso inglês, quer pela lei, no caso francês, ambas as perspectivas haviam de ser superadas – e foram –, haja vista estarem assentadas, cada qual a seu modo, em verdadeiros **mitos** sobre a suficiência da declaração de um direito pré-existente (teoria declaratória), o que manteve por longo tempo a práxis jurídica distante do *plano do conhecimento* e próxima do *plano da crença* (MITIDIERO, 2017).

Essas concepções que supunham o direito como algo totalmente determinado em um momento prévio à interpretação, foram sendo paulatinamente suplantadas ao longo do século

XIX, pela percepção de que o direito seria *duplamente indeterminado*² (teorias céticas da interpretação), sendo justamente papel da interpretação precisar contextualmente seu significado. Como observa Mitidiero (2017), essa empreitada teórica envolveu e ainda envolve juristas de diversas partes do mundo, o que resulta, naturalmente, num diálogo e numa interpenetração entre o *Common Law* e o *Civil Law*, rendendo frutos que aproveitam igualmente a ambos. Destaca-se nessa virada paradigmática, a obra de Hans Kelsen, para quem as tarefas de interpretação e aplicação devem ser compartilhadas por vários órgãos estatais encarregados de densificar gradualmente o direito, não cabendo tais tarefas exclusivamente ao legislador ou ao órgão julgador.³

O próprio significado de precedente sofreu alterações profundas nesse período. Daniel Mitidiero (2017, p. 27-41) procede a uma interessante análise sobre a evolução conceitual do instituto. Em síntese, com esteio nas obras de William Blackstone, Jeremy Bentham e John Austin, demonstra que os precedentes, inicialmente, serviram apenas para ilustrar ou explicar o significado do Direito. Num segundo momento, passaram a ser utilizados como reforço argumentativo, dotados de força persuasiva. Apenas mais recentemente, adquiriram força normativa ao ponto de vincular os julgadores.

Há uma tendência, como sustenta Bustamante (2012), de todos os sistemas jurídicos desenvolvidos atribuírem força vinculante aos precedentes judiciais, não sendo diferente no Brasil esta orientação. Há, invariavelmente, notória assimilação da doutrina do *stare decisis*⁴ que, em síntese, defende o respeito ao que foi decidido anteriormente ou, em outras palavras, “concede às decisões pretéritas autoridade suficiente para determinar o resultado dos casos

² A partir das reflexões de Riccardo Guastini, Daniel Mitidiero (2017, p.59-60), demonstra que essa dupla indeterminação do direito se daria, basicamente, por duas razões: “os textos em que o direito é vazado são equívocos e as normas são vagas. (...). Os textos são equívocos porque ambíguos, complexos, implicativos, defectivos, e por vezes se apresentam em termos exemplificativos ou taxativos. As normas são vagas porque não é possível antever exatamente quais são os fatos que recaem nos seus respectivos âmbitos de incidência. (...). A interpretação varia de acordo com a posição assumida pelo intérprete na sociedade ou diante de determinado conflito (diferentes interesses), com as suas inclinações ético-políticas (concepções de justiça), com os conceitos jurídicos de que se vale (concepções dogmáticas) e com os argumentos interpretativos eleitos (métodos interpretativos) – e é justamente por essa razão que a *vida do Direito*, concretizada na sua interpretação e aplicação, não depende *apenas* da lógica, mas é antes de tudo experiência.”

³ O autor inclui ainda outros importantes nomes responsáveis por essa revolução, dentre os quais Herbert Hart, Giovanni Tarello, e anos mais tarde Neil MacCormick e Robert Summers.

⁴ A expressão *stare decisis* advém do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere*, a significar, de forma ampla, “mantenha-se a decisão e não moleste o que foi decidido”.

semelhantes que se apresentem no futuro” (MARQUES, 2015, p. 55). Não se trata de uma teoria exclusiva dos países que herdaram o sistema jurídico do *common law*, mas sim, uma máxima de aplicação praticamente universal, que historicamente ganhou mais força na Inglaterra (MARQUES, 2015).

2.3 PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Até pouco tempo, não havia preocupação ou discussão explícita dos juristas brasileiros quanto ao respeito aos precedentes em nosso sistema de justiça. Essa inércia, contudo, foi substituída por um grande interesse e entusiasmo pelos doutrinadores, a partir da inserção de um regime de provimentos vinculantes por meio de alterações legislativas, sobretudo com a edição da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil (FREIRE, 2017).

A salutar preocupação com a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência produzida pelos tribunais pátrios, indica razoável consenso doutrinário no sentido de que o respeito aos precedentes judiciais já não é mais uma opção entre nós. Afinal, como observa Freire (2017, p. 52), “a expectativa certa acerca de como nossos órgãos judiciais decidem as demandas que surgem na sociedade desmotiva a judicialização de questões que podem ser resolvidas com base nessa própria expectativa.”

Ocorre que no Brasil, diferentemente do sistema inglês, a adoção de um regime de provimentos vinculantes foi articulada com base na lei, o que conferiu contornos próprios aos procedimentos e aos efeitos decorrentes desses provimentos-paradigmas, distinguindo-os dos precedentes originados no *common law*, desenvolvidos por meio de uma prática sedimentada no tempo. Apesar das críticas no sentido de que se estaria importando um sistema incompatível com nossa tradição jurídica, a história comprova que o respeito aos precedentes é inerente a todo e qualquer sistema jurídico. O fato de não ter sido adotado anteriormente não impede que seja feito neste momento histórico. Além disso, se nosso sistema jurídico é baseado primordialmente na lei, é natural que suas alterações sejam feitas por meio da lei (FREIRE, 2017).

Esta configuração própria resultou na disposição de eficácia vinculante (*a priori*) dos provimentos judiciais, exemplificativamente inseridos no rol do art. 927, do CPC, quer em função do órgão que os preferirá (incisos I, II, IV e VI), quer em razão da relevância do procedimento (inciso III) (SILVA, 2017).

Em que pese as minúcias e peculiaridades que distinguem nosso sistema de provimentos vinculantes daquele praticado nos países de tradição anglo-saxônica, em que os precedentes surgem a partir de remissões reiteradas à decisão que, despretensiosamente, tornou-se um paradigma, determinados conceitos e categorias são comuns e devem ser observados na operacionalização dos nossos *precedentes*, visando a adequada implementação da regra do *stare decisis* entre nós. São elas: a *ratio decidendi*, o *obiter dictum*, e ainda as noções de *distinguishing* e *overruling*.

2.4 *RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM*

Por não serem o objeto central desse estudo, será apresentada uma visão geral sobre esses conceitos, essenciais para a efetividade de um sistema que visa o respeito aos precedentes.

A *ratio decidendi* (*holding* no direito estadunidense), consiste na **razão de decidir** ou nos **motivos determinantes** para determinada decisão, compartilhados pela maioria dos integrantes do órgão colegiado encarregado de decidir o recurso ou o mérito da ação originária submetida à sua jurisdição. Não se confunde, portanto, com o *dispositivo* da decisão, pois está inserido na lógica argumentativa e valorativa que permitiu se chegar àquela solução. Pode ser vista, ainda, como a **tese jurídica** firmada no julgamento que teria o condão de servir como parâmetro (de observação obrigatória), para a resolução de casos futuros, consideradas as similitudes fáticas entre o caso concreto e aquele em que o paradigma foi forjado. É propriamente o que vincula no precedente.

A noção de *ratio decidendi* e as técnicas envolvidas para sua identificação constituem, sem dúvida, um dos temas mais tormentosos relacionados aos precedentes judiciais. Maurício Ramires (2010, p. 69,) ilustra essa afirmação em passagem de seu livro em que menciona que Karl Llewellyn, já em 1960, havia identificado pelo menos 64 técnicas distintas para se encontrar a *ratio decidendi* de um caso:

Para exemplificar, podem ser citadas as seguintes, dentre as mais influentes: (a) *Teste de Wambaugh* – segundo o qual o que constitui a *r.d.* é a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira; (b) *Teste de Goodhart* – que preconiza que a *r.d.* deve ser encontrada começando de uma maneira negativa, excluindo-se o que ela *não é*, e depois determinando os fatos do caso tratados pelo juiz como fundamentais (*material facts*), e sua decisão exclusivamente no que se refere a eles; (c) *Teste de Oliphant* – derivada do funcionalismo jurídico, propõe que os fatos que deram origem à decisão sejam vistos como um estímulo, e que a decisão seja tomada como resposta a este estímulo, de modo que a *r.d.* não seria mais do que a combinação estímulo-resposta; (d) *Fórmula Scalia* – criada pelo Juiz da USSC Antonin Scalia, procura estabelecer um meio ‘neutro’ de identificar o nível de generalidade de um *holding* (e, assim, a sua extensão a casos futuros),

tomando a decisão do caso e generalizando-a aos poucos, até se chegar ao nível mais específico em que um direito constitucional assegurado pode ser identificado.

Apesar do desafio, adverte Thomas da Rosa Bustamante (2012, p. 259): “É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma”. Com efeito, a identificação inadequada dos fundamentos determinantes da decisão paradigma pode, em última análise, tornar confusa a aplicação do precedente e comprometer a utilização da regra do *stare decisis*.

O *obiter dictum*, diferentemente da *ratio decidendi*, não integra o núcleo do precedente. Seu conteúdo é secundário, acessório ao que realmente confere significado à decisão. Nem por isso a discussão acerca de sua conceituação é menos intensa ou problemática que a de *ratio decidendi*, uma vez que ambos os conceitos estão absolutamente atrelados.

Marinoni (2019, p.166), citando Neil Duxbury, esclarece que “as passagens que são *obiter dicta* apresentam-se de diversas formas, como as que não são necessárias ao resultado, as que não são conectadas com os fatos do caso ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou arguir.”

Teresa Wambier (2009, p. 19), traduz a expressão *obiter dictum* como sendo algo “dito para morrer”, ou seja, algo que não deve integrar o substrato da tese jurídica que estabelece o precedente judicial.

Por fim, importa consignar que embora não possua conteúdo vinculante, pode ter efeito persuasivo bastante forte (MARINONI, 2019).

2.3 DISTINGUISHING E OVERRULING

As técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*), possuem importante função no sistema de precedentes. É por meio delas que se pode, por um lado, evitar a aplicação de padrões decisórios que não guardam relação com as circunstâncias fáticas do caso concreto e, por outro, enfrentar as próprias razões do precedente firmado a fim de adaptá-lo a novo entendimento sobre determinada questão de direito.⁵

⁵ Muito se discute sobre a quem competiria a realização dessa distinção. Em maio de 2021, a 1ª Turma do STJ, no julgamento do AgInt em RMS 53.790/RJ, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria — J. em 17.05.2021, entendeu que, em razão do não cabimento de reclamação após o julgamento do Agravo Interno, é admissível o mandado de segurança na corte de origem, visando controlar a aplicação de precedente qualificado. No caso concreto, consignou-se que a incorreta aplicação de precedente repetitivo configura teratologia, servindo o MS como via excepcional para que o tribunal local proceda ao juízo de distinção. A questão possui contornos polêmicos e certamente repercutirá bastante no STJ.

O inciso VI do §1º do art. 489, do CPC, faz referência explícita à importância da distinção – entendida como *diferenciação* – e da superação na operacionalização do Direito por meio dos precedentes, ao estabelecer que: *Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que (...) VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

Como se observa, ambas as técnicas são essenciais para a adequada implementação de um sistema que pretende prestigiar a liberdade, a igualdade e a segurança jurídica.

3 CORTES SUPERIORES E CORTES SUPREMAS – O PERFIL DAS CORTES DE VÉRTICE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Importantes nomes da doutrina nacional e estrangeira sustentam que o apropriado delineamento do papel das cortes judiciárias é imprescindível para estruturação de um sistema de precedentes idôneo. No Brasil, destacam-se os professores Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni, com profícua produção doutrinária acerca do tema.⁶

A proposição teórica apresentada por esses autores está densamente assentada em pressupostos de natureza *conceitual, estrutural, funcional e eficaz*⁷, cuja investigação desborda dos limites deste artigo. Uma visão geral sobre o modelo, no entanto, pode ser apresentada consignando-se a necessária diferenciação entre Cortes Superiores e Cortes Supremas, no sistema de justiça. Essa perspectiva tem por base, notadamente, o papel que as cortes de vértice do sistema judiciário devem desempenhar para a efetiva tutela dos direitos no Estado Constitucional.

A forma como se encara as cortes de vértice, segundo essa linha doutrinária, está intimamente ligada à centralidade atribuída à **interpretação judicial** dentro do sistema jurídico. A partir daí é que se pode observar, por exemplo, o modelo seguido pelas cortes de cúpula brasileiras (STJ e STF), se Superiores ou Supremas. Nas elucidativas palavras de Daniel Mitidiero (2017, p. 17):

⁶ Na doutrina estrangeira, cite-se os professores italianos Michelle Taruffo e Vittorio Denti. Pelos ingleses, Neil MacCormick. Pelos norte-americanos, Robert Summers.

⁷ Para uma visão aprofundada do tema, ver MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.** São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 2017. Igualmente, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

O primeiro modelo parte de uma perspectiva *cognitivista* ou *formalista* da interpretação jurídica e encara a corte de vértice como uma *corte de controle de legalidade das decisões recorridas*, que se vale de sua *jurisprudência* como um simples *parâmetro para a aferição de erros e acertos* cometidos pelos órgãos jurisdicionais das instâncias ordinárias na decisão dos casos a ele submetidos. A atividade da corte é *reativa* e preocupa-se com o *passado*. (...) A interpretação do Direito aí é apenas um *meio* para a viabilização do *fim* controle da decisão recorrida. No modelo de Cortes Superiores, a *uniformização da jurisprudência* tem um papel meramente instrumental, de modo que o *desrespeito* à interpretação ofertada pela corte de vértice pelos juízes que compõem as instâncias ordinárias é visto como algo *natural* e em certa medida até mesmo *desejável* dentro do sistema jurídico. (destaques no original)

Como se observa, o objetivo das cortes de vértice, no modelo de Cortes Superiores, é o de “controlar a aplicação da legislação de modo que se imponha, a todos os casos, a exata interpretação da lei, formando-se a partir de reiteradas decisões num mesmo sentido, uma jurisprudência uniforme” (MITIDIERO, 2017, p. 43). Via de regra, a eficácia das decisões é restrita às partes do caso concreto, não constituindo a jurisprudência fonte primária do Direito.

O modelo de Cortes Supremas, por sua vez, baseia-se em orientação distinta para a interpretação jurídica, resultando dessa característica a função precípua da corte de vértice em formar precedentes para promoção da unidade do Direito. Nesse sentido, leciona Mitidiero (2017, p. 17/18):

O segundo modelo parte de uma perspectiva *cética* ou *antiformalista* da interpretação jurídica, notadamente na sua versão *lógico-argumentativa*, e encara a corte de vértice como uma *corte de adequada interpretação do Direito*, que se vale dos seus *precedentes* como um meio para a orientação da sociedade civil e da comunidade jurídica a respeito do *significado* que deve ser atribuído aos enunciados legislativos. A atividade da corte é *proativa* e encontra-se endereçada para o *futuro*. (...) A interpretação do Direito é o *fim* da corte de vértice, sendo o caso concreto apenas o *meio* a partir do qual a corte pode desempenhar a sua função. No modelo de Cortes Supremas, a *formação do precedente* tem um papel central, de modo que a *violação* à interpretação ofertada pela corte de vértice pelos juízes que compõem a própria corte e por aqueles que se encontram nas instâncias ordinárias é vista como uma *grave falta institucional* que *não pode ser tolerada* dentro do sistema jurídico. (destaques no original)

Compreendidos tais modelos, não há dificuldade em identificar que o STJ e o STF, atualmente, têm seu perfil nitidamente mais alinhado com o de Cortes Superiores. A questão que se coloca diante disso, é que esse perfil não se mostra capaz de viabilizar a adoção de técnicas processuais imprescindíveis para o adequado funcionamento de um sistema pautado no respeito aos precedentes, sendo necessário, portanto, encarar o Superior Tribunal de

Justiça e o Supremo Tribunal Federal como *Cortes de Interpretação e de Precedentes* – e não mais como *Cortes de Controle e de Jurisprudência* (MITIDIERO, 2017).⁸

No que importa ao presente trabalho, a perspectiva apresentada é de grande valia, pois além de oferecer o estofamento teórico que fundamenta a implementação de um sistema coerente de precedentes no direito brasileiro, delineia mais claramente o âmbito de aplicação da Reclamação Constitucional como instrumento voltado à outorga de eficácia aos precedentes.

Nada obstante essa mudança conceitual e funcional prescindida de alteração constitucional, é evidente que a empreitada encontra obstáculos para sua afirmação no seio da cultura jurídica brasileira, caudatária dos influxos doutrinários da primeira metade do século XIX. Portanto, o tempo dirá quanto à assimilação da perspectiva sustentada pelos referidos estudiosos.

4 RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

4.1 SURGIMENTO: INSPIRAÇÃO NA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

Nascida a partir da criação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a *reclamação* – também adjetivada de constitucional –, tem sua ideia central baseada na *teoria dos poderes implícitos* (*implied powers* ou *resulting powers*), segundo a qual, à atribuição de competência pela Constituição a determinado órgão, estariam também deferidos, ainda que implicitamente, os poderes, meios ou instrumentos necessários para a sua efetivação, sendo medida essencial para o desenvolvimento do próprio Estado.

De acordo com Xavier (2016, p. 20), essa noção mostrou-se bastante relevante na experiência dos Estados Unidos enquanto nação independente. Remontando aos *Federalist*

⁸ Daniel Mitidiero (2017, p. 40) tece importante esclarecimento quanto à finalidade de sua proposta teórica, a qual não objetiva, evidentemente, estabelecer classificações inúteis: “Nossa proposta em nomear esses dois modelos como *cortes superiores* (cortes de controle de jurisprudência) e *cortes supremas* (cortes de interpretação e de precedentes), portanto, não se prende a qualquer espécie de *nominalismo*. O que interessa é utilizar a ferramenta dos *modelos* conceituais, amplamente utilizados em diferentes disciplinas científicas, para identificar qual o perfil atual do STF e do STJ e de que modo esse perfil pode ser alterado. Logo, como se pode perceber facilmente, o fato de o legislador constituinte ter nomeado o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça do modo como fez (‘Supremo e Superior’) não tem qualquer relevância nesse contexto, na medida em que nossa proposta teórica está em promover uma mudança de perfil de ambas as cortes: do modelo de cortes superiores ao modelo de cortes supremas.”

*Papers*⁹, o citado autor destaca trecho emblemático atribuído a Madison, que bem expressa a noção geral sobre a referida teoria:

Nenhum axioma é mais claro no Direito, ou na razão, do que aquele segundo o qual sempre que um fim é imposto os meios são autorizados; sempre que uma competência geral é dada para que se realize algo, estão implícitos todos os particulares poderes necessários para tanto.

Sendo inegável a influência do constitucionalismo norte-americano sobre formação da República Federativa Brasileira, não tardou até que a ideia fosse assimilada entre nós. Em artigo dedicado ao tema da reclamação, o professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 1), faz referência à adoção dessa doutrina pela Suprema Corte Brasileira, de longa data, citando passagem do voto do Min. Rocha Lagoa, na RCL nº 141, de 1952:

A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. Vão seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender a decisão do Supremo Tribunal Federal.¹⁰

De fato, as competências explícitas das Cortes Supremas estariam esvaziadas se não lhes fossem garantidas a prerrogativa de preservar essas competências e garantir a autoridade de suas decisões (AZEVEDO, 2016, p. 64).

Até que a reclamação recebesse os contornos atuais, enfrentou uma série de etapas evolutivas, sendo comum na doutrina observar-se a remissão a pelo menos quatro momentos históricos que marcaram esse percurso. Por todos, cite-se a lição de Carlos Eduardo Rangel Xavier (2016, p 19), que propõe a seguinte subdivisão didática:

1ª) desde a sua criação até sua inserção no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), em 1957; 2ª) de sua inserção no RISTF até a Constituição de 1967, que conferiu ao Supremo a possibilidade de legislar sobre os processos de sua competência originária ou recursal; 3ª) da Constituição de 1967 até a Constituição de 1988, em que a reclamação recebeu assento constitucional; 4ª) após a Constituição de 1988.

⁹ Célebre coletânea de artigos escritos por John Jay, Alexander Hamilton e James Madison, em defesa da Constituição americana na Convenção da Filadélfia, em 1787.

¹⁰ RCL 141, Rel. Min. Rocha Lagoa, DJ 25.01.1952.

No que toca ao presente estudo, importa focar sobre o perfil conferido à reclamação após a Constituição de 1988, em especial com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que disciplinou a ampliação da competência e do alcance da referida ação.

4.2 FUNÇÃO CONTEMPORÂNEA DA RECLAMAÇÃO A PARTIR DO CPC/2015

De início, releva destacar que o Código de Processo Civil de 2015 ampliou significativamente a **competência** para o julgamento da reclamação, até então restrita ao âmbito do STF, STJ, STM, TRE's e alguns Tribunais Estaduais¹¹. Nos termos do §1º do art. 988, do CPC, “A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.” Dessa forma, ainda com fundamento na teoria dos poderes implícitos, todo e qualquer tribunal pode conhecer e julgar reclamações, o que nos parece sistemicamente coerente.¹²

De igual maneira, seu **alcance**, entendido como suas hipóteses de cabimento, foi ampliado. Conforme destaca Mitidiero (2020, p. 33), essa ampliação se verifica, num primeiro momento, pela tutela da autoridade das decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade. Posteriormente, pela tutela do precedente subjacente à súmula vinculante, e, por fim, pela tutela da eficácia dos precedentes obrigatórios dos tribunais.

O processualista gaúcho esclarece que a reclamação não possui a finalidade precípua de impugnar decisão que viola um *precedente*, mas sim de *garantir a autoridade da decisão do caso*, isto é, do *dispositivo* de determinada decisão proferida no caso concreto e, apenas excepcionalmente, se presta à tutela do precedente contido em súmula vinculante (art. 988, III, do CPC).

Essa visão, contudo, é relativizada pelo próprio autor, ao observar, com Marinoni e Arenhart (2015, p. 920), que até que as próprias Cortes Supremas, as Cortes de Justiça e os

¹¹ Gustavo Azevedo (2016, p. 89), assinala que alguns Estados possuem previsão constitucional do cabimento da Reclamação. São eles: Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Goiás, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins.

¹² Mais recentemente, a partir da edição da EC n° 92, de 2016, também ao TST foi conferida competência para processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

juízes de primeiro grau assimilem uma efetiva cultura do precedente judicial, *é imprescindível que se admita a reclamação com função de outorga de eficácia do precedente.*

Xavier (2016, p. 162), acrescenta, com propriedade, que “precedentes devem ser observados em razão do seu valor intrínseco, e não em razão do acoplamento – extrínseco – da possibilidade de ajuizamento de reclamação.” Portanto, se os precedentes podem ter sua autoridade afirmada mediante reclamação, quer em virtude de uma decisão de *política judiciária* encampada pelo legislador, quer em virtude da necessidade de coerência do sistema de precedentes, é fundamental identificar se, qualitativa e materialmente (antes que apenas quantitativa e formalmente), está-se ou não diante de um precedente.

De toda sorte, a partir do CPC/2015, a reclamação desponta como instituto do mais alto relevo para a higidez e integridade de nossa Justiça Civil, baseada no respeito à sistemática dos precedentes judiciais.

5 RECLAMAÇÃO Nº 40.759/SE

5.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO NO ÂMBITO DO TST E DO STF

A reclamação em análise foi ajuizada pela União perante o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 102, I, alínea *l*, da CF/88, assim como nos art. 988 e seguintes do CPC, e art. 156 do RISTF, objetivando **i)** preservar a competência constitucional da Suprema Corte para analisar matéria constitucional em última instância, e **ii)** garantir a autoridade de decisão proferida pelo STF, tanto em sede de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, quanto em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Na espécie, a reclamante insurgiu-se contra decisão do TST, no AIRR-1652-98.2016.5.20.0005, que negou provimento ao recurso que discutia o tema da **“Responsabilidade subsidiária de ente público sobre o inadimplemento da obrigações trabalhistas por parte do empregador – Súmula 331, IV, do TST”**, ao fundamento de que não teria, o agravo de instrumento, atendido ao pressuposto processual da *transcendência* inscrito no art. 896-A, §5º, da CLT. Sustentou que o recurso não admitido pela Corte Trabalhista teria como objeto a aplicação de tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC nº

16/DF¹³ e do RE nº 760.931/DF, Tema 246¹⁴, da sistemática de repercussão geral. Diante disso, defendeu que, em se tratando de questão cuja matéria de fundo tenha sido objeto de **jurisprudência vinculante** da Suprema Corte, não poderia o Tribunal Superior do Trabalho empecer o recurso por reputar inexistente o instituto da transcendência, sob pena de caracterização de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

Distribuída para a relatoria da Ministra Rosa Weber, a reclamação em questão, juntamente com outras duas que tratavam do mesmo tema e que foram apregoadas para julgamento conjunto (Rcls. nº 36.958/SP e 40.652/DF), teve **seguimento negado** pela Relatora, ao entendimento de que **a decisão reclamada não afrontava a jurisprudência vinculante da Suprema Corte, mas ao contrário, estava em consonância com o que prelecionado pelo Supremo, não tendo ultrapassado as balizas processuais e constitucionais de sua competência.**

Em face desta decisão monocrática, que negou seguimento à reclamação, foi manejado Agravo Regimental pela União, nos termos do art. 1.021, *caput*, e art. 317, do RISTF, para que o colegiado da Primeira Turma do STF deliberasse sobre a matéria.

5.2 A DIVERGÊNCIA

Inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, a divergência de entendimento sobre o tema foi apresentada no sentido de que o TST estaria ignorando o fato de que o Supremo Tribunal Federal já havia se debruçado sobre a matéria jurídica de fundo, por ocasião do julgamento da ADC nº 16 e do RE nº 760.931/DF, tendo, inclusive, firmado tese sobre o tema em repercussão geral. Desta maneira, ao negar seguimento aos recursos de revista, sob o argumento da ausência de transcendência, o TST estaria sim usurpando a competência do

¹³ Ao julgar procedente a ADC nº 16, a Suprema Corte declarou a compatibilidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, com a Constituição. O referido dispositivo possui a seguinte redação: “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. §1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

¹⁴ Neste *leading case*, Tema 246, o STF firmou a seguinte tese: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.”

STF, ao impedir que essa Corte analisasse, em última instância, a matéria constitucional suscitada.

Segundo o Ministro, essa situação *sui generis* gera *desconforto* institucional, na medida em que o TST reconhece a existência de repercussão geral sobre o tema, porém, não reconhece a *transcendência* (com relação aos reflexos de natureza econômica, política, social ou jurídica), impedindo que os recursos de revista subam. Ainda de acordo com o Min. Alexandre de Moraes, “(...) *se há o mais, com todo o respeito, há o menos, porque o que se discute, aqui, é a questão jurídica.*” Por essas razões, votou pelo conhecimento e pela procedência do agravo regimental.

Releva destacar, que em suas razões recursais, a reclamante trouxe à colação semelhante posicionamento assentado pela Ministra Carmen Lúcia, quando do julgamento da Reclamação nº 35.816 MC/MA, conforme trecho a seguir transcrito:

A questão jurídica tratada na ação trabalhista que ensejou o recurso de revista tido como destituído de transcendência coincide com aquela objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e do Recurso Extraordinário n. 760.931, a impor uma indagação inquietante: **Como uma matéria poderia dispor de repercussão geral sob o prisma econômico, político, social e jurídico e exigir sucessivos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e não preencher esse mesmo atributo quando examinada monocraticamente em jurisdição trabalhista?**

Seria compreensível assentar que matéria de natureza estritamente trabalhista não dispusesse de repercussão geral, econômica, política, social e jurídica para galgar a jurisdição constitucional, mas surpreende a constatação de que, não bastassem os dois pronunciamentos vinculantes deste Supremo Tribunal sobre a matéria, aos quais se agregam centenas de decisões em reclamação, a mesma questão possa ser relegada pela Justiça do Trabalho por ausência de transcendência. (destacou-se)

Corroborando a tese divergente, o Ministro Luís Roberto Barroso observou que, a despeito de o STF ter definido a interpretação e o alcance do §1º do art. 71, da Lei 8.666/93¹⁵, a Justiça do Trabalho continuou a interpretar o dispositivo da maneira como sempre interpretara, ou seja, de que, via de regra, havia culpa do Poder Público na fiscalização das obrigações trabalhistas pelo contratado. À toda evidência, é nítida a *resistência* do TST à interpretação conferida pela Suprema Corte. Desta maneira, ao se negar seguimento aos recursos de revista sob o fundamento da ausência de transcendência, impede-se que a posição do STF sobre o tema prevaleça.

¹⁵ No sentido de que o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público a responsabilidade pelo seu pagamento – uma vez que apenas da *culpa* da administração pública na fiscalização dessas obrigações decorreria essa responsabilidade.

Também o Ministro Marco Aurélio Melo tece importantes considerações neste sentido. Nas palavras do Ministro:

É preciso reconhecer que o Tribunal Superior do Trabalho não aceita – como se pudesse aceitar ou não – o pronunciamento do Supremo, como se fosse o “Supremo Tribunal do Trabalho”, e não o é. O que houve no caso concreto? A inversão total de valores, para contrariar-se jurisprudência pacificada no âmbito do Supremo. Colocou-se em patamar mais alto o princípio da transcendência, que está realmente, se não me falha a memória, no artigo 896-A da Consolidação das Leis do Trabalho. Ninguém coloca esse enfoque em dúvida. Mas por que foi colocado em patamar mais alto, em detrimento da repercussão geral, que tem envergadura constitucional? Porque, assentando a falta de transcendência, acaba, o Tribunal Superior do Trabalho, por manietar o Supremo, na guarda da Constituição Federal, impedindo o acesso, já que o recurso extraordinário pressupõe decisão da causa pela última instância. Creio ser hora de o Tribunal Superior do Trabalho evoluir e reconhecer que a matéria está julgada: reconhecer o pronunciamento do Supremo na declaratória de constitucionalidade e, posteriormente, em recurso extraordinário submetido à repercussão geral.

Diante de todos esses argumentos, o posicionamento divergente, inaugurado pelo Ministro Alexandre de Moraes, foi acompanhado e corroborado pelos demais integrantes da Primeira Turma, ficando vencida a Ministra Relatora.

6 TUTELA DO PRECEDENTE NA RECLAMAÇÃO Nº 40.759/SE

De acordo com a linha teórica adotada neste estudo, não há mais dúvidas quanto à utilidade da reclamação como meio para promoção da eficácia dos precedentes obrigatórios. Ocorre, todavia, que para o seu adequado manejo, é imprescindível identificar se estamos diante de um precedente ou não. Portanto, pergunta-se: As decisões emanadas da ADC nº 16 e do RE nº 760.931/RG, constituem precedentes?

Nos termos literais do inciso I do art. 927, do CPC: “*Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;*”. Portanto, objetivamente, não restam dúvidas de que a decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16¹⁶, constitui precedente de observação obrigatória por todos os órgãos do Poder Judiciário, incluindo o Superior Tribunal do Trabalho.

Quanto à decisão proferida no Recurso Extraordinário e, conseqüentemente, à tese jurídica editada em decorrência desse julgamento, em regime de repercussão geral, malgrado a falta de previsão textual, também não há dúvida de que a decisão vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, independentemente da existência ou não de Súmula Vinculante a

¹⁶ Julgada em 24 de novembro de 2010, pelo Pleno do STF.

respeito. A natureza vinculativa dessa decisão estaria implícita na própria técnica de seleção dos temas constitucionais que devam ser examinados pela Suprema Corte.

Este é o entendimento defendido, dentre outros, por Marinoni (2017, p. 21-24), ao analisar a vinculatividade dos pronunciamentos previstos no art. 927, do CPC. O processualista paranaense anota que

“(…) é evidente que não são apenas as decisões proferidas em recursos extraordinários *repetitivos* que obrigam os juízes e tribunais, mas as proferidas *em todo e qualquer* recurso extraordinário. As *rationes decidendi* dos julgados proferidas pelo STF têm claro e inculável efeito vinculante (...). É um grosso equívoco imaginar que apenas as decisões proferidas em recursos *repetitivos* têm eficácia obrigatória.”

E arremata:

“Como está claro, o que tem efeito obrigatório perante os juízes e tribunais é a *ratio decidendi* ou os efeitos determinantes da decisão da Corte Suprema. Não pode importar o local em que a decisão é proferida, se em recurso repetitivo ou não. A *restrição do Código de Processo Civil é tão absurda que implicaria a conclusão de que decisões relevantes, tomadas em recursos extraordinário e especial que não têm facilidade para se ‘repetir’, poderiam ser ignoradas enquanto decisões próprias de uma Corte Suprema.* (...). A eficácia obrigatória das *rationes decidendi* das decisões das Cortes Supremas é algo que logicamente deflui da leitura da Constituição à luz da teoria do direito.”

Logo, tais decisões devem ser qualitativa e materialmente encaradas como precedentes, tendo em vista possuírem razões determinantes e generalizáveis passíveis de aplicação para casos futuros. Assim, em nosso entendimento, a sua eficácia pode ser assegurada pela reclamação. Neste sentido, não apenas os incisos I e II, mas também o inciso III, do art. 988, do CPC, seria fundamento para o ajuizamento da reclamação em análise, tendo em vista enquadrar-se na hipótese de tutela do precedente obrigatório emanado de uma Corte Suprema.

7 PRECLUSÃO HIERÁRQUICA SOBRE A MATÉRIA

O entendimento firmado pela Primeira Turma do STF no julgamento do Agravo Regimental em análise, sinaliza, claramente, ter havido **afrenta às decisões** proferidas pela Suprema Corte pelo TST, além da **usurpação de sua competência**, pelo mesmo tribunal, ao impedir que analisasse a matéria constitucional subjacente em última instância. A hipótese se enquadra perfeitamente na noção de *preclusão hierárquica*, doutrinariamente sustentada por Dinamarco (2013, p. 200-202), nos seguintes termos:

As decisões dos tribunais de superposição operam em face dos juízes e tribunais locais um fenômeno que se qualifica como *preclusão*, consistente em impedi-los de voltar a decidir sobre o que já haja sido superiormente decidido. (...) Preclusão

é, como se sabe, a *perda de uma situação jurídica ativa no processo*. Ordinariamente nega-se que ao juiz se imponham preclusões, porque ele exerce o *poder* estatal e não faculdades, no próprio interesse; e daí a conhecida classificação tríplice das preclusões, nas modalidades temporal, lógica e consumativa. Diante das disposições constitucionais que sujeitam à reclamação as decisões com que os juízos ou tribunais venham a contrariar o que os órgãos mais elevados hajam decidido (CF/88, arts. 102, inc. III, letra *l*, e 105, inc. III, letra *f*), é todavia imperioso o entendimento de que aquelas decisões superiores constituem fator de impedimento a qualquer manifestação dos órgãos inferiores sobre a matéria já decidida; esse entendimento é reforçado pela determinação, contidas nos regimentos internos, de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça farão observar suas próprias decisões, eliminando a eficácia daquelas inferiores, sempre que desobedientes. Decidida a matéria em grau superior, aos órgãos jurisdicionais menos elevados não cumpre senão dar cumprimento ao decidido, seja mediante a implantação das situações práticas determinadas, seja proferindo decisões sobre matéria subsequente ou prejudicada, de modo harmonioso com a decisão vinda do alto da hierarquia judiciária. O próprio pedido ou requerimento sobre o qual o tribunal houver decidido não comporta mais decisão alguma pelo órgão inferior. Isso é autêntica *preclusão*. Essa preclusão não se acomoda nas classificações usualmente apresentadas pela doutrina, pela razão de que estas são voltadas às situações das partes e não do juiz. Reconhecido, porém, que a Constituição e os regimentos internos instituem um efeito extintivo do poder-dever deste, é imperioso reconhecer que se trata de uma preclusão, sendo essa uma *preclusão hierárquica*.

A despeito de o Tribunal Superior do Trabalho ser uma Corte Superior Especializada, não deve estar apartado dessa premissa lógica assentada por Dinamarco, nem desvinculado da sistemática estabelecida pela Constituição Federal e reforçada pela legislação infraconstitucional e pelo regimento interno da Suprema Corte, justamente no intuito de agregar coerência, integridade e segurança jurídica, a partir do entendimento da mais alta corte do país a respeito da matéria constitucional suscitada.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme tratado neste artigo, uma efetiva cultura de valorização dos precedentes judiciais demanda mudança de perspectiva sobre o papel a ser desempenhado pelas cortes de vértice do sistema de justiça brasileiro. A noção de que o STJ e o STF devem ser pensados como cortes de interpretação e de precedentes – e não como cortes de controle de legalidade e de jurisprudência – é essencial para esse salto qualitativo rumo à tutela efetiva dos direitos e à promoção da igualdade no atual Estado Constitucional. A partir deste prisma, parece mais factível que a justiça civil brasileira possa imprimir um alto grau de estabilidade, cognoscibilidade e confiabilidade na interpretação do direito, projetando o entendimento das cortes supremas para a resolução de casos futuros e propiciando um ambiente seguro para o desenvolvimento da vida social (MITIDIERO, 2017, p. 18).

Pretendeu-se com este artigo lançar luz sobre alguns conceitos e categorias que não devem ser entendidos de forma estanque no contexto de aplicação do direito jurisprudencial, sob pena de comprometimento das finalidades anteriormente mencionadas. Apresentou-se, a partir de um enfoque histórico-comparado, a evolução desses conceitos, demonstrando-se, na seqüência, a forma como recepcionados e adaptados ao ordenamento jurídico brasileiro. Enfrentou-se, com base em selecionada doutrina, o tema do cabimento da reclamação constitucional como meio de promoção de eficácia de determinados provimentos judiciais, dentre eles, os elencados no art. 927, do CPC, tendo como pano de fundo o julgamento da Reclamação nº 40.759/SE, ajuizada pela União perante o Supremo Tribunal Federal.

Verificou-se que com o julgamento dessa reclamação, a Suprema Corte restaurou a autoridade das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade (ADC nº 16) e em sede recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE nº 760.931/DF), mediante a cassação de decisão do TST que impediu a subida dos recursos de revista sobre matéria já decidida pelo STF. Além disso, demonstrou-se que ambas as decisões constituem legítimos precedentes obrigatórios, a serem seguidos pelos demais órgãos do Poder Judiciário, incluindo o TST, sendo a reclamação instrumento adequado também para sua tutela.

Notou-se, ainda, sobre o posicionamento do TST, a ocorrência da chamada *preclusão hierárquica*, conforme lição doutrinária de Cândido Rangel Dinamarco.

Ao final, espera-se ter realizado uma leitura coesa do cenário atual no que pertine ao desenvolvimento de uma cultura de respeito aos precedentes judiciais no direito brasileiro, na qual, para o bem ou para o mal, a reclamação constitucional se viu inserida, sobretudo após as previsões do CPC/2015.

9 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 de dezembro de 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.

BRASIL. STF. **Reclamação Constitucional nº 40.759/SE**. Reclamante: Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS; Reclamado: Relator do AIRR nº 1652-98.2016.5.20.0005 do Tribunal Superior do Trabalho.

BRASIL. STF. **Regimento Interno**. 2020. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em 21 de dezembro de 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de Bustamante. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, v. 2, Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREIE, Alexandre. **Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade**. In A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Súmula, jurisprudência e precedente: da distinção à superação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Manifestação do IBDP quanto ao cabimento de reclamação por desrespeito a decisão em recurso repetitivo**. Revista de Processo. vol. 300/2020, p. 133-149. São Paulo, fev. 2020.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios**. Revista de Processo. vol. 238/2014, p. 413-434. São Paulo, dez. 2014.

_____. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodium, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Elmer da Silva. **Os precedentes judiciais obrigatórios como fonte do direito no estado constitucional brasileiro**. 2015. 126 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal**: Algumas Notas. Revista Doutrina Brasileira de Direito Público, nº 12, Abr.-maio-jun./2006. Disponível em <
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1321> >. Acesso em 10 de janeiro de 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Reclamação nas cortes supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

_____. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Barão de. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **A vinculação aos precedentes judiciais: o artigo 927 do novo Código de Processo Civil Brasileiro e seus impactos**. In A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio; JAYME, Fernando Gonzaga (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O moderno processo civil brasileiro: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e revisão da tradução da obra de Neil Andrewa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes judiciais: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil (de acordo com a Lei 13.256/2016)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

**CASO FAZENDA BRASIL VERDE VS BRASIL: A PRÁTICA DE TRABALHO ESCRAVO
CONTEMPORÂNEO E A IMPORTÂNCIA DAS DECISÕES DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA TUTELAR E
RESPONSABILIZAR INFRAÇÕES COMETIDAS PELOS PAÍSES SIGNATÁRIOS DO
PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA**

*CASE FAZENDA BRASIL VERDE VS BRAZIL: THE PRACTICE OF CONTEMPORARY SLAVE
LABOR AND THE IMPORTANCE OF THE DECISIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT
OF HUMAN RIGHTS TO PROTECT AND RESPONSIBLE FOR VIOLATIONS COMMITTED BY
THE SIGNATORY COUNTRIES OF THE PACT OF SAN JOSÉ OF COSTA RICA*

Mayara Bueno Barretti Rocha¹

RESUMO: Esse trabalho possui o objetivo de analisar a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado brasileiro pela omissão e negligência no caso dos trabalhadores rurais que foram submetidos a trabalho análogo ao de escravo na Fazenda Brasil Verde, localizada no Pará. Para tanto, será estudado: (i) o funcionamento do Sistema Interamericano, com foco na estrutura e competência da Corte Interamericana para julgar o Brasil por violações aos direitos humanos; e ii) o caso Fazenda Brasil Verde vs Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a importância das decisões da mencionada Corte para a proteção dos referidos Direitos. Por fim, será possível chegar à conclusão de que é essencial a existência de um Tribunal com competência internacional para impedir retrocessos e fomentar avanços no regime de proteção dos Direitos Humanos, bem como responsabilizar os países membros signatários do Pacto de São José da Costa Rica, em caso de violações. A metodologia do trabalho é bibliográfica, produzida pelo método hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Trabalho Escravo Contemporâneo, Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica. Fazenda Brasil Verde.

ABSTRACT: This academic work aims to analyze the sentence of the Inter-American Court of Human Rights, which condemned the Brazilian State for omission and negligence in the case of rural workers who were subjected to work similar to slavery at the Fazenda Brasil Verde, located in Pará.

¹ Advogada. Graduada pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

Will be studied: (i) the functioning of the Inter-American System, focusing on the structure and competence of the Inter-American Court to judge Brazil for human rights violations; and ii) the case of Fazenda Brasil Verde v. Brazil before the Inter-American Court of Human Rights and the importance of the decisions of that Court for the protection of those Rights. Finally, it will be possible to reach the conclusion that the existence of a Court with international competence is essential to prevent setbacks and promote advances in the regime for the protection of Human Rights, as well as to hold the signatory member countries of the Pact of San José of Costa Rica to account, in case of violations. The work methodology is bibliographical, produced by the hypothetical-deductive method.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights. Contemporary Slave Labor. Human Rights. Pact of San José of Costa Rica. Fazenda Brasil Verde.

INTRODUÇÃO

Com o início do regime político democrático no Brasil, o país passou a reconhecer os direitos humanos como valor supremo, rompendo com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, em prol da proteção dos referidos direitos.

Assim, diante da prevalência dos direitos humanos, o Estado brasileiro passou a ratificar instrumentos internacionais de proteção desses direitos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi ratificada pelo Brasil e entrou em vigor por meio do Decreto n. 678, em 1992, sendo certo que o país reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1998.

Referida Corte possui competência subsidiária e poderá ser acionada quando o Estado falhar internamente na tutela dos direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana.

Desse modo, será abordado o caso da Fazenda Brasil Verde, denunciado para a Comissão em 1998, após uma fiscalização do Ministério Público do Trabalho ter encontrado trabalhadores em situação de labor análoga à de escravo, em patente desrespeito aos direitos humanos tutelados pela Convenção Americana.

Será também avaliada a importância de uma Corte Internacional para tutelar e responsabilizar violações aos direitos humanos.

1. A COMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA JULGAR O BRASIL POR VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988 introduziu o regime político democrático no Brasil e, com ela, houve um avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais do indivíduo, ganhando extraordinário relevo os direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Pode-se afirmar que a Carta de 1988 elegeu o valor da dignidade humana como supremo, de forma que, ao fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está reconhecendo a existência de limites à noção de soberania estatal (PIOVESAN, 2013).

Assim, rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, em prol da proteção dos direitos humanos. Vale dizer, há uma flexibilização da soberania do Estado, que fica submetida às regras de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, o princípio da prevalência dos direitos humanos contribuiu substantivamente para o sucesso da ratificação, pelo Estado brasileiro, de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Adicione-se que a adesão do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza a concordância do Estado com as preocupações da comunidade internacional, aderindo a ideia de uma globalização dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Destarte, ao celebrar um tratado internacional em matéria de direitos humanos, o Estado vincula-se mutuamente às obrigações assumidas perante a comunidade global e perante os indivíduos, na proteção dos referidos direitos como principal objetivo (RAMOS, 2004).

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

“Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas no novo paradigma centrado: nas relações Estado/ povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional. O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita

em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno” (CANOTILHO, 1998).

Desta feita, cumpre mencionar que o Brasil é signatário de vários tratados internacionais, no entanto, para este estudo, nos limitaremos a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, assinado em 1969, na cidade de San José, na Costa Rica. No Brasil, o tratado somente entrou em vigor por meio do Decreto n. 678, em 1992.

Nas palavras de Flávia Piovesan, a Convenção Americana sobre Direitos humanos assegura:

“o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial” (PIOVESAN, 2013).

Para garantir que tais direitos sejam respeitados, implementados e eventuais violações sejam reparadas, a Convenção Americana estabeleceu a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

Quanto a Comissão Interamericana, sua competência alcança todos os Estados-partes da Convenção Americana e todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. Sua principal função é assegurar a observância e a proteção dos direitos humanos na América² (PIOVESAN, 2013).

Cabe, ainda, à Comissão, examinar comunicações que denunciem violações de direitos humanos perpetradas por um Estado-parte.

Segundo leciona Flávia Piovesan, a petição deve cumprir determinados requisitos de admissibilidade, como o esgotamento prévio dos recursos internos, salvo em casos de injustificada demora processual ou ausência de legislação doméstica (PIOVESAN, 2013).

No mesmo sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade leciona:

² “Cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos” (PIOVESAN, 2013).

“Como se sabe, estamos diante da regra de Direito Internacional em virtude da qual se deve dar ao Estado a oportunidade de reparar um suposto dano no âmbito de seu próprio ordenamento jurídico interno, antes de que se possa invocar sua responsabilidade internacional; trata-se de uma das questões que, com maior frequência, é suscitada no contencioso internacional, concernente tanto à proteção diplomática de nacionais no exterior, como à proteção internacional dos direitos humanos” (CANÇADO TRINDADE, 1991).

No âmbito procedimental, a Comissão: decide sobre a admissibilidade da petição; solicita informações ao Governo denunciado; verifica se existem ou se subsistem os motivos da petição ou comunicação; realiza, com o conhecimento das partes, um exame acurado do assunto; e, se necessário, realizará a investigação dos fatos (PIOVESAN, 2013).

Feito o exame da matéria, a Comissão tentará chegar a uma solução amistosa entre as partes. Não sendo alcançada, a Comissão redigirá um relatório, apresentando os fatos e as conclusões pertinentes ao caso e, eventualmente, recomendações ao Estado-parte, que tem o prazo de 3 (três) meses para conferir cumprimento às recomendações feitas. Passado o prazo sem solução, o caso poderá ser encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2013).

Referido Tribunal tem competência consultiva e contenciosa, é encarregado da aplicação, interpretação e garantia dos direitos humanos na América, cuja jurisdição se subordinam os Estados-parte signatários que reconheçam, expressamente, sua competência. Assim, o Estado passa a ter o dever de cumprir as decisões do órgão jurisdicional interamericano, afastando a concepção de soberania absoluta em prol da supremacia das normas mais favoráveis à vítima, independentemente de sua nacionalidade (CORREIA, 2008). É importante mencionar que o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte no ano de 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89/1998.

Destaca-se que a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Havendo fixação de compensação pecuniária, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado (PIOVESAN, 2013).

Assim, o descumprimento das normas contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por um Estado signatário, implica a violação de obrigações assumidas no âmbito internacional, de forma que, uma vez esgotados os recursos internos, e sendo o caso admitido pela Comissão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão competente para processar e responsabilizar o Estado violador na esfera internacional.

Desta feita, uma vez que o Brasil é signatário da referida Convenção e, reconheceu a jurisdição da Corte no ano de 1998, infringidas normas de direitos humanos dispostas na Carta e havendo esgotamento prévio dos recursos internos sem efetiva solução, caberá a Corte Interamericana de Direitos Humanos responsabilizar o Estado pelas violações cometidas.

2. O CASO FAZENDA BRASIL VERDE VS BRASIL

Conforme já exposto, a Corte Interamericana é encarregada de aplicar e interpretar as normas da Convenção Americana de direitos humanos e garantir a efetivação, em âmbito internacional, dos referidos direitos.

Assim, diante da falha do sistema interno brasileiro em prevenir e punir a prática de trabalho escravo contemporâneo, em flagrante desrespeito aos direitos humanos, foi submetido à Corte, em 2015, o Caso Fazenda Brasil Verde.

Nesse sentido, cabe destacar que, embora a escravidão tenha sido formalmente abolida no Brasil em 1888, muitos trabalhadores continuam submetidos a trabalhos em condições análogas a de escravo, o que significa uma afronta aos direitos humanos e fundamentais, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de uma nova acepção de “trabalho escravo”, visto que “diferente do que ocorria no século XIX, a escravidão contemporânea não se limita apenas à exploração do trabalho com privação de liberdade ou se restringe às áreas rurais” (REIS, 2019).

A escravidão contemporânea existe em vários países e, aparentemente, ainda é invisível para muitos. O conceito de escravidão moderna é amplo e inclui pessoas que ficaram presas a um contratante por dívida contraída, ou mantidas como trabalhadores domésticos, dentre outras formas. Os fatores que contribuem para o problema são as migrações, conflitos e regimes repressivos (REIS, 2019).

No caso da Fazenda Brasil Verde trabalhadores denunciavam, desde 1988, a prática de atividades desumanas. Contudo, embora os órgãos públicos realizassem inspeções, nenhuma medida efetiva de combate aos atos ilícitos eram tomadas.

As denúncias envolviam (i) prática de trabalho análogo ao de escravo; (ii) desaparecimento de trabalhadores; (iii) ameaças de morte em caso de fuga ou denúncia; e (iv) condições de higiene e saúde degradantes.

Em março de 1997, 2 (dois) trabalhadores que conseguiram fugir da Fazenda prestaram declaração perante o Departamento de Polícia Federal do Pará, Delegacia de Marabá. Em decorrência da denúncia, o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho realizou uma visita de fiscalização à Fazenda, cujo relatório conclui que:

“i) os trabalhadores se encontravam alojados em barracões cobertos de plástico e palha nos quais havia uma total falta de higiene”; ii) vários trabalhadores eram portadores de doenças de pele, não recebiam atenção médica e a água que ingeriam não era apta para o consumo humano; iii) todos os trabalhadores haviam sofrido ameaças, inclusive com armas de fogo, e iv) declararam não poder sair da Fazenda. Além disso, comprovou a prática de esconder trabalhadores quando se realizam as fiscalizações. No momento da fiscalização foram encontradas 81 pessoas.’ Aproximadamente 45’ dessas 81 pessoas não possuíam carteiras de trabalho (CTPS) e tiveram esse documento emitido naquele momento” (CIDH, 2016).

Embora o Ministério Público Federal (MPF) tenha apresentado denúncia contra o “gato” (aliciador dos trabalhadores) e o gerente da Fazenda pelos delitos de trabalho escravo, de atentado contra a liberdade de trabalho e aliciamento de trabalhadores; e contra o proprietário do imóvel rural por frustrar direitos trabalhistas; a Justiça Federal autorizou, em 1999, a suspensão condicional do processo contra o proprietário da Fazenda, por 2 (dois) anos, em troca de 6 (seis) cestas básicas e, após 11 (onze) anos, declarou a ação extinta, por ocorrência de prescrição, em face do “gato” e do gerente.

Prosseguindo-se nos fatos ocorridos, no ano de 2000, outros 2 (dois) jovens, após serem agredidos física e verbalmente, conseguiram fugir da Fazenda e pedir ajuda à Comissão Pastoral da Terra (CPT) de Marabá. Em seguida, o Ministério do Trabalho organizou uma inspeção à Fazenda, em companhia da Polícia Federal.

Durante a fiscalização, os trabalhadores foram entrevistados e manifestaram interesse unânime de sair da Fazenda. Os inspetores do Ministério do Trabalho obrigaram um encarregado da fazenda a pagar os valores indenizatórios trabalhistas para encerrar os contratos de trabalho e a devolver as carteiras de trabalho aos empregados.

Em decorrência de tais fatos, foi ajuizada uma Ação Civil Pública perante a Justiça do Trabalho contra o proprietário da Fazenda, destacando-se que:

“i) a Fazenda Brasil Verde mantinha os trabalhadores em um sistema de cárcere privado; ii) restou caracterizado o trabalho em regime de escravidão; iii) a situação se agravava por tratar-se de submissão de trabalhadores rurais, analfabetos e sem nenhum esclarecimento a condições de vida degradantes” (CIDH, 2016).

Nesse cenário, em julho de 2000, foi realizada uma audiência, durante a qual o réu se comprometeu a não mais empregar trabalhadores em regime de escravidão e a melhorar as condições de moradia sob pena de multa. Em agosto do mesmo ano o procedimento foi arquivado (CIDH, 2016).

Já em maio de 2002, o Ministério Público do Trabalho realizou uma nova fiscalização na Fazenda Brasil Verde e concluiu que os empregadores vinham cumprindo com seus compromissos, sendo que a administração direta dos empregados pelo empregador havia eliminado a dependência econômica e física dos trabalhadores aos “gatos”, que era a causa de exploração de mão de obra forçada e análoga à de escravo (CIDH, 2016).

Ainda, quanto à fiscalização realizada em 2000, o Ministério Público Federal apresentou denúncia penal perante a Vara Federal de Marabá, a qual declinou da competência em favor da Justiça Estadual. No entanto, não existem informações sobre o que teria ocorrido com esse processo (CIDH, 2016).

Nota-se dos fatos que, em que pese a Constituição Federal de 1988 tenha elevado os direitos humanos como valor supremo, consolidando as garantias e os direitos individuais, na prática, nenhuma medida eficaz de combate às violações de tais direitos vinham sendo tomadas. Funcionários denunciavam a prática de trabalho análogo ao de escravo, desaparecimentos, ameaças, descaso com a saúde e higiene dos trabalhadores desde 1988.

Lembre-se aqui que o Brasil tornou-se signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, no entanto, as violações continuaram acontecendo até o ano 2000.

No mais, embora o Ministério Federal tenha apresentado, por 2 (duas) vezes, denúncia penal contra os responsáveis pelos atos praticados, a primeira (no ano de 1997) restou em suspensão condicional do processo, em troca de 6 (seis) cestas básicas e extinção, em decorrência de prescrição; e a segunda (no ano de 2000), misteriosamente, desapareceu após a Justiça Federal declinar da competência para a Justiça Estadual.

Com efeito, ficou clara a ineficiência do Estado na prevenção, proteção e repressão às transgressões de direitos humanos ocorridas na Fazenda Brasil Verde, de forma que não restaram alternativas para os lesados se não buscarem amparo no Tribunal Internacional, cuja competência, como dito, o Brasil reconheceu, expressamente, em 1998.

3. A DECISÃO DA CORTE INTRAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA IMPORTÂNCIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme já exposto, a Corte Intramericana de Direitos Humanos tem por fundamento a proteção dos direitos resguardados na Convenção Americana e foi criada para fiscalizar e responsabilizar, internacionalmente, possíveis retrocessos ou violações de direitos humanos dos países membros.

Suas decisões vinculam todos os Estados que reconhecem sua jurisdição, sendo obrigatória a observância das decisões, bem como sua aplicabilidade como parâmetro na formulação e execução das normas internas. Trata-se de um reflexo do controle exercido pela Corte, que pode ser classificado como um controle externo concentrado tanto repressivo como preventivo (LEAL; AZEVEDO, 2016).

Diante de seu caráter subsidiário, uma demanda só chega ao sistema interamericano de proteção quando o Estado falhou internamente no seu dever de tutela.

Assim, diante dos fatos ocorridos na Fazenda Brasil Verde, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), apresentaram, em 1998, petição inicial perante a Comissão Intramericana.

Em 2015, a Comissão submeteu à jurisdição da Corte os fatos e as violações de direitos humanos cometidos pela Fazenda Brasil Verde e solicitou ao Tribunal que declarasse a responsabilidade internacional do Brasil pelas violações à Convenção Americana, além da condenação do Estado em medidas de reparação material e moral.

Nesse contexto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou o Estado brasileiro internacionalmente responsável pela violação:

“i) do direito a não ser submetido a escravidão e tráfico de pessoas, estabelecido no artigo 6.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1, 3, 5, 7, 11, 22 e 19 do mesmo instrumento; ii) ao artigo 6.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, ocorrida no marco de uma situação de discriminação estrutural histórica em razão da posição econômica; iii) das garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável, previstas no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento e, iv) do direito à proteção judicial, previsto no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento” (CIDH, 2016).

Por último, a Corte ordenou ao Estado a adoção de diversas medidas de reparação:

“i) publicar a Sentença e seu resumo; ii) reiniciar, com a devida diligência, as investigações e/ou processos penais relacionados aos fatos constatados em março de 2000 para, em um prazo razoável, identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis, iii) adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas, dentro de um prazo razoável a partir da notificação da presente Sentença e iv) pagar os valores fixados na Sentença, a título de indenizações por dano imaterial e de reembolso de custas e gastos” (CIDH, 2016).

Importante destacar que as reparações determinadas pela Corte visam a plena restituição ou restabelecimento da situação anterior à violação. Nas hipóteses em que isso não é possível, como ocorre na maioria dos casos de violações de direitos humanos, a Corte busca, em suas determinações, medidas que garantam a reparação das consequências produzidas pelas infrações.

Tratam-se de sentenças estruturantes, cada mais frequentes no contexto do constitucionalismo na América Latina, que constituem-se como “macro-sentenças”, com efeitos que transcendem às partes envolvidas no litígio principal, atingindo toda a coletividade no sentido de concretizar e dar força normativa aos comandos constitucionais, que visam evitar violações e proteger direitos humanos (LEAL; HOFFMANN, 2020).

Sobre a importância das decisões da Corte, Flávia Piovesani entende que:

“o sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, como especial locus para a proteção de direitos humanos. O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região; tem combatido a impunidade; e tem assegurado às vítimas o direito à esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos sejam respeitados” (PIOVESANI, 2013).

Resta claro que a Corte, ao analisar os casos concretos como o da Fazenda Brasil Verde, vincula a interpretação que se deve dar aos direitos humanos no âmbito internacional para outros casos análogos, visto que suas decisões possuem eficácia erga omnes.

Na sentença em análise, a Corte determinou que o Estado brasileiro deve reiniciar as diligências e investigações relacionados aos fatos constatados, a fim de identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis, dentro de um prazo razoável. Ademais, deve o Estado adotar as medidas legislativas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de direito internacional de escravidão e suas formas análogas.

Percebe-se, assim, que o sistema interamericano revela uma dupla vocação: impedir retrocessos e fomentar avanços no regime de proteção dos direitos humanos, sob a inspiração de uma ordem centrada no valor da absoluta prevalência da dignidade humana.

CONCLUSÃO

Embora o Brasil tenha elevado os direitos humanos como valor supremo, consolidando legislações de garantias aos direitos fundamentais e ratificando tratados internacionais de proteção aos referidos direitos, tal fato não foi suficiente para que as violações ocorridas dentro do país fossem efetivamente punidas.

Após uma série de infrações aos direitos humanos que ocorreram na Fazenda Brasil Verde, sem que houvesse uma medida de reparação efetiva, instituições sem fins lucrativos precisaram submeter o caso à Comissão Americana, para que o Estado fosse responsabilizado por tais atos e as vítimas pudessem ser indenizadas.

O referido caso é um exemplo de que é necessário um Tribunal com competência internacional para impedir retrocessos e fomentar avanços no regime de proteção dos direitos humanos, bem como responsabilizar os países membros em caso de violações.

Assim, a Corte Interamericana assume extrema importância na concretização dos direitos humanos reconhecidos pelos países signatários da Convenção Americana, assumindo o papel de dar efetividade e força normativa aos comandos constitucionais que visam evitar violações e proteger referidos direitos.

Suas decisões transcendem às partes envolvidas no litígio principal, atingindo toda a coletividade e vinculando a interpretação que se deve dar aos direitos humanos em âmbito internacional.

Resta evidente que o sistema interamericano é fundamental para impedir retrocessos e fomentar avanços no regime de proteção dos direitos humanos, garantindo a prevalência da dignidade humana.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 19 jun. 2021.

BRASIL, Decreto legislativo nº 89, de 1998. **Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.** Brasília, 1992. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 19 jun. 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas.** Curitiba, Juruá, 2008.

CIDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabalhadores Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil.** Costa Rica, 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

CIDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil: Resumo Oficial emitido pela Corte Interamericana.** Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/editais-2018-1/Resumen_OficialFazendaBrasilVerde.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; AZEVEDO, Douglas Matheus de. **A POSTURA PREVENTIVA ADOTADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: noções de dever de proteção” do estado como fundamento para a utilização das sentenças estruturantes”.** Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 21, n. 2, 2016. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9092>. Acesso em: 19 jun. 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; HOFFMANN, Grégora Beatriz. **ANÁLISE DO CASO FAZENDA BRASIL VERDE VS. BRASIL”: a atuação da corte interamericana de direitos humanos como mecanismo judicial efetivo para a proteção de direitos.** Revista Húmus, v. 10, n. 29, 2020. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/13878>. Acesso em: 19 jun. 2021.

OEA, Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** San José, 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 19 jun. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em:

<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Flávia%20Piovesan%20DH%20Direito%20Constitucional.pdf>. Acesso em 11 de jun. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REIS, Suzéte da Silva. **A atuação do Poder Judiciário e a proteção da dignidade dos trabalhadores nas situações de trabalho escravo contemporâneo**. In: LEAL, Rogério Gesta; CANO, Carlos Aymerich; SILVEIRA, Alessandra A. S.. V Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre direitos fundamentais e políticas públicas. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/2717>. Acesso em: 19 jun. 2021.

**DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA POLÍTICA ANTITRUSTE À LUZ DA PANDEMIA
DE COVID-19: ESTUDO DE CASO A PARTIR DO SETOR AÉREO**

***CHALLENGES AND PERSPECTIVES OF THE ANTITRUST POLICY IN LIGHT OF THE
COVID-19 PANDEMIC: CASE STUDY OF THE BRAZILIAN AIRLINE SECTOR***

Gabriel Ferreira de Pina Luchetti¹

RESUMO

Este artigo se propôs a avaliar a postura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) frente aos desafios jurídicos e econômicos causados pela pandemia de Covid-19 no mercado de transporte aéreo de passageiros. De início, apresentou-se a abordagem tradicional do CADE neste mercado, especificamente nas análises de acordos de cooperação entre concorrentes (alianças aéreas). Em seguida, delimitou-se as variáveis econômicas e concorrenciais efetivamente afetadas pela pandemia, de modo a avaliar de que maneira foram ponderadas pelo CADE na análise do ato de concentração entre Delta e Latam. Ao final, concluiu-se que, apesar do Tribunal Administrativo do CADE ter sinalizado postura conservadora ao avocar o ato de concentração para aprofundar a análise sobre seus efeitos concorrenciais, não foram identificadas alterações significativas na análise concorrencial em razão dos argumentos relacionados à pandemia de Covid-19.

ABSTRACT

This paper aimed to evaluate the assessment of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) in face of the Covid-19's legal and economic challenges in the passenger air transport market. At first, the paper introduced CADE's traditional approach in this market, specifically in the analysis of cooperation agreements between competitors. Then, it delineated the economic and competitive variables affected by the pandemic, in order to assess how such variables were

¹ Advogado. Bacharel em direito (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP). *Visiting student* do LLM em *Global Antitrust Law and Economics* (Antonin Scalia Law School – George Mason University). Pós-graduando em Direito da Mineração (Centro de Estudos em Direito e Negócios – CEDIN). Pesquisador (Grupo de Pesquisa em Direito Econômico e Concorrencial do IDP – GPEC/IDP e *Blockchain for Societies Group* (Universidade de Utrecht).

analysed by CADE in the context of the proposed agreement between Delta and Latam. Finally, it concluded that, despite the fact that CADE's Administrative Tribunal has signaled a conservative approach by requesting a more detailed analysis of the concentration act, no significant changes were identified in the antitrust analysis in light of the arguments relating to the Covid-19 pandemic.

PALAVRAS-CHAVE

Direito da concorrência. Covid-19. Transporte aéreo de passageiros. Alianças aéreas. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

I. INTRODUÇÃO

A crise de Covid-19 obrigou administração pública e empresas do setor aéreo a buscar por novas estratégias para enfrentar os efeitos econômicos adversos causados pela pandemia. Particularmente no Brasil, o Governo Federal e as companhias aéreas chegaram a discutir a possibilidade da flexibilização pontual da política de *enforcement* antitruste no que tange a acordos de cooperação transitória, entre as aéreas, em determinadas rotas e horários de voos durante a pandemia.

Ou seja, não bastasse as complexidades da análise antitruste tradicional nos mercados de transporte aéreo de passageiros, a pandemia de Covid-19 fez reaparecer a discussão sobre a necessidade e os limites da flexibilização temporária do *enforcement* concorrencial no setor aéreo. De um lado, tem-se que a emergência de saúde pública não pode isentar empresas das obrigações relativas ao direito da concorrência. De outro, fez-se necessário assegurar o fornecimento contínuo do serviço de transporte aéreo, na medida em que as companhias aéreas se viram abruptamente diante de condições econômicas precárias, especialmente de demanda.

Nesse contexto, duas relevantes companhias aéreas – Delta e Latam – anunciaram acordo de *joint venture* com neutralidade de metal envolvendo rotas com origem e/ou destino no Brasil, acordo este que foi analisado e aprovado sem restrições pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no contexto da pandemia. Daí surge a pertinência do presente artigo. Busca-se, em suma, analisar em que medida a abordagem tradicional do CADE frente a acordos de cooperação entre competidores no setor aéreo curvou-se aos desafios apresentados pela pandemia de Covid-19, especialmente a partir da análise do ato de concentração Delta-Latam.

Para endereçar o tema, o capítulo I revisitará os principais aspectos econômicos e concorrenciais tradicionalmente considerados pelo CADE em análises envolvendo o mercado de transporte aéreo de passageiros.

Na sequência, o capítulo II apresentará os desafios jurídicos e econômicos trazidos pela pandemia de Covid-19 ao setor aéreo, de modo a estabelecer quais as variáveis econômicas efetivamente afetadas no mercado.

O capítulo III terá por escopo a revisão do ato de concentração Delta-Latam, no qual os efeitos da pandemia no setor aéreo foram avaliados no contexto da análise concorrencial.

Por fim, o capítulo IV avaliará criticamente os argumentos e fundamentos apresentados pelas partes Delta e Latam, pela Superintendência-Geral do CADE e pelo Tribunal Administrativo do CADE durante a análise do ato de concentração, de modo a examinar em que medida os desafios levantados pela pandemia de Covid-19 influenciaram a decisão final adotada pelo CADE, em contraponto à análise tradicionalmente conduzida em propostas de acordo de cooperação de competidores.

Na conclusão extraiu-se que, por mais que o Tribunal do CADE tenha sinalizado uma postura conservadora ao avocar o ato de concentração para aprofundar a análise sobre seus efeitos concorrenciais, não foram identificadas alterações significativas na análise tradicionalmente conduzida pelo CADE diante de acordos de cooperação entre competidores no mercado de transporte aéreo de passageiros em razão dos efeitos econômicos causados pela pandemia.

I. ASPECTOS CONCORRENCIAIS DO MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS

O presente capítulo é dividido em dois subtópicos: **(I.i) ASPECTOS GERAIS**, que apresentará, de maneira genérica, as condições econômicas de oferta, demanda e de organização industrial do mercado de transporte aéreo de passageiros, com foco nos acordos de cooperação entre competidores (também conhecidos como alianças aéreas); e **(I.ii) ASPECTOS ESPECÍFICOS**, que avaliará as discussões especificamente relacionadas a análises do CADE envolvendo o mercado de transporte aéreo de passageiros, com destaque para: definição do mercado relevante, avaliação de poder de mercado, barreiras à entrada, análise de rivalidade, eficiências e remédios concorrenciais.

Li ASPECTOS GERAIS

O setor de transporte aéreo é um vetor de desenvolvimento econômico e promotor de integração nacional, na medida em que se diferencia dos demais modais de transporte por suas características intrínsecas de velocidade, eficiência e maior segurança desempenhada nos trajetos. Isso confere à aviação elevada capacidade de conectividade que, em uma sociedade que demanda agilidade e rapidez na condução de suas atividades, é um importante alicerce para a competitividade econômica e para o desenvolvimento regional.²

Além disso, o desempenho do setor aéreo está diretamente relacionado ao da economia de um país. A maior renda e as perspectivas de crescimento econômico criam oportunidades para a expansão do transporte aéreo, pois incrementam a demanda e elevam a disponibilidade de crédito.³ Do mesmo modo, eventual deterioração das condições econômicas tem impacto significativo no desempenho do mercado.

Nesse sentido, a demanda⁴ pelo serviço de transporte aéreo de passageiros é tida como derivada, ou seja, os usuários recorrem a esse tipo de transporte para atingir algum objetivo, de forma que o deslocamento não é um bem ou serviço final. Por consequência, as companhias aéreas não são, geralmente, capazes de afetar diretamente a demanda por seus produtos, além de que reagem amplamente às variações de demanda ocasionadas por fatores como a renda da população e a disponibilidade de outros modais de transporte.⁵

As condições de oferta⁶ também são fortemente marcadas pelo aspecto de rigidez. Ou seja, além de estarem limitadas pelo elevado custo dos insumos, pela especificidade dos ativos envolvidos na atividade de transporte aéreo e pela estrutura de mercado, a sazonalidade da demanda influencia diretamente a decisão sobre a quantidade ofertada pelas prestadoras do serviço de

² CNT. Confederação Nacional do Transporte. **Transporte e Economia: Transporte Aéreo de Passageiros**. Brasília, DF, p. 1, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://cnt.org.br/pesquisas>>. Acesso em 23 nov. 2020.

³ Id., p. 1-2.

⁴ A demanda, segundo Vasigh *et. al.* (2013, p. 110), é medida em termos de passageiros pagos por quilômetro (RPK – *revenue passenger kilometers*), ou seja, um passageiro pagante voado por um quilômetro.

⁵ CNT. Confederação Nacional do Transporte. **Transporte e Economia: Transporte Aéreo de Passageiros**. Brasília, DF, p. 13, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://cnt.org.br/pesquisas>>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁶ A oferta, segundo Vaish *et. al.* (2013, p.) é mensurada em termos de assentos disponíveis por quilômetro (ASK – *available seat kilometers*), ou seja, o número de assentos voados a cada um quilômetro, sem que necessariamente estejam ocupados. A presença de um passageiro pagante ocupando o assento é a diferença entre o RPK e o ASK. Além disso, ao dividir RPK por ASK, encontra-se o *load factor*, ou seja, a proporção de assentos disponíveis e comercializáveis que são efetivamente vendidos e ocupados na aeronave (p. 132).

transporte aéreo de passageiros, restringindo significativamente a influência das empresas aéreas sobre as condições de oferta.⁷

Com relação à organização industrial, o arranjo estrutural do mercado de transporte aéreo de passageiros apresenta fortes características de oligopólio.⁸ Disso decorre que há poucos e grandes *players* competindo no mercado.

Por outro lado, poucas empresas de grande porte atuando no mercado podem frequentemente desfrutar de economias de escala e expandir serviços a custos mais baixos, além de ofertá-los preços inferiores aos de uma indústria composta por empresas menores e em maior quantidade.⁹ Isso pode ser explicado pelo modelo de negócios das companhias aéreas, que apresenta elevados custos fixos somados a custos marginais progressivamente menores de acordo com o tamanho da rede das empresas.¹⁰ Além disso, devido à necessidade de grandes investimentos em infraestrutura, as escalas mínimas de operação eficiente são significativamente elevadas. Consequentemente, quanto maior a escala das operações, menor o custo unitário de sua prestação.¹¹

A lógica que deriva dessa constatação é que pode ser insustentável (além de economicamente irracional) que cada empresa aérea ofereça, individualmente, voos para os mais diversos destinos, enquanto os padrões de demanda variam em número, densidade, tempo e geografia.¹² Diante disso, é natural que os agentes de mercado tenham incentivos para buscar a cooperação externa mediante alianças aéreas¹³, na medida em que a redução dos custos marginais

⁷ CNT, op. cit., p. 15.

⁸ VASIGH, B.; FLEMING, K.; TACKER, T. *Introduction to air transport economics: from theory to applications*. 2ª ed. Farnham: Ashgate, 2013, p. 365.

⁹ VASIGH, B.; FLEMING, K.; TACKER, T. *Introduction to air transport economics: from theory to applications*. 2ª ed. Farnham: Ashgate, 2013, p. 286.

¹⁰ Id., p. 426.

¹¹ CNT. Confederação Nacional do Transporte. **Transporte e Economia: Transporte Aéreo de Passageiros**. Brasília, DF, p. 10, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://cnt.org.br/pesquisas>>. Acesso em 23 nov. 2020.

¹² OCDE. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition**. Paris: OECD, 2014, p. 9. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En)>. Acesso em 23/11/2020.

¹³ Segundo a OCDE (2014, p. 9), as alianças aéreas referem-se a qualquer tipo de acordo de cooperação horizontal que não se enquadre nas hipóteses de fusão e aquisição, além de variarem em escopo e profundidade de integração (cf. notas de rodapé 62 – 64 abaixo). A racionalidade jurídica para a celebração das alianças estaria principalmente na dificuldade de efetivar fusões e aquisições multinacionais, devido a restrições de nacionalidade na propriedade de empresas aéreas. Logo, por manterem as estruturas societárias, as alianças aéreas se mostram como excelente alternativa para expansão de redes internacionalmente. Ademais, a OCDE indica que a racionalidade econômica das alianças aéreas está pautada na lógica nas economias de rede, permitindo às companhias aéreas ampliar e aprofundar suas redes, crescer e racionalizar seus custos, sem precisarem expandir suas próprias capacidades de aeronave ou ofertas de rota, sendo vistas como a segunda melhor opção após fusões/aquisições para gerar economias de escala, escopo e densidade.

obtidas através das alianças é significativamente vantajosa em comparação aos custos fixos para expandirem suas próprias operações individualmente, em razão das economias de escala.

Além de produzir eficiências de escala, o compartilhamento de recursos mediante alianças aéreas também permite a criação de economias de escopo, na medida em que a cadeia produtiva organizar-se-á a partir da centralização das atividades e melhor utilização de recursos, o que também pode reduzir os custos operacionais.¹⁴ Outro aspecto econômico importante do mercado de transporte aéreo de passageiros diz respeito à economia de densidade.¹⁵

Nesse sentido, tem-se observado um movimento de consolidação do setor aéreo mediante alianças aéreas, na medida em que facilitam a racionalização de custos, geram eficiências de escala, escopo e densidade, além de aumentarem a capacidade de atender diferentes partes do mundo, alavancando a presença das companhias aéreas parceiras nesse mercado.¹⁶

A despeito das sinergias induzidas por alianças aéreas, é certo que esse tipo de arranjo comercial tanto pode melhorar o serviço e a experiência dos passageiros, quanto prejudicar a concorrência, por exemplo, através da elevação de barreiras à entrada e aumento de tarifas, especialmente em rotas *hub-to-hub*¹⁷ e sem escalas.¹⁸ Além disso, o potencial para sinergias e o risco de efeitos anticompetitivos variam de acordo com a profundidade da coordenação e

¹⁴ CNT, op. cit., p. 11.

¹⁵ Conforme esclarece a CNT, trata-se de prática que objetiva a redução dos custos com a consolidação das operações e a utilização de aviões maiores ou a redução do espaço entre assentos. A empresa aérea pode ter, então, uma redução de custo unitário médio e um aumento da receita, se beneficiando sem modificar tempo de viagem médio ou nos aeroportos. No caso do transporte aéreo, as economias de densidade também podem se manifestar por meio da adequação do formato da rede de transporte, de forma que as rotas sejam desenhadas para melhor atender aos fluxos de passageiros em detrimento dos pontos com baixo nível de utilização da capacidade das aeronaves.

¹⁶ OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition**. Paris: OECD, 2014, p. 6. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En). Acesso em 23/11/2020.

¹⁷ Segundo Vasigh *et. al.* (2013, p. 214), a dinâmica *hub-and-spoke* consiste em uma prática das empresas aéreas investirem substancialmente na infraestrutura de um único aeroporto (*hub*), para consolidar suas operações comerciais e logísticas a partir deste centro e em direção aos aeroportos de destino (*spokes*). Sob a ótica econômica, a operação de uma rede *hub-and-spoke* tem um custo extremamente alto, de forma de que as empresas terão todo o incentivo para utilizar esses ativos da forma mais intensa possível, distribuindo o custo fixo do investimento por mais unidades de produção em função das economias de escala e escopo.

¹⁸ OCDE, op. cit., p. 25.

integração promovidas pela aliança, o que tem sido considerado de maneira escalonada pelo CADE em suas análises.¹⁹⁻²⁰⁻²¹

O *tradeoff* entre as eficiências de escala, escopo e densidade e o nível ótimo de coordenação entre as empresas aéreas dialoga com o fato de não haver *benchmark* acerca do arranjo ideal de estrutura de organização industrial do setor de transporte aéreo.²²

Por conseguinte, apesar do arranjo organizacional tendente à concentração e da inclinação natural de empresas aéreas por cooperação externa via alianças, o próprio CADE reconhece que isso não significa que não possa haver concorrência no setor, seja na forma de práticas individuais, seja por meio de estratégias cooperativas.²³ Logo, é fundamental avaliar os aspectos concorrenciais específicos das alianças aéreas para que se possa compreender como as autoridades antitruste, sobretudo o CADE, têm tentado equilibrar a balança entre cooperação empresarial e níveis satisfatórios de concorrência no setor aéreo.

Lii ASPECTOS ESPECÍFICOS

¹⁹ As alianças de integração mais baixa começam a partir de acordos de *interlining*. Segundo a OCDE (2014, p. 10), o *interlining* permite aos passageiros voarem usando apenas um bilhete para todo o itinerário, quando os trechos são operados por empresas aéreas distintas. Assim, acordos de *interlining* fazem com que as viagens operadas por múltiplas aéreas sejam “sem atrito”, ou seja, os passageiros não têm que recolher sua bagagem ou fazer o check-in novamente em caso de escala, e sua bagagem irá automaticamente até seu destino final.

²⁰ Uma cooperação mais profunda e mais eficaz entre linhas surgiu através de acordos de *codeshare* (OCDE, 2014, p. 10-11). Sob um acordo de *codeshare*, um voo operado por uma companhia aérea também podem ser comercializadas por companhias aéreas parceiras sob seu próprio código e designador. Em outras palavras, o *codesharing* permite que duas ou mais companhias aéreas compartilhem o mesmo voo enquanto vendendo bilhetes neste voo como se fossem seus. No Brasil, a notificação de acordos *codeshare* ao CADE não é obrigatória, por força da Res. 17/2016, que descaracterizou este tipo de acordo como contrato associativo passivo de notificação, em razão da ausência de compartilhamento de riscos (art. 2º, inciso I), muito embora cumpra com os requisitos de faturamento.

²¹ Já sob *joint ventures* e *joint business agreements* com neutralidade de metal, não importa para as companhias aéreas aliadas quem transportará os passageiros e quem obtém receitas sobre o voo, uma vez que as companhias aéreas envolvidas entraram em uma aliança de longo prazo de compartilhamento de custos e receitas. A neutralidade de metal é um incentivo para que as empresas aéreas aliadas se concentrem em melhorar as redes, horários, etc., ao invés de aumentarem suas próprias receitas individualmente. Isto garantiria a maximização da aliança em termos de sinergia e eficiências, para o benefício dos consumidores (OECD, 2014, p. 11).

²² VASIGH, B.; FLEMING, K.; TACKER, T. *Introduction to air transport economics: from theory to applications*. 2ª ed. Farnham: Ashgate, p. 426, 2013.

²³ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 26. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado de transporte aereo de passageiros e cargas.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado%20de%20transporte%20aereo%20de%20passageiros%20e%20cargas.pdf)>. Acesso em 23 nov. 2020.

Inicialmente, com relação à definição de mercado relevante, a OCDE aponta que “a delimitação de mercados relevantes no setor aéreo normalmente começa com a identificação do ponto de origem (O) e do ponto de destino (D), a chamada abordagem O&D”²⁴.

A abordagem O&D é compatível com a maior parte das análises que têm sido conduzidas nos Estados Unidos, Europa e Brasil.²⁵ Não obstante, o CADE ressalta que tal abordagem pode não ser suficiente para avaliar casos complexos, sobretudo quando identificadas sobreposições horizontais nas rotas envolvidas pela operação – o que pode levar o CADE a considerar marginalmente espaços geográficos abrangentes em nível regional, nacional ou mesmo continental; ou questões relacionadas à infraestrutura aeroportuária, o que pode tornar necessário ampliar o espectro de avaliação dos impactos concorrenciais em casos específicos.²⁶

No que tange à avaliação da existência de poder de mercado, o CADE tem adotado estratégia tradicional, focada no cálculo de *market shares* (sobretudo por índice HHI²⁷ e respectivas variações) para a verificação de poder de mercado, considerando, principalmente, dados de rotas com operação sobreposta ou um conjunto de rotas em que se verifique a adoção de práticas anticompetitivas no âmbito do mercado de transporte de passageiros.²⁸

²⁴ OCDE. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition**. Paris: OECD, 2014, p. 22. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En)>. Acesso em 23/11/2020.

²⁵ CADE, op. cit., p. 64-65.

²⁶ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 65-67. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

²⁷ Segundo o Guia de atos de concentração horizontal do CADE, o HHI é calculado pelo somatório do quadrado das participações de mercado de todas as empresas de um dado mercado relevante, e pode ir até 10.000 pontos – ou seja, uma empresa com 100% de participação de mercado (monopólio). Nesse escopo, o CADE divide o espectro de concentração dos mercados em três regiões, que podem ser genericamente definidas como (i) não concentrados: HHI < 1.500 pontos; (ii) moderadamente concentrados: 1.500 pontos < HHI < 2.500 pontos; e (iii) altamente concentrados: HHI < 2.500 pontos. Com relação aonexo de causalidade entre HHI e potenciais abusos de poder de mercado, o CADE considera que: (i) não geram problemas concorrenciais: operações que resultem em variações de HHI inferiores a 100 pontos ($\Delta\text{HHI} < 100$) e/ou que o mercado, após o ato de concentração, permaneça com HHI inferior a 1.500 pontos, não deve gerar efeitos negativos, não requerendo, usualmente, análise mais detalhada; (ii) potencialmente geram problemas concorrenciais em mercados moderadamente concentrados: operações que resultem variação do HHI superior a 100 pontos ($\Delta\text{HHI} > 100$), tornando recomendável uma análise mais detalhada; e (iii) potencialmente geram problemas concorrenciais em mercados altamente concentrados: operações que resultem em variação do HHI entre 100 e 200 pontos ($100 \leq \Delta\text{HHI} \leq 200$), sugerindo uma análise mais detalhada. Além disso, operações que, em mercados com HHI acima de 2.500 pontos, resultem na variação do HHI acima de 200 pontos ($\Delta\text{HHI} > 200$), presumivelmente geram aumento de poder de poder de mercado, o que poderá ser refutado por evidências persuasivas em sentido contrário.

²⁸ CADE, op. cit.

Além disso, para que o poder de mercado possa configurar um problema concorrencial, é preciso que seja duradouro, não contestável no curto prazo por concorrentes efetivos ou potenciais, o que torna central a avaliação acerca das barreiras à entrada.

O CADE tradicionalmente tem considerado o mercado de transporte aéreo de passageiros como de fácil entrada, a não ser na presença de (i) barreiras de cunho regulatório, (ii) escassez de infraestrutura aeroportuária ou (iii) alguma barreira ligada a alianças entre empresas.²⁹

Com relação a barreiras à entrada de cunho regulatório, a promulgação da Lei 13.842/19 diminuiu substancialmente os obstáculos à entrada de concorrentes no mercado nacional ao permitir que empresas aéreas sediadas no Brasil e constituídas conforme a lei brasileira possam obter concessão para exploração de transporte aéreo perante a ANAC, desde que atendidos os demais requisitos de cunho meramente regulatório e de segurança operacional. Frise-se, contudo, que a análise quanto à probabilidade de entrada de novos competidores é específica para cada recorte de mercado relevante (i.e., considerando-se a abordagem O&D ou ampliando para macrorregiões), o que deverá ser feito caso a caso e ponderar aspectos da tempestividade, probabilidade e suficiência.³⁰

Com relação à infraestrutura aeroportuária, o tema da gestão e alocação de *slots* tem sido objeto relevante de discussão. Segundo a Resolução ANAC nº 338/2014, “*slot* é o horário de chegada ou de partida alocado para o movimento de uma aeronave numa data específica em um aeroporto coordenado (...).”³¹⁻³²

A necessidade de criar, alocar e gerir *slots* se deu a partir da lacuna entre a demanda e a capacidade aeroportuária, além da improvável expansão da maioria dos aeroportos coordenados.³³

²⁹ Itens 200 a 204 do voto do conselheiro relator Olavo Zago Chinaglia no AC nº 08012.009497/2010-84 (LAN-TAM).

³⁰ Ver nota de rodapé 41.

³¹ BRASIL. ANAC. Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 338, de 22 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2014/resolucao-no-338-de-22-07-2014-1#:~:text=Ementa%3A,sobre%20os%20aerportos%20de%20interesse.>>. Acesso em 23.11.2020.

Acesso em 23.11.2020.

³² Segundo o art. 2º, inciso I da Resolução ANAC nº 338/2014, entende-se por aeroporto coordenado aquele “cujo nível de saturação comprometa qualquer um dos componentes aeroportuários críticos (pista, pátio ou terminal)”. Atualmente, a ANAC é responsável pela coordenação de cinco aeroportos no Brasil: Congonhas (CGH), Guarulhos (GRU), Pampulha (PLU), Recife (REC) e Santos Dumont (SDU). Além disso, existem aeroportos que foram declarados pela ANAC como aeroportos de interesse, cujo processo de coordenação e alocação de horários é realizado pelo próprio operador do aeroporto. Atualmente são oito os aeroportos de interesse: Brasília (BSB), Confins (CNF), Florianópolis (FLN), Fortaleza (FOR), Galeão (GIG), Porto Alegre (POA), Salvador (SSA) e Viracopos (VCP).

³³ Sobre este ponto, é relevante destacar que a recente onda de privatizações e concessões de aeroportos no Brasil têm sido alegada como causa de eliminação de barreiras à entrada referentes à limitação da capacidade/infraestrutura aeroportuária. Essa, inclusive, é uma das alegações de Delta e Latam no ato de concentração objeto do presente artigo (AC 08700.003258/2020-34).

A alocação e gestão de *slots*, nesse sentido, configura-se como medida de administração de congestionamento de aeroportos que possuem alta demanda. Especificamente no Brasil, o processo de alocação de *slots* é coordenado pela ANAC, conforme procedimento definido pelo art. 11 da Resolução ANAC 338/2014, regido pelos princípios da transparência, não-discriminação, imparcialidade e utilização eficiente da capacidade aeroportuária declarada.³⁴ Regulação e concorrência, nesse sentido, convergem para o mesmo caminho.

Do ponto de vista concorrencial, a alocação de *slots* é extremamente sensível, na medida em que sua distribuição inadequada pode levar à

(i) facilitação de acesso a infraestrutura aeroportuária a determinadas empresas aéreas, em detrimento de possíveis concorrentes; (ii) possíveis dificuldades de acesso a *slots* por novas empresas em aeroportos já operados por empresas já consolidadas no mercado; (iii) possíveis limitações capacidade para pousos e decolagens em horários de pico (de maior interesse na operação inicial de entrantes); e (iv) restrições de espaço físico para a instalação de novas estruturas de *check-in*, despacho de bagagens, tratamento e armazenagem de cargas por parte de novas empresas.³⁵

Por essa razão, o CADE tem aplicado remédios estruturais relacionados à transferência de *slots* para mitigar o arrefecimento da competição em determinadas rotas afetadas por atos de concentração. Nesse sentido, no ato de concentração nº 08012.009497/2010-84 (LAN-TAM), o CADE determinou a permuta de *slots* e de infraestrutura aeroportuária conexa (*gates*, etc.) no Aeroporto de Guarulhos por parte da TAM, para que cedesse a empresas interessadas a operação da rota direta entre Guarulhos e Santiago do Chile, por um período de 3 anos. Além disso, a permuta não poderia ser não remunerada, havia previsão de operação mínima dos *slots* permutados (que, se

³⁴ Sobre este ponto, o CNT (2015, p. 41) esclarece que a alocação de *slots* em um aeroporto brasileiro segue os padrões internacionais de respeito: à precedência histórica (*grandfather rights*), que afirma o direito de uma companhia aérea de manter seus *slots* previamente alocados; ao princípio de uso, conhecido como *use it or lose it*, que determina que a companhia aérea deve utilizar a proporção de 80,0% da frequência disponível do slot por 3 meses e não deixar de utilizá-lo por 30 dias consecutivos; e, por último, a preferência para serviços regulares, com a finalidade de garantir a maior frequência possível do serviço.

³⁵ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 51. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado de transporte aereo de passageiros e cargas.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado%20de%20transporte%20aereo%20de%20passageiros%20e%20cargas.pdf)>. Acesso em 23 nov. 2020.

descumprida, deveria levar à outra permuta) e as empresas interessadas não poderiam possuir vínculo societários com as cedentes.³⁶⁻³⁷

Também destaca-se o ato de concentração nº 08700.004211/2016-10 (*joint business agreement* entre TAM, Iberia e British), em que um dos remédios aplicados para mitigar preocupações concorrenciais relativas à sobreposição horizontal de rotas foi a obrigação de que as empresas disponibilizassem, sem custo, para um potencial entrante no mercado, *slots* no aeroporto de London Heathrow ou London Gatwick, à escolha da empresa interessada, pelo prazo de 10 anos, para uso em voos diários sem escala partindo do aeroporto de Guarulhos em São Paulo.³⁸⁻³⁹

Já no que diz respeito a barreiras à entrada ligadas a alianças aéreas, a OCDE aponta que “demasiada ênfase na sobreposição entre rotas pode ignorar os efeitos deletérios que as alianças podem ter em outras rotas da mesma rede. Os efeitos de rede podem, nesse sentido, criar incentivos para reduzir voos, redirecionar rotas ou até mesmo aumentar o preço mesmo em rotas não sobrepostas.”⁴⁰

Além das discussões sobre barreiras à entrada, algumas condições de rivalidade observadas no mercado podem alterar a capacidade de concorrentes (existentes ou potenciais) contestarem eventuais abusos de posição dominante, aumentando ou diminuindo a probabilidade de exercício do poder de mercado. Nesse sentido, aspectos como preferências dos passageiros⁴¹, capacidade

³⁶ BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.009497/2010-84**. Requerentes: Tam S.A e Latam Airlines S.A. Julgado em 14 nov. 2011. Aprovado com restrições.

³⁷ É importante observar que, no âmbito deste AC, o CADE observou que foram cumpridas as determinações referentes à permuta de *slots*, por meio do Parecer Jurídico nº 64/2015/UCD/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU (SEI 0089432). Não foi possível encontrar, contudo, estudos comprovando a efetividade concorrencial das medidas impostas.

³⁸ BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08700.004211/2016-10**. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. e British Airways Plc. Julgado em 14 mar. 2017. Aprovado com restrições.

³⁹ Apesar de ser considerado o *leading case* no que tange à imposição de remédios para JBAs com neutralidade de metal no setor aéreo, a operação não chegou a ser implementada, em razão de decisão da Suprema Corte do Chile que vetou a operação. Logo, também não foi possível encontrar estudos que avaliaram os resultados dos remédios impostos pelo CADE.

⁴⁰ OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition**. Paris: OECD, 2014, p. 26. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En). Acesso em 23/11/2020.

⁴¹ Segundo o CNT (2015), passageiros com perfil turismo são mais sensíveis a aumentos de preço, podendo inclusive optar por rotas indiretas para chegar até seus destinos. Já passageiros com perfil negócio, o comportamento é oposto, no sentido de que há menos flexibilidade de horários/rotas e, por consequência, menor elasticidade-preço da demanda. No que tange à rivalidade, quanto mais passageiros com perfil turismo, maior deve ser a rivalidade das rotas.

ociosa⁴², acordos de *open skies*⁴³ e tendências de privatização de aeroportos⁴⁴ também têm sido avaliados pelo CADE como parâmetro de rivalidade nos mercados.

Ocorre que, apesar das possíveis complexidades envolvendo regulação, acesso à infraestrutura e condições de rivalidade,

a avaliação quanto à probabilidade de exercício do poder de mercado tem sido efetivada, no Brasil, em termos da análise quantitativa, sobretudo, de índices – em especial o HHI –, sendo tal ação crucial para a aprovação de atos de concentração [alianças aéreas] ou mesmo para o arquivamento ou não de processos de apuração de condutas.⁴⁵

Superadas as etapas de definição do mercado relevante, avaliação de poder de mercado, identificação de barreiras à entrada e análise de rivalidade, a análise tradicional do CADE analisará as potenciais eficiências das operações.

De acordo com a OCDE, a principal controvérsia em torno das alianças aéreas gira em torno de sua capacidade de efetivamente proporcionar eficiências e aumentar o bem-estar dos consumidores.⁴⁶ Especificamente no Brasil, é necessário que tais eficiências sejam prováveis e

⁴² A presença de capacidade ociosa indica possibilidade de absorção de demanda no caso de abuso de posição dominante. No caso do mercado de transporte aéreo de passageiros, a capacidade ociosa é extraída do *load factor* (cf. nota de rodapé 52), e indica que, quanto mais capacidade ociosa, maior deve ser a rivalidade, salvo na existência de barreiras à entrada e à expansão da oferta (como acesso à infraestrutura aeroportuária).

⁴³ Segundo a Organização da Aviação Civil Internacional (2004, p. 33), acordos de *open skies* são um tipo de acordo que, embora não definidos de maneira uniforme, criam um regime regulatório que se baseia principalmente na promoção de concorrência entre mercados internacionais de serviços aéreos, reduzindo a ingerência da gestão governamental sobre direitos de voo, capacidade e preços, ao mesmo tempo em que prevêem salvaguardas para manter a regulamentação mínima necessária para atingir as metas dos acordos.

⁴⁴ Segundo a ANAC, a concessão de aeroportos tem como objetivo atrair investimentos para ampliar, aperfeiçoar a infraestrutura aeroportuária brasileira e, conseqüentemente, promover melhorias no atendimento aos usuários do transporte aéreo no Brasil. Os níveis de qualidade dos serviços determinados para esses aeroportos, baseados em padrões internacionais, estão previstos nos contratos de concessão, que são geridos e fiscalizados pela ANAC.

⁴⁵ CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 70. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁴⁶ No Brasil, o CADE (2017, p. 71-72) aponta que as discussões sobre eficiências produzidas nas operações de concentração de mercado giram em torno de (i) possíveis melhorias resultantes da junção de malhas aéreas, da eliminação de ineficiências e da ampliação das possibilidades de oferta de rotas entre empresas fusionadas – com eliminação de ineficiências estruturais (como dupla-margem); (ii) possível ampliação da praticidade na reserva e compra de bilhetes aéreos mediante uso de soluções tecnológicas capazes de facilitar o acesso a informações e a consultas de horários, preços e condições de compra; e (iii) possível redução de preços pós estabelecimento de acordos operacionais e *metal alliances*, além da integração entre programas de passageiros frequentes.

verificáveis, além de decorrerem especificamente da aliança – ou seja, cuja magnitude e ocorrência possam ser verificadas e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam comprovadas.⁴⁷

Nesse contexto, é importante frisar que não há consenso acerca das eficiências geradas por alianças aéreas, especialmente no que tange a promessas de redução de preço pós estabelecimento de acordos com neutralidade de metal.⁴⁸ Além disso, em operações que resultam em fortes sobreposições horizontais, o CADE entende que “os potenciais danos à concorrência devem ser olhados com mais atenção e o repasse das eficiências deve ser avaliado de forma mais rigorosa.”⁴⁹ Há, portanto, uma evidente elevação no padrão de análise dos casos em que haja sobreposição de rotas, justamente por acarretarem, intrinsecamente, a redução da pressão competitiva em tais rotas.

Por fim, ainda que as alianças aéreas apresentem indícios anticompetitivos, o CADE ainda disporá de remédios concorrenciais para não vetar completamente a operação proposta. Nestes casos, os remédios aplicáveis a alianças aéreas são, em grande parte, semelhantes aos aplicados em fusões e aquisições, sobretudo remédios estruturais, tais como desinvestimento de *slots*⁵⁰. Remédios comportamentais também já foram impostos pelo CADE, incluindo limitação de cláusulas de não-concorrência aos mercados específicos da operação⁵¹; obrigação de utilização eficiente de *slots*⁵²; obrigação de assinatura de *interlining*⁵³; e encerramento de *codeshare* entre uma das empresas requerentes e uma empresa concorrentes⁵⁴.

Várias jurisdições ainda têm adotado remédio específico para as alianças, que exigem que as empresas aéreas participantes do acordo excluam determinadas rotas do escopo da colaboração,

⁴⁷ BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 45. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁴⁸ BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 72. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Mercado_de_transporte_aereo_de_passageiros_e_cargas.pdf>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁴⁹ Item 19 do voto do Cons. João Paulo Resende no AC 08700.004211/2016-10 (SEI 0313066).

⁵⁰ BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.009497/2010-84**. Requerentes: Tam S.A e Latam Airlines S.A. Julgado em 14 nov. 2011. Aprovado com restrições.

⁵¹ BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.003267/2007-14**. Requerentes: GTI S.A e VRG Linhas Aéreas S.A.. Julgado em 26 nov. 2008 (embargos de declaração). Aprovado com restrições.

⁵² BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.008378/2011-95**. Requerentes: VRG Linhas Aéreas S.A. Webjet Linhas Aéreas S.A.. Julgado em 10 out. 2012. Aprovado com restrições.

⁵³ BRASIL. CADE. AC 08012.009497/2010-84 (Lan-Tam), op. cit.

⁵⁴ BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08700.004155/2012-81**. Requerentes: Azul S.A. e Trip Linhas Aéreas S.A.. Julgado em 06 fev. 2013. Aprovado com restrições.

sobretudo rotas *hub-to-hub* e/ou rotas sobrepostas nas quais as partes desfrutariam de poder de mercado. Ao contrário dos remédios de desinvestimento, que implicam a transferência de ativos para um terceiro concorrente, as rotas excluídas permaneceriam nas mãos das empresas aéreas membros; elas apenas estariam impedidas de cooperar ou integrar suas atividades nessas rotas.⁵⁵

Portanto, a partir da análise dos aspectos econômico-concorrenciais gerais e específicos do mercado de transporte aéreo de passageiros, é possível extrair que a análise concorrencial tradicionalmente conduzida pelo CADE diante de alianças aéreas constitui na difícil tarefa de ponderar diversos e complexos riscos concorrenciais com potenciais eficiências dos acordos de colaboração. Embora a autoridade da concorrência tenha à disposição uma ampla gama de remédios, dentre os quais as alienações de *slots* e alinhamento de incentivos comerciais, a adequação e eficácia desses remédios também são questionadas.⁵⁶

Além disso, foi evidenciado que a análise tradicional do CADE em condições relativamente estáveis de mercado tem sido implementada sob uma abordagem quantitativa, isto é, pela análise de índices, sobretudo HHI, para definição dos efeitos concorrenciais. Em alguns *hard cases*, o CADE sinalizou preocupações relacionadas à alocação de *slots* e alinhamento de incentivos dos agentes de mercado, endereçando tais questões mediante a imposição de remédios estruturais e comportamentais, além de ter destacado a dificuldade de mensurar o repasse das alegadas eficiências das operações aos consumidores.

Nesse contexto é que se insere o choque econômico causado pela Covid-19, que afetou substancialmente o setor aéreo. Ou seja, não bastasse as complexidades da análise tradicional ora evidenciada, a pandemia de Covid-19 fez reaparecer a discussão sobre a necessidade e os limites de uma flexibilização temporária do *enforcement* concorrencial no setor aéreo, especialmente no que tange a propostas de cooperação entre concorrentes para enfrentamento dos efeitos econômicos da crise. Diante disso, propõe-se a seguinte questão: é necessário ao CADE adequar a análise tradicionalmente conduzida acerca de propostas de alianças aéreas diante dos desafios trazidos pela pandemia de Covid-19?

⁵⁵ OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition**. Paris: OECD, 2014, p. 26. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En)>. Acesso em 23/11/2020.

⁵⁶ OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition**. Paris: OECD, 2014, p. 26. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En)>. Acesso em 23/11/2020.

Para avaliar essa questão, é fundamental delimitar as variáveis econômicas efetivamente impactadas pela crise de Covid-19 para avaliar se, diante dos potenciais custos e benefícios das alianças aéreas, tal estratégia de cooperação se mostra adequada para auxiliar as empresas a superarem o período de recessão econômica, ainda que em detrimento pontual de condições competitivas do mercado. É o que se passa a analisar no tópico seguinte.

II. DESAFIOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DA COVID-19 NO MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS

A crise da Covid-19 é o tipo de choque econômico que aumenta o risco de as empresas enfrentarem escrutínio antitruste durante os anos que o seguem. A título ilustrativo, convém recordar que empresas em todo o mundo ainda estão se defendendo da investida de ações antitruste que se seguiram logo após a Grande Recessão de 2008, em que as empresas tiveram que mudar as estratégias comerciais a fim de responder a uma economia em transformação, por exemplo, reduzindo a produção para responder efetivamente à diminuição das condições de demanda. É provável que com a Covid-19 não seja diferente. Empresas de inúmeras indústrias, sobretudo do setor aéreo, foram obrigadas a modificar seus negócios e suas estratégias para enfrentarem os efeitos econômicos adversos causados pela atual pandemia.⁵⁷

Como se sabe, a política de combate a cartéis e ao abuso de posição dominante é de grande importância para a defesa da concorrência em qualquer setor econômico e no setor aéreo não é diferente. Nesse sentido, a pandemia de Covid-19 não pode ser, por si, uma excludente dessa importante política pública. Eventuais exceções devem ser avaliadas de forma restritiva e justificadas de forma a deixarem clara as vantagens concorrenciais de médio e longo prazos. Evidentemente, as atividades de aplicação da lei até podem ser afetadas durante os *lockdowns*, mas cabe às autoridades esclarecer que isto não deve impedi-las de manter uma postura firme durante o período de emergência. O anúncio público de maior vigilância pode, por si só, ser um poderoso dissuasor de práticas anticompetitivas.⁵⁸

⁵⁷ RANA & Co, S.S.. **COVID-19 and New Exemptions Under the Antitrust Laws - A Global Review**, 10 jun. 2020. Disponível em: <<https://iclg.com/briefing/13286-covid-19-and-new-exemptions-under-the-antitrust-laws-a-global-review>>. Acesso em 23 nov. 2020.

⁵⁸ CPI. Competition Policy International. **Up in the Air: Airlines and Competition Policy in Times of COVID-19**, 28 Jul. 2020. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/up-in-the-air-airlines-and-competition-policy-in-times-of-covid-19/#_ednref17>. Acesso em 20 nov. 2020.

Ainda no início da pandemia, foi discutida a possibilidade de uma isenção pontual de regras concorrenciais para permitir a coordenação temporária de rotas e horários entre empresas aéreas competidores. De um lado, tem-se que a emergência de saúde pública não deve levar à isenção das empresas em relação às obrigações relativas ao direito da concorrência. De outro, fez-se necessário assegurar o fornecimento contínuo de serviços de interesse público, tal qual o transporte aéreo de passageiro, o que poderia exigir coordenação entre companhias aéreas que, de outra forma, estariam sujeitas a um rigoroso exame antitruste.

Nesse sentido, o monitoramento de mercado feito mensalmente pela IATA fornece uma dimensão do impacto da pandemia na demanda pelo serviço de transporte aéreo de passageiros. A receita de passageiros-quilômetros (RPKs) da indústria diminuiu 72,8% em setembro de 2020, uma pequena melhoria em relação à queda de 75,2% em agosto de 2020. Especificamente no Brasil, dados da IATA apontavam queda de 55,3% do RPK em relação a setembro de 2019.⁵⁹

Do lado da oferta, tem-se que a capacidade de adaptação por parte das empresas aéreas é extremamente limitada no curto prazo. Nesse sentido, conforme aponta o CNT,

As companhias aéreas criam seus itinerários com no mínimo seis meses de antecedência, e aceitam reservas mais de um ano antes, então elas devem aceitar seus itinerários ou enfrentar taxas de reacomodação. Custos fixos, como investimentos em infraestrutura em aeroportos hub, arrendamento de aeronaves, e contratos trabalhistas tem de ser pagos independentemente do itinerário, tornando impraticável para as companhias aéreas reduzir ou ampliar a capacidade a curto prazo.⁶⁰

Ou seja, a queda na demanda representou a paralisação na receita das empresas que, somada à constante contabilização de custos fixos e dificuldade de adaptação da oferta no curto prazo, gerou uma crise de liquidez na maior parte dos agentes de mercado. Por essa razão, tem-se observado uma movimentação do setor aéreo no sentido de racionalizar operações mediante

⁵⁹ IATA. International Air Transport Association. **Air Passenger Market Analysis**, set. 2020. Disponível em: <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/air-passenger-monthly-analysis---september-2020/>. Acesso em 20 nov. 2020.

⁶⁰ CNT. Confederação Nacional do Transporte. **Transporte e Economia: Transporte Aéreo de Passageiros**. Brasília, DF, p. 15, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://cnt.org.br/pesquisas>>. Acesso em 23 nov. 2020.

alianças aéreas, principalmente via acordos de *codeshare*⁶¹, *joint venture* com neutralidade de metal⁶² e uma proposta de aquisição da Transat pela Air Canada, envolvendo rotas entre a Europa e o Canadá.⁶³

Especificamente no mercado brasileiro, logo no início da pandemia, foi veiculada a notícia de que o CADE vetou uma proposta das companhias aéreas para criar um “cartel de crise”, que estaria sendo negociado juntamente com o poder público.⁶⁴ Pouco tempo depois, foi noticiada a criação da “malha aérea essencial”, ação conjunta do Ministério da Infraestrutura, CADE e ANAC para a manutenção de um serviço aéreo mínimo para atender a população⁶⁵. Algumas medidas de cunho regulatório com implicações concorrenciais também foram tomadas pela ANAC, como o anúncio da suspensão da regra *use-it-or-lose-it* referente à operação mínima de *slots*.⁶⁶

No caso do CADE, a autoridade tem se posicionado publicamente no sentido de estar atenta aos desafios econômicos trazidos pela pandemia e seus reflexos no ambiente concorrencial.⁶⁷ Especificamente sobre a cooperação temporária entre concorrentes para enfrentar a recessão econômica trazida pela pandemia, o CADE aprovou acordo de cooperação transitória no setor de varejo (Movimento Nós), que tem sido considerado o *leading case* para apreciação de novas propostas de cooperação entre concorrentes durante o período pandêmico, ressalvadas, evidentemente, as particularidades de cada setor.⁶⁸

⁶¹ Nesse sentido, de acordo com informações publicamente disponíveis, foram identificados 4 acordos *codeshare* celebrados no segundo semestre de 2020: (i) Azul-Latam; (ii) Gol-Avianca; (iii) Gol-Alitalia; e (iv) Latam Brasil-Latam Colômbia.

⁶² Proposta de *joint venture* entre Delta e Latam. Apesar das partes alegarem que a JV faz parte de um contexto maior de reestruturação comercial cuja aprovação pelo CADE independeria da Covid-19, parte relevante das discussões no âmbito deste caso disse respeito aos efeitos da pandemia no setor aéreo.

⁶³ **Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Transat by Air Canada.** Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_934. Acesso em: 23 dez. 2020.

⁶⁴ Sem aval do Cade, companhias aéreas desistem de compartilhar voos e venda de bilhetes. **Valor Econômico**, 13 mai. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/sem-aval-do-cade-companhias-aereas-desistem-de-compartilhar-voos-venda-de-bilhetes-24422263>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁶⁵ Malha aérea durante crise atenderá capitais e outras 19 cidades. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/03/27/malha-aerea-durante-crise-atendera-capitais-e-outras-19-cidades.ghtml>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁶⁶ **Flexibilização da regra de uso de slots é estendida para próxima temporada de coordenação**, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/flexibilizacao-da-regra-de-uso-de-slots-e-estendida-para-proxima-temporada-de-coordenacao>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁶⁷ Nesse sentido, ver **webinar Cooperação entre concorrentes, mudanças legislativas e o papel do CADE em tempos de crise**, realizado em 29.05.2020. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=KCwVZuRIJXo&feature=youtu.be>.

⁶⁸ Em linhas gerais, a nota aponta que as estratégias que envolvam colaboração entre empresas devem ter escopo delimitado para tratar de um problema específico decorrente da crise, com a demonstração de que os resultados esperados não poderiam ser alcançados sem a colaboração. As estratégias devem delimitar a duração e o território ao estritamente necessário para que os resultados sejam alcançados.

Conclui-se, portanto, que a crise econômica de Covid-19 representa um problema sobretudo na demanda por serviços aéreos, enquanto componentes de custo e condições de oferta foram afetados indiretamente, justamente em razão da retração na demanda. Além disso, o CADE tem manifestado postura conservadora desde o início do surto, no sentido de que permaneceria vigilante em relação a práticas e operações anticompetitivas, o que tem sido uma tendência das autoridades antitruste em todo o mundo (salvo em casos extremamente pontuais).

Diante desse contexto, e considerando que os acordos de *codeshare* mencionados anteriormente não atraem, a princípio, a jurisdição do CADE,⁶⁹ a análise sobre em que medida a abordagem tradicional do CADE se curvou aos desafios da pandemia será feita à luz do estudo de caso do ato de concentração Delta-Latam.⁷⁰

III. REVISÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO DELTA-LATAM

III.i A OPERAÇÃO SEGUNDO AS PARTES

De acordo com o formulário de notificação⁷¹, a operação configurou proposta de *joint venture agreement* (JVA) com neutralidade de metal entre a Delta e a Latam (as Partes), envolvendo seus serviços de transporte aéreo e de cargas entre Estados Unidos e Canadá, de um lado, e Brasil, Chile, Colômbia, Paraguai, Peru e Uruguai do outro. As Partes alegaram que o JVA seria o segundo passo para o estabelecimento de uma aliança estratégica entre as empresas, cujo primeiro passo foi dado na aquisição, pela Delta, de 20% das ações emitidas pela Latam, aprovada pelo CADE em 19 de março de 2020.⁷²

Com relação à racionalidade econômica da operação, as partes alegaram que a parceria iria (i) aprimorar significativamente a habilidade das empresas competirem efetivamente nas rotas entre os Estados Unidos e América do Sul, complementando as lacunas existentes na rede das empresas; (ii) estabelecer e maximizar os benefícios aos consumidores por meio de parceiras internacionais na forma de *joint ventures* – de modo a aumentar a competição em relação a concorrentes mais relevantes para os consumidores sul-americanos (iii) aprimorar a habilidade das

⁶⁹ Cf. nota de rodapé 65.

⁷⁰ Apesar das Requerentes alegarem que o AC faz parte de um conjunto anterior e independente de aquisições, as discussões no âmbito deste AC têm sido preponderantemente acerca dos desafios da Covid-19 no setor aéreo.

⁷¹ Documento SEI nº 0779609.

⁷² Cf. Ato de concentração nº 08700.006045/2019-21.

empresas acessarem *hubs* e portões de entrada em São Paulo, Santiago, Lima e Bogotá; e (iv) permitir uma expansão significativa das operações em Miami, oferecendo uma concorrência mais direta à American Airlines neste importante portão de entrada para voos oriundos da América do Sul – o qual alegaram ser dominado pela American Airlines há anos; além de (v) gerar uma infinidade de sinergias por meio da parceria, incluindo melhores práticas de compartilhamento de lucro, otimização de frota, redução de custos em serviços em solo e custos de manutenção, compras conjuntas, vendas conjuntas e *redesign* de seus sistemas de TI.

As Partes adotaram a abordagem O&D tradicional para definir o mercado relevante, alegando que a análise do CADE deveria focar na sobreposição da rota GRU-JFK como o mercado relevante afetado pela operação. Além disso, apresentaram rotas em que haveria sobreposição horizontal direta/indireta, considerando aquelas em que pelo menos uma das Partes opera voos diretos e a outra opera um voo indireto que adicione até 5 (cinco) horas em relação ao voo direto⁷³, alegando que essa dinâmica evidenciaria a complementaridade entre as redes/rotas.

No que tange à possibilidade e probabilidade de exercício de poder de mercado nas rotas com sobreposição, as Partes alegam que, apesar dos altos índices HHI observados, os aeroportos envolvidos possuem baixas barreiras à entrada, devido à onda de privatização de aeroportos e ao acordo *open skies* recentemente promulgado em junho de 2018 entre Brasil e Estados Unidos; e altos níveis de rivalidade, sobretudo em razão do perfil turismo atendido pelas rotas e da observação de entradas recentes.

Por fim, especificamente sobre os efeitos econômicos da pandemia, as Partes destacaram o impacto adverso que a Covid-19 causou no mercado de transporte aéreo de passageiros, alegando que seria muito difícil prever, naquele momento, os impactos exatos da pandemia na indústria aérea e como o setor se recuperará desse cenário negativo, razão pela qual a criação da aliança estratégica seria ainda mais relevante, na medida em que ajudaria as duas empresas a superar essa crise da melhor maneira possível, requerendo a aprovação sem restrições da operação.

III.ii RECOMENDAÇÃO DE APROVAÇÃO SEM RESTRIÇÕES PELA SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE (SG)⁷⁴

⁷³ MIA-GRU, MCO-GRU, JFK-GIG e BOS-GRU.

⁷⁴ Parecer n° 14/CGAA4/SGA1/SG/CADE.

A SG ponderou que, em todos os mercados relevantes considerados, as Partes permaneceram, em conjunto, detentoras de participações de mercado significativas – acima de 20% para todos os mercados relevantes de transporte de passageiros. Além disso, as concentrações medidas pelo índice HHI foram todas superiores a 2.000 pontos e as variações do HHI foram igualmente elevadas, sempre superiores ao patamar de 100 pontos, o que ensejou aprofundamento da análise em todos os pares O&D.

Na análise de probabilidade de exercício de poder de mercado, a SG avaliou, quanto à entrada, que há restrições de infraestrutura e regulatórias nas rotas afetadas pela operação, porém tais barreiras não se mostraram intransponíveis. Neste ponto, a SG considerou que foram observadas entradas recentes nas rotas, por mais que GRU e JFK sejam classificados como aeroportos nível 3 (em que haveria restrições de *slots*), além de que dados da Anac demonstraram haver *slots* disponíveis em GRU e que EWR, aeroporto de nível 2 (sem restrição de *slots*), seria substituto viável do JFK. Outro ponto valorado positivamente foi o recente acordo de *open skies* celebrado entre Brasil e Estados Unidos, que também mitigaria as preocupações concorrenciais. Por fim, avaliou que há muita incerteza em relação ao futuro do setor aéreo com o impacto da pandemia do Covid-19, fator que dificulta a previsão de entrada de futuras empresas nesse mercado.

Quanto à existência de rivalidade, a SG avaliou o impacto da pandemia nas rotas entre Brasil e Estados Unidos e que, somado à incerteza quanto ao futuro, reforçaria a ausência de probabilidade de exercício de poder de mercado em rotas entre Brasil e Estados Unidos em decorrência da Operação. Além disso, as rotas com sobreposição atenderiam preponderantemente clientes de perfil turismo, o que enseja maior substituíbilidade entre voos diretos e indiretos, aumentando a pressão competitiva que as rotas enfrentam.

Concluiu, portanto, que condições de entrada e rivalidade, aliadas à conjuntura do setor, indicaram ausência de probabilidade de exercícios de poder no mercado de transporte aéreo de passageiros, recomendando a aprovação sem restrições da operação.

III.iii AVOCAÇÃO PELO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DO CADE

A despeito das conclusões da SG, a Conselheira Lenisa Prado requereu a avocação do ato de concentração em 5/10/2020⁷⁵ sob fundamento de que, ainda que a crise causada pela pandemia de Covid-19 gerasse impacto significativo no mercado e que o histórico do setor aéreo apontasse para retomadas geralmente lentas, tudo indicava que o fim da pandemia permitiria a recuperação do setor.

Logo, sugeriu que deveria haver certo cuidado na aprovação de um contrato de longo prazo, principalmente levando em conta que este tem efeitos estruturais sobre o setor, remetendo aos direcionamentos da Nota Informativa Temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de Covid-19. Neste ponto, a Conselheiro demonstrou preocupação de que, caso o CADE estivesse diante de proposta de acordo de cooperação entre concorrentes, deveria avaliar com cautela os impactos concorrenciais desta estratégia, especialmente considerando um cenário de funcionamento normal do mercado, sob pena de convalidar estruturas pouco competitivas que possibilitariam o abuso de poder econômico quando o setor retornasse às condições normais de deslocamento e demanda.

Particularmente sobre a análise conduzida pela SG, a Conselheira apontou para os altos níveis HHI e Δ HHI identificados na grande maioria dos mercados relevantes afetados pela operação, existindo, inclusive, nexos de causalidade entre a concentração observada e a operação proposta. Nesse sentido, indicou que o movimento de consolidação do setor aéreo por meio de alianças tem levantado preocupações concorrenciais no mundo todo. Na operação em análise, o impacto seria significativo no transporte aéreo de pessoas entre a América do Sul e os Estados Unidos, o que a Conselheira considerou relevante a ponto de solicitar que o Tribunal aprofundasse a análise e colhesse mais elementos para examinar o ato de concentração.

A Conselheira também remeteu ao JBA entre Latam, IAG e British (AC 08700.004211/2016-10), operação que considerou análoga ao AC Delta-Latam, em que foram analisados pontos aparentemente inexplorados pela SG.⁷⁶

⁷⁵ Despacho Decisório nº 24/2020/GAB1/CADE (SEI nº 0813447).

⁷⁶ Especificamente, a Conselheira ponderou que: (i) ainda que se considere a existência de *slots* em Guarulhos, não há informações sobre a existência de slots nos aeroportos do Galeão, nos EUA e no México; (ii) não houve aprofundamento sobre a escala mínima viável para eventuais novos entrantes, nem sobre a suficiência e tempestividade da entrada; (iii) quanto à restrição regulatória, o Decreto nº 9423 de 2018 designa como “Empresa aérea de uma Parte”, e portanto beneficiária do Acordo, a “empresa aérea que detenha um Certificado de Operador Aéreo (AOC) emitido por aquela Parte e tenha sua matriz no território daquela Parte”. Como se vê, tal definição impede que se considere como possíveis entrantes empresas que não possuam o Certificado referido e nem a sua matriz no Brasil ou nos EUA. Não está claro, portanto, quais as empresas, possíveis entrantes, que estariam abarcadas pelo Decreto nº 9423 de 2018; (iv) com relação à rivalidade, não há esclarecimento sobre se os rivais existentes operam voos diretos ou indiretos,

No mesmo sentido, lembrou que o AC Latam-IAG-British foi aprovado mediante celebração de acordo em controle de concentrações, que envolveu remédios relacionados à cessão de *slots* em aeroportos congestionados, além de remédios comportamentais referentes à formalização de acordos *interlining* com potenciais entrantes e manutenção/expansão das condições comerciais observadas antes da operação em rotas que apresentaram potenciais problemas concorrenciais.

Com base nesses fundamentos, a Conselheira requereu a avocação do ato de concentração para que o Tribunal do CADE aprofundasse a análise dos pontos levantados, o que foi posteriormente referendado pelos demais membros do Tribunal.

III.iv RESPOSTA DAS PARTES

Após o despacho de avocação proferido pela Conselheira Lenisa Prado, as Partes apresentaram, em 11/01/2021⁷⁷, novos memoriais contestando os fundamentos do despacho de avocação.

Especificamente no que tange à influência da pandemia sobre a operação proposta, as Partes alegaram ausência de nexo de causalidade entre o acordo proposto e a crise gerada pela pandemia. Nesse sentido, argumentaram que (i) a aliança entre Delta e Latam teria iniciado vários meses antes do início da pandemia e, principalmente, (ii) que a pandemia não teria sido o fundamento principal do despacho de aprovação exarado pela SG, mas sim a ausência de preocupações concorrenciais oriundas da operação.

Por fim, as Partes rebateram os demais fundamentos do despacho de avocação, ressaltando as eficiências do acordo proposto e direcionando a análise para os elementos concorrenciais tradicionalmente avaliados pelo CADE, estrategicamente retirando a pandemia do centro das discussões.

III.v APROVAÇÃO SEM RESTRIÇÕES PELO TRIBUNAL DO CADE

frequência dos voos, se possuem capacidade para absorver a demanda, ou mesmo se poderiam aumentar a capacidade, em caso de eventuais aumentos de preços.

⁷⁷ SEI nº 0852830.

De acordo com o voto do Conselheiro-relator, Luis Braido,⁷⁸ a análise conduzida pela SG a respeito das barreiras à entrada, mais especificamente sobre a escala mínima viável necessária para um potencial competidor efetivamente concorrer no mercado, chegou à equivocada conclusão de que o mercado de transporte aéreo possui especificidades que dificultariam a análise das condições de entrada. Na realidade, o Conselheiro Brado apontou que seria necessário desenvolver metodologia específica para identificar a escala mínima viável para novos entrantes no mercado de transporte aéreo, especialmente a partir de uma projeção da demanda para voos internacionais nos anos seguintes, o que, conforme alegado pelas Partes e reconhecido pelo relator, restou incerta em decorrência da pandemia Covid-19.

Na sequência, o Conselheiro tornou a análise para aspectos que tradicionalmente são considerados pelo CADE, especialmente (i) ausência de barreiras regulatórias, (ii) existência de voos indiretos que exercem pressão competitiva (iii) ausência de barreiras de infraestrutura aeroportuária e (iv) especificidades de rotas *hub-to-hub*.⁷⁹

Concluiu, por fim, pela aprovação da operação sem restrições, o que foi acompanhado pela unanimidade do Tribunal.

IV. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O ATO DE CONCENTRAÇÃO DELTA-LATAM

A partir das discussões apresentadas nos capítulos anteriores, pode-se extrair que, no formulário de notificação, as Partes buscaram inserir a operação no contexto da pandemia de Covid-19 com o objetivo de alegar que, com a aprovação do acordo, as empresas teriam condições mais favoráveis para enfrentar os efeitos adversos da pandemia.

A abordagem da SG perante o argumento da pandemia seguiu lógica semelhante. Como se extrai do parecer que recomendou a aprovação sem restrições do acordo, a SG considerou que as incertezas relacionadas à pandemia mitigariam a probabilidade de exercício de poder de mercado, na medida em que seria difícil prever a escala mínima viável para que um competidor pudesse efetivamente exercer pressão competitiva nas rotas afetadas pela *joint venture*.

⁷⁸ SEI nº 0871436.

⁷⁹ Em razão do recorte metodológico do presente artigo, não convém aprofundar na análise de todos os fundamentos utilizados pelo Conselheiro Luis Braido, na medida em que não dizem respeito, especificamente, a questões relacionadas à pandemia, que é o objeto de estudo proposto.

Por outro lado, é evidente que o Tribunal do CADE adotou, a princípio, postura mais conservadora do que a SG, na medida em que avocou o ato de concentração para ampliar algumas discussões não endereçadas pela análise da superintendência. Nesse contexto, o argumento da pandemia se tornou problemático na medida em que o despacho de avocação exarado pela Conselheira Lenisa Prado sinalizou um alerta do CADE contra uma possível flexibilização do rigor da análise concorrencial no contexto pandêmico.

Diante dessa sinalização, nota-se que as Partes buscaram estrategicamente dissociar a operação do contexto pandêmico. Diversas foram as manifestações das Partes alegando a ausência de nexos causal entre a crise causada pela pandemia e a proposta do acordo de colaboração.

Essa estratégia foi bem-sucedida, em certa medida, uma vez que as discussões observadas no âmbito do Tribunal Administrativo, em especial no voto-condutor relatado pelo Conselheiro Braidó, focaram em variáveis concorrenciais tradicionalmente ponderadas pelo CADE na jurisprudência que enfrentou o mercado de transporte aéreo de passageiros, praticamente desconsiderando as questões relacionadas à pandemia. Em outras palavras, as Partes conseguiram dissociar a operação de uma reação direta à pandemia, o que, poderia ter o efeito de elevar o rigor por parte do Tribunal.

Portanto, a partir das discussões identificadas durante a análise do ato de concentração Delta-Latam, não foi possível identificar alterações significativas na análise do CADE em razão dos argumentos relacionados à pandemia de Covid-19. As incertezas relacionadas ao choque econômico da crise foram ponderadas durante a etapa de análise de probabilidade de exercício de poder de mercado, especificamente como um elemento para calcular a escala mínima viável de potenciais competidores. Contudo, além de ter sido considerada uma variável de difícil constatação por conta das incertezas da pandemia, esta não foi a razão principal para a aprovação do ato de concentração, e nem um argumento central que levantou preocupações ao Tribunal do CADE.

CONCLUSÃO

A pandemia de Covid-19 trouxe uma série de desafios para a manutenção da qualidade da política antitruste diante de alterações nas condições de mercado e estratégias empresariais. Nesse sentido, a crise da Covid-19 é o tipo de choque econômico que aumenta o risco de as empresas enfrentarem escrutínio antitruste durante os anos que o seguem.

Especificamente no Brasil, o CADE se posicionou publicamente no sentido de estar atento aos desafios econômicos trazidos pela pandemia e seus reflexos no ambiente concorrencial, e que não alteraria sua abordagem tradicional de maneira excessivamente permissiva.

Diante disso, o presente artigo se propôs a avaliar a postura do CADE diante dos desafios jurídicos e econômicos trazidos pela Covid-19, a partir do estudo de caso do setor aéreo – um dos mais afetados pela pandemia. O caso identificado foi o ato de concentração Delta-Latam, notificado ao CADE no contexto da pandemia e que ponderou de maneira direta e explícita a questão da pandemia enquanto fator de análise dos efeitos concorrenciais da operação proposta.

A partir das discussões observadas no ato de concentração Delta-Latam, concluiu-se que, apesar do Tribunal Administrativo do CADE ter sinalizado postura conservadora ao avocar o ato de concentração Delta-Latam para aprofundar a análise sobre seus efeitos concorrenciais, não foram identificadas alterações significativas na análise concorrencial em razão dos argumentos relacionados à pandemia de Covid-19.

Em outras palavras, a partir das discussões identificadas durante a análise do ato de concentração Delta-Latam, não foi possível identificar alterações significativas na análise do CADE em relação à análise tradicionalmente conduzida no contexto de acordos de cooperação no mercado de transporte aéreo de passageiros., tanto porque a pandemia não foi considerada elemento que dificultaria a análise da escala mínima viável de potenciais competidores, tanto porque as Partes conseguiram emplacar a estratégia processual de dissociar o acordo proposto de uma reação direta à pandemia, o que poderia ter elevado o alerta do CADE em aprovar a operação.

REFERÊNCIAS

ADVOGADOS, Fenelon. **Art. 181 do CBA – Capital Estrangeiro. Brasília**, 20 nov. 2020. LinkedIn: fenelonadvogados. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:6733353630763622400/>>.

ARAÚJO, Gabriel. GOL anuncia a retomada do acordo de codeshare com a Alitalia, **Economia IG**. 11 nov. 2020. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/colunas/contato-radar/2020-11-11/gol-anuncia-a-retomada-do-acordo-de-codeshare-com-a-alitalia.html>>.

Azul e Latam começam a operar 35 voos compartilhados. **Valor Econômico**. 12 ago. 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/08/12/azul-e-latam-comecam-a-operar-35-voos-compartilhados.ghtml>>.

BRASIL. ANAC. Agência Nacional de Aviação Civil. **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 338, de 22 de julho de 2014**. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2014/resolucao-no-338-de-22-07-2014-1#:~:text=Ementa%3A,sobre%20os%20aeropostos%20de%20interesse.>>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, 01 nov. 2011. Seção 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>.

BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. Brasília: Ministério da Justiça, dez. 2017.

Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>.

BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do CADE**. Brasília: CADE, mai. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf>>.

BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: CADE, dez. 2017, p. 45. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>.

BRASIL. CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Remédios Antitruste**. Brasília: Ministério da Justiça, out. 2018, p. 7. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view>.

BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08700.004155/2012-81**. Requerentes: Azul S.A. e Trip Linhas Aéreas S.A.. Julgado em 06 fev. 2013. Aprovado com restrições.

BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.009497/2010-84**. Requerentes: Tam S.A e Latam Airlines S.A. Julgado em 14 nov. 2011. Aprovado com restrições.

BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08700.004211/2016-10**. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. e British Airways Plc. Julgado em 14 mar. 2017. Aprovado com restrições.

BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.003267/2007-14**. Requerentes: GTI S.A e VRG Linhas Aéreas S.A.. Julgado em 26 nov. 2008 (embargos de declaração). Aprovado com restrições.

BRASIL. CADE. Tribunal Administrativo do CADE. **Ato de concentração ordinário nº 08012.008378/2011-95**. Requerentes: VRG Linhas Aéreas S.A. Webjet Linhas Aéreas S.A.. Julgado em 10 out. 2012. Aprovado com restrições.

CGI. Competition Commission of India. **Advisory to Businesses in Time of COVID-19**, 19 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.cci.gov.in/node/5088>>.

CMA acts to protect competition on UK-US airline routes, 17 set. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/news/cma-acts-to-protect-competition-on-uk-us-airline-routes>>.

CNT. Confederação Nacional do Transporte. **Transporte e Economia: Transporte Aéreo de Passageiros**. Brasília, DF, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://cnt.org.br/pesquisas>>.

COASE, R. H. The Nature of the Firm. **Economica**, n. 4, nov. 1937. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1506378>>.

Cooperação entre concorrentes, mudanças legislativas e o papel do CADE em tempos de crise, *webinar* realizado em 29.05.2020. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=KCwVZuRIJXo&feature=youtu.be>>.

CPI. **Competition Policy International. Up in the Air: Airlines and Competition Policy in Times of COVID-19**, 28 jul. 2020. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/up-in-the-air-airlines-and-competition-policy-in-times-of-covid-19/#_ednref17>.

EASTERBROOK, Frank H. *The limits of antitrust*. Texas Law Review, Volume 63, N. 1, Agosto de 1984.

Flexibilização da regra de uso de slots é estendida para próxima temporada de coordenação, Agência Nacional de Aviação Civil. 14 jul. 2020. Disponível em:

<<https://www.anac.gov.br/noticias/2020/flexibilizacao-da-regra-de-uso-de-slots-e-estendida-para-proxima-temporada-de-coordenacao>>.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOL e Avianca estendem acordo de codeshare e aumentam benefícios para passageiros na Colômbia e no Brasil. Bogotá, 5 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.avianca.com/br/pt/sobre-nos/centro-de-noticias/noticias-da-avianca/parceria-gol-avianca/>>.

IATA. International Air Transport Association. **Air Passenger Market Analysis**, set. 2020. Disponível em: <https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/air-passenger-monthly-analysis---september-2020/>.

INDECOPI. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. **El indecopi precisa que acuerdos de colaboración para asegurar abastecimiento de productos durante emergencia son lícitos de acuerdo a la ley de libre competencia**, 22 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.indecopi.gob.pe/-/el-indecopi-precisa-que-los-acuerdos-de-colaboracion-para-asegurar-el-abastecimiento-de-productos-y-enfrentar-la-emergencia-del-covid-19-son-licitos-d>>.

KLEVMO, Erik Martinius; LANGSETH, Jan Magne. **The transport sector is exempted from Norwegian equivalent to Article 101 TFEU – "crisis cartels" in the wake of the covid-19 pandemic**, 20 mar. 2020. Disponível em: <<https://svw.no/en/insights/the-transport-sector-is-exempted-from-norwegian-equivalent-to-article-101-tfeu-crisis-cartels-in-the-wake-of-the-covid-19-pandemic>>.

Latam Brasil e Latam Colômbia anunciam acordo de 'codeshare' com Aeroméxico. **Estadão Conteúdo**. 4 nov. 2020. Disponível em: <<https://istoe.com.br/latam-brasil-e-latam-colombia-anunciam-acordo-de-codeshare-com-aeromexico/>>.

MANKIWI, Gregory. **Principles of Microeconomics**. 8. ed. Harvard: Cengage, 2016.

Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Transat by Air Canada. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_934. Acesso em: 23 dez. 2020.

OECD. Organization for Economic Cooperation and Development. **Background Paper on Airline Competition.** Paris: OCDE, 2014, Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En)

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. **Direito concorrencial.** São Paulo: Saraiva, 2015

RANA & Co, S.S.. **COVID-19 and New Exemptions Under the Antitrust Laws - A Global Review**, 10 jun. 2020. Disponível em: <https://iclg.com/briefing/13286-covid-19-and-new-exemptions-under-the-antitrust-laws-a-global-review>.

RODRIGUES, Eduardo Frade. **O direito societário e a estruturação do poder econômico.** São Paulo: Singular, 2016.

Sem aval do Cade, companhias aéreas desistem de compartilhar voos e venda de bilhetes. **Valor Econômico**, 13 mai. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/sem-aval-do-cade-companhias-aereas-desistem-de-compartilhar-voos-venda-de-bilhetes-24422263>.

VASIGH, B., FLEMING, K., TACKER, T. **Introduction to air transport economics: from theory to applications.** 2ª ed. Farnham: Ashgate.

WEISS, Leonard W. The Structure-Conduct-Performance Paradigm and Antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 127, abr./1979. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3311794>. Acesso em 23 nov. 2020.

WERDEN, Gregory J. **Why ever define markets? An answer to Professor Kaplow**, 13 fev. 2012, Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004655#:~:text=Werden-Gregory,Werden&text=Professor%20Louis%20Kaplow%20has%20argued,power%20or%20evaluating%20competi

tive%20effects.&text=Most%20importantly%2C%20market%20delineation%20separates,from%20those%20in%20t
he%20background.>.

ORÇAMENTO IMPOSITIVO: ANÁLISE DA VIABILIDADE DE PLATAFORMA TECNOLÓGICA PARA INDICAÇÃO DE EMENDAS PARLAMENTARES DE EXECUÇÃO OBRIGATÓRIA AO ORÇAMENTO DA UNIÃO ¹

Maisa de Souza Moreira²

RESUMO

O presente trabalho buscou apresentar as recentes mudanças no Orçamento da União, com foco nas Emendas Parlamentares de Execução Obrigatória. O objetivo central do trabalho foi analisar a viabilidade de plataforma tecnológica para indicação de Emendas Parlamentares e alocação de recursos públicos considerando a prioridade de cada ente local. Adotou-se como metodologia de pesquisa a análise documental e pesquisa bibliográfica. Por meio da compreensão das modalidades de transferências de recursos da União e das principais mudanças no orçamento desde o advento do orçamento impositivo, constatou-se a necessidade de maior acompanhamento da efetividade das emendas parlamentares, bem como analisar a viabilidade política, de incentivos e instrumental da utilização de uma plataforma tecnológica que intermediará a submissão das demandas municipais para análise e decisão da destinação de emendas parlamentares. Concluiu-se que a utilização de uma plataforma de integração entre as demandas municipais e os objetivos dos parlamentares atenderá as necessidades públicas com eficiência e efetividade perante a população.

Palavras-chave: Orçamento Impositivo; Emendas Parlamentares Obrigatórias; Governo Digital; TCU; Plataformas Tecnológicas

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Conclusão de Curso, da Especialização em Políticas Públicas, Gestão e Controle da Administração.

² Graduada em Gestão Pública, especialista em Políticas Públicas, Gestão e Controle da Administração.

**MANDATORY BUDGET: ANALYSIS OF THE VIABILITY OF A
TECHNOLOGICAL PLATFORM FOR INDICATING PARLIAMENTARY
AMENDMENTS FOR MANDATORY IMPLEMENTATION TO THE FEDERAL
BUDGET**

ABSTRACT

This article aims to introduce the recent changes in the Brazilian Federal Budget, with a focus on the Mandatory Execution Parliamentary Amendments. The main objective was to analyze the viability of a technological platform to indication of Parliamentary Amendments and allocation of public resources considering the priority of each local entity. Document analysis and bibliographic research were adopted as research methodology. It is possible to conclude that the use of an integration platform between municipal demands and the objectives of parliamentarians can efficiently aggregate their interests and public needs.

Keywords: Mandatory Budget; Parliamentary Amendments; Digital Government; Technological Platforms

INTRODUÇÃO

A destinação de recursos financeiros oriundos de emendas parlamentares – instrumentos pelos quais permitem ao parlamentar destinar recursos do projeto de Lei Orçamentária – sofreu mudanças significativas nos últimos seis anos. Com o advento Emenda Constitucional (EC) 86/2015, que alterou os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal de 1988 (CF), as emendas parlamentares ao Orçamento Geral da União se tornaram impositivas, isto é, se tornou obrigatória a execução orçamentária e financeira das emendas individuais ao projeto de lei orçamentária, no limite de 1,2% da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, devendo metade desse percentual ser destinado a ações e serviços públicos de saúde.

Outra modificação importante ao orçamento público foi feita com a promulgação da EC 100/2019, que também torna obrigatória a execução da programação orçamentária proveniente de emendas de bancada de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal ao Orçamento da União, até o valor limite de 1% da receita corrente líquida realizada no exercício anterior. Além disso, a EC 100/2019 incluiu o §10 ao Artigo 165 da CF, que estabelece o dever da administração de executar as programações orçamentárias para garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade.

Ante o exposto, dois tipos de emendas se tornaram de execução obrigatória: individuais – de autoria de cada senador ou deputado, e de bancada – emendas coletivas e de autoria das bancadas estaduais e regionais.

Ademais, com o advento da EC 105/2019, que acrescentou o art. 166-A à CF para autorizar a transferência de recursos da União às demais entidades federativas por meio de transferência especial, modificou, assim, as possibilidades de transferências de recursos parlamentares. Nessa nova modalidade, os recursos poderão ser repassados diretamente ao ente, independentemente de celebração de convênio ou de instrumento congêneres, transferindo também o controle para o sistema de fiscalização financeira ao ente beneficiário e maior discricionariedade e liberdade no uso por parte do receptor da transferência.

Com a sanção da Lei Orçamentária Anual de 2021, será obrigatória a execução de 9,7 bilhões de reais de emendas parlamentares individuais e 7,3 bilhões de reais de emendas das 27 bancadas³, ressalvadas as emendas com impedimento técnico, conforme previsto no Art. 166,

³ Valores disponíveis em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>

§13, da CF: “As programações orçamentárias previstas nos §§ 11 e 12 deste artigo não serão de execução obrigatória nos casos dos impedimentos de ordem técnica”. Sendo metade das emendas individuais destinadas às ações e serviços públicos de saúde, segundo a CF.

Em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), com o objetivo de analisar a aderência e efetividade dos resultados de investimentos às políticas públicas com recursos oriundos de emendas parlamentares individuais impositivas nos anos de 2014 a 2017, verificou-se que não existe instrumento suficiente para apresentar prioridades e orientações para alocação desses recursos por parte do Poder Legislativo, ocasionando favorecimentos indevidos a regiões não prioritárias, bem como a destinação de recursos a localidades que demandavam soluções estruturais prévias, gerando, assim, impedimentos de ordem técnica, por razões diversas, além de desperdício de recursos públicos.

Logo, considerando esse cenário apontado pelo TCU, no qual a ausência de instrumentos que estabelecem o grau de prioridades para alocação de recursos prejudica a sua eficiência, transparência e monitoramento, por parte do parlamentar, dos órgãos fiscalizadores e da sociedade, imagina-se como oportuno estudar a viabilidade da elaboração de uma plataforma tecnológica, na qual as informações referentes às demandas dos municípios seriam disponibilizadas previamente ao parlamentar para fins de avaliação de sua prioridade como destinatário de emendas parlamentares, em especial considerando as inovações ao texto constitucional.

Para tanto, o presente artigo está estruturado da seguinte forma, na primeira seção será abordado o atual modelo de transferências de recursos da União, tanto pela ótica normativa como pela operacional e prática desses instrumentos; na seção seguinte será elencado as principais mudanças no orçamento desde o advento do orçamento impositivo, bem como serão apresentadas as conclusões do Relatório de Auditoria do TCU (Acórdão 2704/2019/Plenário) acerca da efetividade das emendas parlamentares conforme os objetivos de sua destinação e as demandas apresentadas pelos entes municipais, bem como a iniciativa de inovação na destinação de recursos de emendas parlamentares pela Plataforma Liberta Minas e outras iniciativas, que oferecem algumas alternativas aos apontamentos críticos realizados pelo TCU. Na terceira seção será analisada a viabilidade política e instrumental da utilização de uma plataforma tecnológica que intermediará a submissão das demandas municipais para análise e decisão da destinação de emendas parlamentares; e o quarto - e último - capítulo consistirá nas considerações finais da presente pesquisa.

1 TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS DA UNIÃO

Os repasses de recursos da União a outros entes federativos podem ser classificados em três modalidades: a) Transferências Constitucionais; b) Transferências Legais; c) Transferências Voluntárias.

1.1 TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

As Transferências Constitucionais, previstas no artigo 212 da Constituição Federal de 1988, constituem a partilha dos tributos arrecadados pela União com os estados, o Distrito Federal e os Municípios. Entre as principais transferências previstas, destacam-se o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados.

1.2 TRANSFERÊNCIAS LEGAIS

Disciplinadas por leis específicas que determinam a forma de habilitação, transferência e aplicação de recursos, as Transferências Legais podem ocorrer de forma não vinculada a um fim específico, onde o ente federativo receptor possui discricionariedade em definir a despesa do recurso repassado.

Por outro lado, as Transferências Legais também podem ocorrer na modalidade vinculada a um fim e despesa específicos, e, nesse caso, são subdivididas em Transferências Automáticas, Transferências Fundo a Fundo e Transferências Diretas ao Cidadão.

As Transferências Automáticas são aquelas que não se submetem a qualquer requisito por parte da entidade receptora, não se sujeitando também à realização de convênios ou quaisquer espécies de ajustes, ou seja, os recursos são repassados diretamente mediante depósito em conta corrente específica em nome do beneficiário sem a necessidade de instrumentos de formalização, como ocorre em alguns programas educacionais - Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE).⁴

⁴ Nesse sentido ver: DALLAVERDE, Alexandra Katia; CONTI, José Maurício. As transferências voluntárias no modelo constitucional brasileiro. 2016. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

As Transferências Fundo a Fundo também são feitas diretamente, sem a necessidade de formalização de convênios ou instrumentos congêneres, porém os repasses ocorrem de um fundo para outro e são disciplinados por meio de lei específica. Podem ocorrer do fundo nacional para fundos estaduais ou municipais, como ocorre através do Fundo Nacional de Saúde (FNS), para descentralizações de recursos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e também podem ocorrer de fundos estaduais para municipais.

Por fim, vale mencionar as Transferências Diretas ao Cidadão, como o Programa Bolsa Família, cujo recursos são repassados, mensalmente, diretamente ao cidadão - população-alvo do programa. Desse modo, fica incumbido ao município o cadastro junto ao programa do Governo Federal, bem como sua operacionalização e manutenção.

1.3 TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS

As Transferências Voluntárias foram constituídas na Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme previsto no caput do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)⁵,

Entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

Assim, conforme a cartilha "Convênios e outros repasses" do TCU⁶, as Transferências Voluntárias são os recursos financeiros repassados pela União a Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades privadas sem fins lucrativos, em decorrência da celebração de convênios, contratos de repasse, termos de parceria, termos de colaboração e termos de fomento, para a realização de obras e/ou serviços de interesse comum e que não se origine de determinação constitucional ou legal, ou destine-se ao Sistema Único de Saúde (SUS).

O convênio é a forma de transferência voluntária de recursos financeiros de dotações orçamentárias registrados nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União. Conforme conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷:

⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm

⁶ Disponível em: <http://plataformamaisbrasil.gov.br/ajuda/manuais-e-cartilhas/convenios-e-outros-repasses-5-edicao-tcu>

⁷ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 289.

o convênio pode ser definido como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.

Portanto, por meio do convênio executa-se projeto, atividade, serviço e aquisição de bens previstos em programas de governo, sob cooperação mútua entre, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta - chamado concedente, e, do outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou entidades privadas sem fins lucrativos - a este dá-se o nome de convenente.

No Contrato de Repasse, instrumento contratual de transferência voluntária entre concedentes e convenentes, utiliza-se a intermediação de instituições ou agentes financeiros oficiais federais, como por exemplo a Caixa Econômica Federal, para atuar como mandatária da União na execução e fiscalização das transferências, atuando em cooperação com órgão concedente.

Ademais, conforme instituído pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, no art. 9º⁸, há o Termo de Parceria, o qual consiste no:

instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público.

São essas, portanto, as principais ferramentas, medidas e instrumentos previstos para repasse de recursos pela União aos Entes Federativos, os quais, conforme detalhado, seguem a sua própria sistemática.

2 ORÇAMENTO IMPOSITIVO: EMENDAS PARLAMENTARES DE EXECUÇÃO OBRIGATÓRIA

O ciclo orçamentário inicia-se com a elaboração do Plano Plurianual (PPA), que, juntamente com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LOA) e a Lei Orçamentária da União (LOA), formam as principais leis que regem o ciclo orçamentário do país.

O planejamento orçamentário de médio prazo do governo é elaborado a partir do PPA, podendo ser revisado a cada ano, preparado a partir do primeiro ano de mandato do chefe do poder executivo, é o documento onde se define as prioridades de gestão para a execução das

⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm

políticas públicas, bem como as diretrizes, objetivos e metas para a administração pública para o período de quatro anos. A partir do PPA é feita a elaboração da LDO, onde se define as metas e prioridades do governo no curto prazo, anual. A LDO, portanto, tem a função de, entre outras, traçar regras e limites para as despesas dos Poderes e estabelecer as regras que deverão ser observadas na LOA para atingir as metas do PPA.

Por meio da Lei Orçamentária Anual, são estabelecidos os Orçamentos da União, estimadas as receitas e fixadas as despesas para o exercício financeiro subsequente, nesse momento é concedido aos parlamentares a possibilidade de fazerem indicações de emendas ao orçamento.

2.1 EMENDAS PARLAMENTARES AO ORÇAMENTO DA UNIÃO

Os parlamentares podem utilizar como instrumento de propostas para aprimoramento ou alteração de matéria legislativa as emendas parlamentares, sujeitas à deliberação do Congresso Nacional, as quais são feitas ao Orçamento da União. Segundo o conceito do Senado Federal⁹,

são propostas por meio das quais os parlamentares podem opinar ou influir na alocação de recursos públicos em função de compromissos políticos que assumiram durante seu mandato, tanto junto aos estados e municípios quanto a instituições.

Assim, no momento de discussão do orçamento, os parlamentares podem realizar emendas com o intuito de modificar ou acrescentar programações orçamentárias do projeto de lei orçamentária enviado inicialmente pelo Poder Executivo. As emendas ao orçamento são divididas em quatro espécies: individual, de bancada, de comissão e de relatoria.

Com o advento do orçamento impositivo, instituído com a promulgação da Emenda Constitucional 86 em 2015, tornou-se obrigatória a execução de emendas parlamentares individuais - de autoria de apenas um parlamentar, até o limite de 1,2% da receita corrente líquida realizada no ano anterior, devendo metade do valor ser aplicado no setor de saúde. Cada parlamentar pode apresentar até 25 emendas individuais.

Além disso, em 2019, tornou-se obrigatória a execução de emendas parlamentares de bancada estadual, com a aprovação da EC 100. As emendas de bancada são propostas por um grupo de parlamentares do mesmo estado ou região.

⁹ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/emendas-ao-orcamento>

Outra mudança significativa no orçamento foi a aprovação da EC 105, que acrescenta o art. 166-A à CF para permitir a transferência direta de recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios sem vinculação a uma finalidade específica:

Art. 166-A. As emendas individuais impositivas apresentadas ao projeto de lei orçamentária anual poderão alocar recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios por meio de:

I - transferência especial; ou

II - transferência com finalidade definida

Ou seja, diferente de outrora, fica definida nova forma de transferência de recursos federais via emenda parlamentar, a transferência especial dispensa a apresentação de plano de trabalho, projeto e finalidade específica para sua execução, dessa forma, o recurso poderá ser repassado diretamente ao ente federado sem a necessidade de celebração prévia de convênio ou instrumento similar junto à União, podendo ser usado de forma discricionária, desde que aplicado pelo menos 70% em despesa de capital e em programações finalísticas das áreas de competências do ente beneficiado.

Por um lado, a transferência especial dispensa a burocracia e todos os trâmites necessários até que o recurso seja de fato executado, propiciando celeridade no repasse e discricionariedade para os gestores públicos destinarem em objetos de prioridade locais, ou da forma como avaliarem melhor.

Por outro lado, como entendeu o Ministério Público Federal à Proposta de Emenda à Constituição nº 48/2019 (transformada na EC 105) com a Nota Técnica nº 01/2019 – 5ª CCR¹⁰, o repasse direto, por dispensar instrumentos de controle, pode fragilizar a corrupção:

a proposta abranda o controle e a vigilância sobre a execução dos valores, que não mais estariam sujeitos à apreciação de órgãos federais atuantes no combate contra a malversação e desvio de verbas públicas. Sob a ótica dos parlamentares, a PEC visa a desburocratização do uso das verbas públicas em prol dos anseios da população, porém, tal argumento não fundamenta a redução de controle, ainda que sustente a agilidade no repasse de verbas a estados, DF e município.

Dessa forma, é evidente o aumento de independência, autonomia e discricionariedade do parlamentar e do ente beneficiário da destinação, aplicação e manejo do recurso oriundo da emenda parlamentar, o que enseja mais informações, ferramentas e medidas para alocação e fiscalização das emendas, tanto ao próprio parlamentar como da União, órgãos de controle e da sociedade em si.

¹⁰ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pec-que-preve-transferencia-direta-de-recursos-de-emendas-parlamentares-para-estados-df-e-municipios-fragiliza-o-combate-a-corrupcao>

2.2 DISTRIBUIÇÃO DE EMENDAS PARLAMENTARES

Exposto a garantia de execução das emendas parlamentares individuais através do Orçamento Impositivo e os atuais recursos de transferências, a distribuição das emendas parlamentares, como observado na prática, se tornou, ainda mais, uma ferramenta política importante, já que pode beneficiar aliados de forma rápida, livre de fiscalização federal e, conseqüentemente gerar vantagens eleitorais.

Resultados encontrados em outros trabalhos apontam que os parlamentares tendem a destinar emendas a municípios onde os prefeitos compartilham da mesma base eleitoral com o intuito de selar uma aliança entre os políticos, visto que o prefeito coligado ao parlamentar, ao receber a transferência de recursos da União, pode atuar como um *broker* político, ou seja, age como intermediador local que conecta o eleitor com o parlamentar, aumentando sua influência na região¹¹.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Nacional de Orçamento Público, publicada pelo Jornal Estadão¹², o valor de emendas repassadas em 2021, dos 393 parlamentares que utilizaram a transferência especial, mais que triplicou comparado com o valor de 2020, onde 137 deputados e senadores utilizaram essa forma de transferência. Além disso, o jornal publicou matéria onde foram apontados casos em que houve distribuição de emendas de deputados para municípios comandados por seus familiares.¹³

Diante dessa realidade, nem sempre os municípios beneficiários são os mais carentes de investimentos, diminuindo a qualidade da alocação de recursos públicos advindos de emendas parlamentares, o que reforça a importância de instrumentos para otimizar o modelo decisórios para destinação das emendas.

2.3 PRIORIZAÇÃO NA ALOCAÇÃO DE RECURSOS VIA EMENDA PARLAMENTAR

¹¹ Nesse sentido ver: BAIÃO, A. L.; COUTO, C. G. “A eficácia do pork barrel: a importância de emendas orçamentárias e prefeitos aliados na eleição de deputados”. *Opinião Pública*, Campinas, SP, v. 23, n. 3, p. 714–753, 2017. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8651196>. Acesso em: 2 ago. 2021

¹² Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,congresso-usa-emenda-cheque-em-branco-para-direcionar-r-2-bilhoes-sem-transparencia,70003784284>

¹³ Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,deputados-beneficiam-familiares-com-emendas-do-cheque-em-branco,70003790663>

O Tribunal de Contas da União realizou, entre maio de 2018 e fevereiro de 2019, o Relatório de Auditoria do TCU: Acórdão 2704/2019 - Plenário¹⁴ para avaliar a execução das emendas parlamentares individuais do Ministério da Saúde e Ministério das Cidades (incorporado atualmente pelo Ministério do Desenvolvimento Regional), com o objetivo de verificar a efetividade, eficiência e transparência da aplicação dos recursos, utilizando-se como instrumentos de coleta de dados a requisição de documentos e informações, estudos de caso, análise documental, entrevistas e análise do desempenho de execução de obras em curva “S”.

Para fins de estudo a este artigo, destaca-se a Questão 1 do Relatório, onde se identificou riscos de destinação de recursos públicos de emendas parlamentares para objetivos não prioritários, por não haver, em muitos casos, instrumento formalizado pelo Poder Executivo que apresente prioridades, orientações, e informações quanto às necessidades regionais para melhor alocação de recursos, bem como banco de projetos para obras e investimentos já em andamento aptos a receber recursos, como exemplo, obras paralisadas por falta de recurso.

Quanto às apurações realizadas em emendas parlamentares destinadas à saúde, considerando a EC 86/2015 que prevê que metade dos recursos de emendas individuais aprovados deverão ser destinados a ações e serviços públicos de saúde, além disso, o art. 17 da Lei Complementar (LC) 141/2012, que regulamenta os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, dispõe que

O rateio dos recursos da União vinculados a ações e serviços públicos de saúde e repassados na forma do caput dos arts. 18 e 22 aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde e, ainda, o disposto no art. 35 da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, de forma a atender os objetivos do inciso II do § 3o do art. 198 da Constituição Federal. No entanto, observou-se, a partir da auditoria realizada pelo TCU, que o Ministério da Saúde não realiza gestão prévia para destinação dos recursos de emendas parlamentares de execução obrigatória em localidades prioritárias, ficando a cargo do acompanhamento, fiscalização e controle para correta aplicação dos recursos. Além disso, o órgão informou ao TCU que não disponibiliza informações sobre as localidades mais carentes, as necessidades regionais, bem como dados de dimensões epidemiológica e demográfica.

¹⁴ Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDA O-COMPLETO-2375962%22](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDA%20COMPLETO-2375962%22)

Quanto às apurações realizadas em relação às obras relacionadas ao atual Ministério do Desenvolvimento Regional, o relatório descreve alguns casos em que não houve planejamento ou pesquisa prévia para a indicação de recursos de emendas parlamentares a objetos específicos, ocasionando em impedimentos técnicos, cancelamento de contratos, e, conseqüentemente, desperdício de recursos públicos. Como por exemplo, o convênio 834870/2016, que teve indicação de emenda para desenvolvimento de Projeto para Implantação de Praça no Município de Florianópolis/SC, contudo, houve o cancelamento do convênio em decorrência da existência de iniciativa local para execução do mesmo projeto por instituição privada.

Dessa maneira, identificou-se a falta de um canal de comunicação que possibilite levar informações e dados prévios de maneira estruturada aos parlamentares para maior eficácia a alocação de recursos públicos e atendimento às necessidades da população.

2.4 INOVAÇÃO NA DESTINAÇÃO DE RECURSOS DE EMENDAS PARLAMENTARES

Os resultados alcançados pelo TCU apontam a ineficiência e falta de planejamento na distribuição de recursos oriundo de emendas parlamentares, bem como a utilização desse mecanismo para interesses pessoais e políticos contrários à necessidade pública.

Ao acompanhar o trabalho do deputado federal Tiago Mitraud, identificou-se, como exemplo de iniciativa inovadora para seleção de prioridades na alocação de recursos por meio de emendas parlamentares individuais, a plataforma Liberta Minas elaborada juntamente com o deputado estadual Guilherme da Cunha, ambos eleitos por Minas Gerais. Os deputados seguiram premissas ao instituir um procedimento aberto, comum e padrão para destinação de emendas por meio do Liberta Minas.

Pela plataforma é divulgado um Edital de Emendas no qual se estabelece as regras, normas e procedimentos para habilitação de projetos pelas prefeituras e organizações para destinação de emendas parlamentares. Esses projetos, caso atendam aos requisitos de habilitação, passarão para uma análise técnica para avaliar sua relevância, impacto e justificativa para destinação dos recursos disponíveis aos parlamentares, conforme as premissas e objetivos previamente e publicamente divulgados. Os projetos são selecionados de forma técnica, transparente e com chances iguais a todos os proponentes.

Em resumo, cada ente interessado deverá atender os pré-requisitos do edital para participar da seleção e encaminhar seus projetos e para posterior avaliação da equipe técnica, seguindo o cronograma e fases previstos no edital e demandando diversas etapas de avaliações para definição dos projetos selecionados.

Além disso, a plataforma Liberta Minas também oferece o Programa Embaixadores, iniciativa que procura formar lideranças políticas por meio de voluntários representantes das regiões do Estado de Minas Gerais, com o objetivo de os parlamentares conhecerem e entenderem as demandas e necessidades regionais para atenderem os eleitores e buscarem soluções locais.

No Edital de Emendas de 2020, conforme divulgado pela plataforma¹⁵, foram aprovados 50 projetos dos 1973 recebidos. E atualmente, a iniciativa conta com R\$ 44 milhões de emendas parlamentares distribuídas entre os projetos de 61 municípios de Minas Gerais.

Nesse sentido, no decorrer da pesquisa, encontrou-se outras iniciativas que utilizam de métodos inovadores à destinação de emendas. O deputado federal Vinicius Poit desenvolveu a plataforma Emendas Inteligentes¹⁶, onde disponibiliza em portal eletrônico, um formulário para inscrição de projetos por parte do ente interessado, a partir do qual, segundo critérios previamente estabelecidos pelo parlamentar, e dividindo os entes em categorias, é feita avaliação de cada projeto para a destinação do recurso.

Também o deputado Marcel van Hattem, federal pelo estado do Rio Grande do Sul, por meio de edital, realiza processo seletivo de beneficiários de emenda parlamentar. A avaliação segue critérios como viabilidade, necessidade e relevância¹⁷, entre outras disposições previstas no edital. O primeiro edital de seleção lançado pelo parlamentar, em 2020, direcionou os R\$ 8,1 milhões disponíveis para a área da saúde, conforme critérios e categoria denominada como prioritária pelo autor das emendas.

Apesar de serem iniciativas inovadoras no meio político quanto à aplicação de recursos públicos pelos parlamentares mencionados, demandam recursos de apoio técnico de diversas áreas tanto para a seleção dos projetos quanto para conhecerem as demandas locais por meio dos voluntários que contribuem para a avaliação, tempo maior na seleção dos projetos, bem como estabelecem indicadores específicos, a partir dos quais os Entes e instituições possam inscrever seus projetos. Além disso, as iniciativas exigem que as instituições beneficiadas façam um plano de prestação de contas com objetivo de dar transparência do uso dos recursos, aumentando a burocracia já prevista na contratação entre os entes posteriormente.

¹⁵ Disponível em: <http://libertaminas.com.br/>

¹⁶ Disponível em: <http://viniciuspoit.com.br/>

¹⁷ Disponível em: <http://marcelvanhattem.com.br/2020/aberto-processo-seletivo-que-destinara-ate-r-1-milhao-em-emendas-parlamentares-para-projetos-de-infraestrutura-turistica-no-rio-grande-do-sul/>

3 VIABILIDADE DE PLATAFORMA DIGITAL PARA INDICAÇÃO DAS DEMANDAS PRIORITÁRIAS

Os impactos da transformação tecnológica fazem parte de uma das principais mudanças na realidade da sociedade nos últimos tempos. Ao passo em que os avanços tecnológicos são constantes e a transformação digital cada vez mais presente nas atividades e na interação social, é imprescindível que as Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) sejam utilizadas para aprimoramento, entrega de serviços e transparência no setor público.

Citando Maciel e Garcia (2006), por Ferreira¹⁸ defende que,

a participação eletrônica tem sido usada para fomentar a maior articulação entre governo e cidadãos de modo que não só a deliberação pública seja ampliada, mas também o espaço de debate e cidadania, levando conseqüentemente à implementação de governos eletrônicos (*e-Gov*) e de uma democracia eletrônica (*e-democracy*).

Dessa forma, é indispensável mencionar o Governo Digital, projeto que objetiva modernizar a administração pública com utilização de banco de dados para otimizar e transformar os serviços públicos através das TICs, reduzindo, assim a burocracia. A Estratégia Governo Digital, lançada no Diário Oficial da União em 2020 por meio do Decreto nº 10.332 prevê a digitalização dos serviços até 2022, ou seja, é objetivo do Governo Federal interagir com a sociedade e integrar cada vez mais os serviços da União, Estados, DF e Municípios por meio da tecnologia. Nota-se que a disponibilização de plataforma única, que integra dados, interage diversos agentes e auxilia como fonte de informação está cada vez mais acessível e constante na sociedade.

Dentre outras iniciativas de integração e transparência de dados públicos por meio de sistemas de informação de forma acessível a diversos atores, podemos mencionar o SIGA Brasil e a Plataforma+Brasil, ambos sistemas que surgiram com o objetivo de permitir maior transparência, informação acessível, celeridade na tomada de decisão, otimização de recursos públicos, monitoramento de políticas públicas, maior controle social e, como consequência, melhor gestão do dinheiro público e geração de resultados para a sociedade.

O SIGA Brasil é um sistema onde se permite informações detalhadas, acompanhamento, acesso amplo e facilitado de uma única ferramenta a diversas fontes sobre planos e orçamentos públicos. Por meio da plataforma, qualquer usuário pode realizar uma pesquisa facilitada e

¹⁸ FERREIRA, Dimas. Participação e deliberação: análise do impacto dos usos das tecnologias digitais na dinâmica dos orçamentos participativos de Belo Horizonte e Recife. Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2012.

interativa, acessando de forma aberta e prática a base de dados relativos ao planejamento, orçamento e fiscalização.

Já a Plataforma+Brasil constitui uma ferramenta de TIC de grande importância à operacionalização, simplificação e informatização de processos de transferências voluntárias da União. Por meio dessa plataforma, é possível operacionalizar as transferências de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União a órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital, municipal, direta ou indireta, consórcios públicos e entidades privadas sem fins lucrativos, por meio de registro de atos desde a proposta até a prestação de contas final.¹⁹ Essa iniciativa está cada vez mais integrada a outros tipos de transferências de recursos, em sua última atualização, já é possível utilizar a ferramenta para Transferências Fundo a Fundo e Transferências Especiais, facilitando, assim, a interação dos entes federativos e reduzindo a burocracia.

Diante da essencialidade dos sistemas voltados à celeridade e desburocratização dos processos na tomada de decisão dos agentes públicos, e que constituem ferramentas que garantem um controle social transparente e facilitam a análise e fiscalização dos órgãos de controle, é importante se pensar em tecnologias que reúnam dados para a melhor alocação de recursos por meio de emendas parlamentares, visto que, é um processo de grande complexidade e envolve extenso volume de recursos públicos.

Com o advento do Orçamento Impositivo e as significativas mudanças nas transferências de recursos da União aos Entes Federados por meio de emendas parlamentares ocorridas nos últimos anos, e com os resultados obtidos no Relatório de Auditoria do TCU relatado no capítulo 3, é evidente a necessidade de sistema norteador, que indique as prioridades locais e necessidades de cada ente federado para que seja feita melhor aplicação de emendas parlamentares, forneça informações locais e estruturais e dados prévios dos entes federados aos parlamentares, com o objetivo de dar transparência e efetividade na distribuição de recursos da União.

Nota-se que, pelo lado do ente federado, em especial municípios, há a necessidade de endereçar suas demandas de forma mais organizada, clara e específica, conforme as prioridades e necessidades para atendimento à população. Pelo outro lado, aos parlamentares falta um instrumento que possa otimizar, organizar e estruturar as demandas apresentadas pelos entes locais para fins de indicação das emendas de sua autoria.

¹⁹ Disponível em: <https://portal.plataformamaisbrasil.gov.br/maisbrasil-portal-frontend/>

Em ambos os casos, a ineficiência dessa integração prejudica a efetividade da aplicação dos recursos, os quais são limitados, de forma que o parlamentar não consegue aferir os impactos positivos das emendas que lhe foram disponibilizadas, e os municípios também se deparam com a ausência de resposta eficiente à demanda da população. Assim, para ambos os lados o prejuízo político à imagem do agente público é evidente, o que indica a existência de incentivos políticos, econômicos e sociais para melhorar essa integração.

Desse modo, ainda que baseado em iniciativas inovadoras expostas nesse artigo, se propõe uma plataforma mais completa e interativa, que comporte um banco de dados e informações de forma que possa atender as demandas dos diversos entes federados parlamentares federais, para que ambos possam cumprir os compromissos que assumiram durante seu mandato.

Havendo interesse para que essa integração ocorra de maneira eficiente, identifica-se que a criação de uma plataforma tecnológica para promover essa interação poderia atender os objetivos dos dois lados, pois:

- (i) O parlamentar utilizaria a plataforma para centralizar a apresentação das demandas dos municípios do seu estado, podendo instituir previamente os requisitos que serão considerados como prioritários e/ou convenientes na sua análise para fins de promover transparência e isonomia na “competição” entre os entes; a plataforma também poderia servir como banco de dados e oferecer uma visão estruturada e analítica da realidade e necessidade de cada ente, visto que haveria a possibilidade de ser alimentada pelos gestores locais;
- (ii) Por outro lado, os municípios teriam garantias de que os parlamentares possuem acesso aos dados de cada localidade igualmente, e de que indicariam os recursos dessas emendas com base em critérios previamente estabelecidos, aos quais caberia a responsabilidade de atendê-los; e possibilitaria melhor fiscalização de órgãos de controle e da população.

Nota-se que, para ambos os lados, o problema apontado pelo TCU seria, em tese, solucionado, eis que haveria definições de critérios objetivos de prioridade, eficiência e conveniência da destinação do recurso, dessa forma, havendo transparência durante o procedimento e as interações no âmbito da plataforma, seria possível monitorar se a destinação desse recurso realmente obedeceu esses requisitos, bem como se foi efetivamente aplicada, de modo a atender a demanda local, a qual foi selecionada em detrimento de outras.

Assim, conforme é comum às plataformas que oferecem integração entre dois lados distintos²⁰, será possível mapear não apenas a realidade e natureza das demandas locais, mas também os critérios e objetivos considerados pelos parlamentares para destinação de suas emendas, servindo, para ambos os lados, como importante base de dados nas interlocuções entre esses.

Explico, as prefeituras que estiverem demandando mais recursos na área de educação vão conseguir identificar qual deputado tem destinado recursos para essa área, e se esse ainda dispõe de emendas para tanto. Já os parlamentares, vão possuir meios plausíveis de apresentar a sua base eleitoral a destinação dos recursos de suas emendas, diminuindo, inclusive, os casos em que diferentes políticos alegam serem os responsáveis pela mesma política ou obra pública, retirando a atuação do prefeito como *broker* político.

Ademais, uma plataforma aberta e interativa que abranja as demandas regionais e informe a destinação dos recursos de cada parlamentar, além de atender imediatamente o interesse público da população por meio da destinação de recursos aquelas demandas prioritárias, também atenderá aos objetivos das recentes mudanças ao texto constitucional de conferir autonomia, efetividade e independência na análise, critérios e objetivos da destinação e aplicação dos recursos oriundos das emendas parlamentares, sem que, para tanto, não se disponha de ferramentas de fiscalização, monitoramento e transparência à União, órgãos de controle, parlamentares e à sociedade em geral.

Por outro lado, considerando que a destinação de emendas de transferências especiais, as quais não necessitam de instrumentos e objetos prévios, a plataforma também mitigaria incentivos e meios para práticas de corrupção e alocações indevidas de recursos públicos, em razão das ferramentas de transparência e monitoramento já mencionadas, permitindo a identificação e dando autoria sobre a destinação e acompanhamento da execução, de forma a conceder benefícios e melhorias locais ao parlamentar que indicou mas também detectar eventuais “mal feitos” desse recurso.

Com a utilização das TICs no âmbito do legislativo, especialmente para servir de parâmetro para alocação de recursos que, nesse tema de discussão, têm uma proporção

²⁰ “Portanto, as plataformas digitais têm como premissa a orquestração dos recursos e dos integrantes da rede que as compõem. Segundo Libert, Beck e Wind (2016) esses modelos de negócios geram valor por meio da troca de relacionamentos e o capital das empresas orquestradoras é o *networking*, assim a facilitação das interações e o gerenciamento dos relacionamentos são as prioridades essenciais na gestão das plataformas com vistas à criação de externalidades de rede positivas”; Hummel, Milton e Silva, Adilson Aderito da; Modelo de negócios em plataforma digital para comercialização de flores no Brasil; pg- 12; acessível: <http://navus.sc.senac.br/index.php/navus/article/view/1158>

significativa para mudar realidade local e melhorar a qualidade de vida de cidadãos de diversas regiões demandadas, é possível mudar a maneira como os parlamentares tendem a usar a ferramenta de alocação de emendas. Além disso, uma plataforma interativa, aberta e integrada amplia a participação pública e política no meio digital, serve como mecanismo de *accountability* e promove maior controle da Administração Pública. Ademais, quanto às localidades que estão sendo mais beneficiadas, se mitigaria os impedimentos técnicos tal qual os apurados na auditoria do TCU supracitada.

CONCLUSÃO

Em razão da discricionariedade confiada aos parlamentares quanto à alocação de recursos, espera-se que as emendas parlamentares de execução obrigatória sejam direcionadas com eficácia, com o objetivo de atender as necessidades públicas com eficiência e para alcançar a efetividade do dever parlamentar perante a população, e não apenas como fins políticos.

Ao analisar o relatório realizado pelo TCU, observou-se que a falta de informações institucionais de cada Ente Federativo prejudica nas indicações de transferências de recursos federais.

Dessa maneira, é evidente que a integração entre as demandas municipais e os objetivos almejados pelos parlamentares deve ser aprimorada para atender aos critérios constitucionais da transparência, isonomia, eficiência em todo e qualquer ato público. Assim, a presente pesquisa buscou analisar a viabilidade de uma plataforma nessa relação pela perspectiva da existência de incentivos para que os parlamentares e os entes municipais a utilizem, não adentrando em outros aspectos atinentes a modelos e planos de negócios.

De todo modo, foi identificada a existência desses incentivos para ambos os lados (parlamentares e entes locais), os quais encontrarão na plataforma importantes ferramentas para melhor alocação dos recursos públicos e a prestação de contas à sociedade, em benefício da sua imagem política perante seu eleitorado.

Essa plataforma, contudo, não deve apenas reduzir assimetrias na integração entre os dois lados, como também tende a servir como ferramenta instrumental para que os agentes envolvidos possam analisar os comportamentos e critérios seguidos nas decisões de destinação e alocação de recursos, dessa maneira, cria-se mais incentivos para o engajamento e utilização de uma plataforma que promova transparência, eficiência e sirva como um mapa decisório para ambos os lados, em benefício desses e do interesse público.

REFERÊNCIAS

BAIÃO, A. L.; COUTO, C. G. A eficácia do pork barrel: a importância de emendas orçamentárias e prefeitos aliados na eleição de deputados. *Opinião Pública*, Campinas, SP, v. 23, n. 3, p. 714–753, 2017. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8651196>. Acesso em: 26 jul. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 86, DE 2015**. Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2015/emendaconstitucional-86-17-marco-2015-780276-norma-pl.html>>. Acesso em 15 agosto de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 100, DE 2019**. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2019/emendaconstitucional-100-26-junho-2019-788600-norma-pl.html>>. Acesso em 15 agosto de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 105, DE 2019**. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2019/emendaconstitucional-105-12-dezembro-2019-789566-norma-pl.html>>. Acesso em 15 agosto de 2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 de março de 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Combate à corrupção. **NOTA TÉCNICA n.º 01/2019 - 5ª CCR**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pec-que-preve-transferencia-direta-de-recursos-de-emendas-parlamentares-para-estados-df-e-municipios-fragiliza-o-combate-a-corrupcao>>. Acesso em 22 de abril de 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Convênios e Outros Repasses**. 6. ed. Brasília: Secretaria-Geral de Controle Externo, 2016. Disponível em:

<<http://plataformamaisbrasil.gov.br/ajuda/manuais-e-cartilhas/convenios-e-outros-repasses-5-edicao-tcu>>. Acesso em 09 de abril de 2021.

DALLAVERDE, Alexandra. **As Transferências Voluntárias no Modelo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Blucher, 2016, p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 289.

FERREIRA, Dimas. **Participação e deliberação: análise do impacto dos usos das tecnologias digitais na dinâmica dos orçamentos participativos de Belo Horizonte e Recife**. Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2012. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/participacao/images/tese%20de%20doutorado%20versao%20final.pdf>>. Acesso em 30 de junho de 2021.

GOMES, Luciano de Souza. **Repasse de recursos: convênio ou transferência fundo a fundo?** Brasília: Senado Federal, Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle, 2013. 5p. Série: (Orçamento Público em Discussão; n. 8). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496341>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2021.

HUMMEL, Milton; SILVA, Adilson Aderito da. Modelo de negócios em plataforma digital para comercialização de flores no Brasil. *Navus - Revista de Gestão e Tecnologia*, [S.l.], v. 10, p. 01-17, apr. 2020. ISSN 2237-4558. Disponível em: <<https://navus.sc.senac.br/index.php/navus/article/view/1158>>. Acesso em: 06 aug. 2021.

RODRIGUES, Lorena; WETERMAN, Daniel. Deputados beneficiam familiares com emendas do 'cheque em branco'. **Estadão**, São Paulo, jul. 2021. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,deputados-beneficiam-familiares-com-emendas-do-cheque-em-branco,70003790663>>. Acesso em 02 de agosto de 2021.

RODRIGUES, Lorena; WETERMAN, Daniel. Orçamento sem controle: Congresso usa 'emenda cheque em branco' para direcionar R\$ 2 bilhões. **Estadão**, São Paulo, jun. 2021.

Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,congresso-usa-emenda-cheque-em-branco-para-direcionar-r-2-bilhoes-sem-transparencia,70003784284>>. Acesso em 02 de agosto de 2021.

CONFLITO DE COMPETÊNCIAS: A COBRANÇA DO SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA OU TERMINAL *HANDLING CHARGE 2* PODE SER CONSIDERADA UMA INFRAÇÃO CONCORRENCIAL?

CONFLICT OF COMPETENCES: THE CHARGE OF THE SEGREGATION AND IMMEDIATE DELIVERY SERVICE OR AS TERMINAL HANDLING CHARGE 2 MAY BE CONSIDERED AN ANTITRUST INFRINGEMENT

Catharina Araújo Sá¹
Flávio Iglesias Pessuto²

Sumário: Introdução; 1. Direito Concorrencial e Regulação; 2. Concorrência em Mercados Regulados; 3. Serviço de Segregação e Entrega (SSE) ou Terminal Handling Charge 2 (THC2); 4. Atuação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários no que tange ao SSE/THC2; 5. Recentes discussões sobre SSE OU THC2; 5.1. Decisões do Cade; 5.2. Decisões da Antaq; 5.3. Decisões do Judiciário; 5.4. Memorando de Entendimentos nº 01/2021 entre Antaq e Cade; Conclusão.

RESUMO

O presente estudo aborda o conflito de competências entre a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no âmbito da discussão da legalidade da cobrança referente ao serviço de segregação e entrega (SSE), também chamado de *terminal handling charge 2* (THC2), pelos operadores portuários. O estudo analisou legislações, decisões administrativas e judiciais desde a vigência da Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq a 17 de junho de 2021, data em que foi assinado o Memorando de Entendimentos nº 01/2021, firmado entre o Cade e a Antaq. Propõe-se identificar possíveis conflitos entre a atuação das autarquias federais independentes sobre um mesmo tema, debatendo sobre os fatores que contribuem para a divergência entre as autarquias federais. Concluiu-se que a falta de metodologia para verificação de conduta irregular e ilícita pode constituir um fator central nas ações com vistas a mitigar os litígios que surgem em decorrência da cobrança dos valores à título do SSE/THC2.

Palavras-chave: Serviço de Segregação e Entrega; THC2; Antaq; Cade; litígios.

¹ Bacharela em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de Brasília e bacharelada em Direito no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP.

² Especialista em Administração Pública e Gerência de Cidades pela Uninter. Bacharel em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de Brasília. Bacharelado em Direito no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP.

ABSTRACT

This essay aims at studying the conflict of competences between the National Agency of Waterway Transportation (Antaq) and the Administrative Council for Economic Defense (Cade) within the scope of the discussion of the legality of the charge for the segregation and immediate delivery services (SSE), also known as terminal handling charge 2 (THC2), by the port operators. The essay examined laws, administrative and judicial orders from the initial term of the Resolution No. 34/2019-Antaq until June 17th 2021, when the Administrative Council for Economic Defense and National Agency of Waterway Transportation signed the Memorandum of Understanding No. 01/2021. The proposal is to identify possible conflicts between two federal agencies about the same theme, debating on the factors that contribute to the divergence between these federal authorities. It was concluded that the lack of methodology for verifying abusiveness in prices and illicit conduct can be crucial in litigations that aimed at mitigating disputes that arise as a result of the SSE/THC2 by the port operators.

Key words: Segregation and Immediate Delivery Service; THC2; National Agency of Waterway Transportation; Administrative Council for Economic Defense and National; disputes.

INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é analisar recentes decisões envolvendo a cobrança dos valores a título do serviço de segregação e entrega (SSE), também chamado de *terminal handling charges 2* (THC2), no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq, com o intuito de identificar possíveis razões que levam à divergência de entendimentos entre as autarquias, bem como modos de mitigar os conflitos no âmbito de suas competências e dos litígios por elas contemplados.

Antes, porém, de prosseguir o desenvolvimento do objeto da pesquisa, as Seções 1 e 2 apresentam algumas definições teóricas sobre direito concorrencial, regulação e suas aplicações, bem como contextualiza a situação do conflito acerca da legalidade ou abusividade da cobrança do SSE/THC2.

Em seguida, a Seção 3 apresenta a definição do SSE/THC2 empregada neste estudo. A Seção 4 aborda a regulação da Antaq e do Cade no que tange às suas competências quanto ao SSE/THC2. Na sequência, a Seção 5 apresenta recentes decisões do Cade, Antaq e Judiciário sobre a temática, bem como o recente Memorando de Entendimentos firmado entre o Cade e a Antaq. Por fim, há a conclusão da análise empreendida, mas que não pretende, por certo, esgotar o assunto.

1. DIREITO CONCORRENCIAL E REGULAÇÃO

Em dados momentos, a relação entre defesa da concorrência e regulação pode se tornar confusa, visto que por vezes essas duas áreas distintas se embarçam de modo que surge a difícil tarefa de distinguir qual ramo do direito é responsável por uma decisão.

Para melhor compreender suas atuações, pode-se utilizar o entendimento trazido por Alexandre Ditzel Faraco (2013) que define, de forma simples e de fácil entendimento, o objetivo de cada tipo de intervenção estatal.

O autor distingue o direito concorrencial como uma limitação do agente econômico dentro de suas liberdades com o objetivo de evitar a concentração de poder econômico³. Da

³ “[D]ireito concorrencial pretende disciplinar a ação do agente econômico no âmbito em que este tem liberdade de fazer suas escolhas. Controla o exercício do poder econômico onde esse pode ser exercido e limita escolhas que tendam a resultar em concentração desse poder.” (FARACO, 2013, p. 1).

fala de Faraco, pode-se exemplificar a análise feita pelo Cade. Assim, o exame de atos de concentração, uma compra de uma empresa por outra do mesmo ramo, sendo que ambas as pessoas jurídicas possuem liberdade de compra e venda, pode precisar do aval do Cade, desde que cumpra alguns requisitos. Deve o poder público autorizar ou não a concretização desse ato por meio de análise considerando diversas variáveis, como o poder de mercado que a empresa unificada terá após a fusão, barreiras à entrada e rivalidade.

Já a regulação atua diretamente na própria liberdade do agente interferindo na sua escolha e substituindo-a por uma intervenção estatal⁴. De igual maneira, pode-se depreender do que expõe Faraco (2013, p. 2) no que se refere a fixação de um preço teto praticado pelos operadores de determinado setor, na qual uma decisão estatal se coloca no lugar de uma liberdade do agente econômico ao estipular preços em seu mercado de atuação.

Ou seja, tanto o direito concorrencial quanto o regulatório são modalidades de atuação estatal sobre a economia e têm por objetivo a correção de falhas de mercado. Quando a ação reguladora abre margem para escolha do agente econômico, há espaço para a incidência do direito concorrencial (FARACO, 2013). Ou seja, simplesmente dizer que um setor é regulado não afasta a incidência do direito concorrencial e, essa questão é muito bem ilustrada no caso da cobrança do SSE, como será demonstrado a seguir.

Por fim, conforme demonstra Faraco (2013), o direito concorrencial e o direito regulatório possuem atuações complementares: enquanto o direito concorrencial abrange todos os setores da economia, a regulação atua de maneira mais restrita em mercados específicos, as agências reguladoras atuam no âmbito de cada setor em que receberam atribuições. É o que ocorre no setor portuário, com a Antaq, com a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e com a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), por exemplo.

Nesse sentido, ao considerar esses dois importantes ramos do direito como complementares, importante destacar o Capítulo III da Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019), o qual aponta a importância da cooperação entre as agências reguladoras e a autoridade concorrencial, através do seu art. 25⁵. O dispositivo demonstra que deve haver

⁴ “[R]egulação, por sua vez, restringe o âmbito de liberdade do agente econômico. Substitui a escolha privada em relação a certas variáveis econômicas — como preço, quantidade, diferenciação e investimento — por uma decisão estatal.”. (FARACO, 2013, p. 2).

⁵ "Art. 25. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência **devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências**". (grifado)

complementaridade entre as decisões das agências reguladoras e a autoridade concorrencial, o que busca gerar maior segurança jurídica na atuação de agentes em mercados regulados.

Não obstante a atuação complementar entre direito concorrencial e regulatório, passa-se a discorrer sobre a concorrência em mercados regulados.

2. CONCORRÊNCIA EM MERCADOS REGULADOS

Segundo o entendimento de Pereira Neto e Prado Filho (2016), foram utilizadas diversas maneiras, por meio de medidas estruturais, para criar espaços concorrenciais em mercados regulados. A própria legislação alterou os setores para introduzir a concorrência como um de seus pilares, desmembrando-se as atividades em áreas permissíveis a monopólios, como a exploração de petróleo, e não permissíveis, como o mercado de telecomunicações.

Exemplo claro desse desmembramento é o processo de desestatização. Ainda segundo os autores, no caso do setor de energia elétrica, foi necessário segmentá-lo em geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia. Já o petróleo foi fragmentado em exploração e produção, refino, importação e exportação, transporte, comercialização e distribuição. Esse recorte, por si só, permite um ambiente mais favorável à concorrência e à competição entre os atores, de modo que as empresas disputam pelo direito de atuarem nos segmentos da cadeia de produção não monopolizadas.

Aprofundando o raciocínio, tem-se a possibilidade de atribuir aos agentes econômicos a responsabilidade de permitir a ampla concorrência. É o caso dos proprietários no setor de infraestrutura essencial. Estes devem fornecer acesso aos demais operadores. A título de exemplo, pode-se apontar o acesso aos dutos transportadores de petróleo e gás natural, conforme art. 58⁶ da Lei nº 9.478/1997, ou o direito de passagem e tráfego mútuo em ferrovias, regulamentados pela Resolução nº 3.695, de 14/07/2011, da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Assim, certamente os mercados, ainda que regulados, possuem espaço para concorrência. Não é à toa, é comum localizar precedentes do Cade em casos relativos ao setor

⁶ “Art. 58. Será facultado a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito - GNL, mediante remuneração adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural, nos termos da lei e da regulamentação aplicável.”

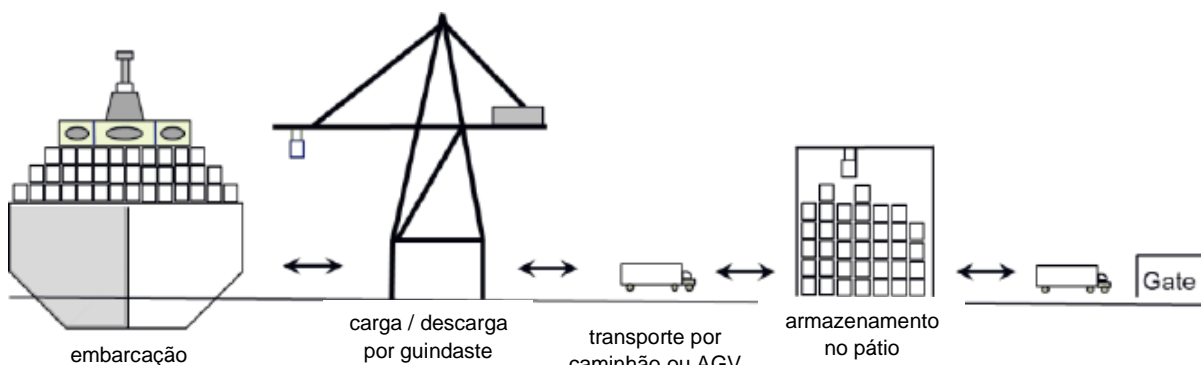
de telecomunicações ou gás, por exemplo, e estar em constante diálogo com agências reguladoras especializadas referentes a cada setor.

Com essas ponderações, passa-se ao entendimento do serviço de segregação e entrega ou terminal handling charge 2.

3. SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA (SSE) OU *TERMINAL HANDLING CHARGE 2 (THC2)*

O serviço objeto de estudo possui dupla conotação, a sigla SSE usualmente é utilizada pelos agentes que se posicionam favoráveis às cobranças, do mesmo modo o termo THC2 é adotado por aqueles que são contrários, isso ocorre uma vez que o termo THC2 implicaria uma dupla cobrança uma vez que já existe o pagamento do serviço denominado *Terminal Handling Charge (THC)*.

Pode-se explicar tal serviço a partir da imagem abaixo:



Fonte: PHAN, Mai-Ha Thi; KIM, Kap Hwan (2012) (tradução livre).

Mais à esquerda da imagem se tem a embarcação atracada ao porto, seguida dos guindastes de carga e descarga, o transporte do contêiner descarregado para o pátio, ou pilha, e o transporte até o portão do porto, mais à direita.

Faz-se necessário entender alguns dos valores cobrados pelos operadores portuários e os serviços que elas remuneram. Segundo o art. 2º⁷, III, IX e X da Resolução Normativa

⁷ “Art. 2º Para os efeitos desta norma, considera-se: [...] **III - Cesta de Serviços (Box Rate):** preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e a instalação portuária ou o operador portuário, no caso da exportação; ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação; [...] **IX - Serviço de Segregação e Entrega de contêineres - SSE:** preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de

nº 34/2019-Antaq, a cesta de serviços (*Box Rate*) é cobrada contra o armador⁸ pelo terminal portuário. Refere-se à movimentação das cargas entre o portão do terminal até o porão da embarcação, na exportação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha, no caso de importação.

A THC é cobrada do importador, ou consignatário, pelo armador. Faz jus à movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário até o costado da embarcação, na exportação, ou entre o costado da embarcação até sua colocação na pilha, no caso de importação.

Já o SSE é cobrado perante o importador, ou consignatário, pelo terminal portuário. Diz respeito à movimentação da carga entre a pilha no pátio até o portão do terminal portuário, com a remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador. Ou seja, na imagem o SSE está refletido na parte mais à direita, no transporte da pilha até o portão do terminal.

Desse modo, é a remuneração pelo serviço de retirada de determinado contêiner da pilha no terminal portuário, o qual recebe o navio, e transporte até outro terminal retroportuário, em área adjacente, onde será armazenado.

Essa é a logística por trás das cobranças realizadas e seu entendimento é fundamental para a presente análise. Em seguida, serão feitas breves considerações sobre a Antaq e o Cade em que pese o referido valor.

4. ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS NO QUE TANGE AO SSE/THC2

A Lei nº 10.233/2001 criou a Antaq e atribuiu a ela as competências indicadas no art. 27. Neste dispositivo, seus incisos II e IV⁹ deixam claro que cabe à Agência Reguladora a

empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante; **X - Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC):** preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e instalação portuária ou operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação.” (grifo nosso).

⁸ Quem realiza o transporte da carga, o proprietário do navio.

⁹ “Art. 27. Cabe à Antaq, em sua esfera de atuação: [...] II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados; [...] IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de

promoção de estudos para definições de tarifas, preços e fretes, bem como elaborar normas para a prestação de serviços de transporte e exploração da infraestrutura aquaviária e portuária.

O presente estudo se inicia a partir da observância da publicação da Resolução nº 2.389/2012 pela Antaq, a qual fixou parâmetros para a prestação de serviços de movimentação e armazenagem de contêineres nos portos organizados.

O art. 9º¹⁰ desta resolução determina que “os serviços de recebimento ou de entrega de cargas para qualquer outro modal de transporte, tanto dentro quanto fora dos limites do terminal portuário, não fazem parte dos serviços remunerados pela *Box Rate*, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso”.

Ademais, seu art. 5º¹¹ “os serviços não contemplados no *Box Rate*, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão condições de prestação e de remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observados os tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária e as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento”.

Dessa forma, tem-se o operador portuário como o responsável pela prestação do SSE/THC2. Tal serviço, por sua vez, é demandado pelo cliente ou usuário. Contudo, o SSE/THC2 não é remunerado nem ressarcido e, ainda, demanda o movimento da carga a outro modal de transporte para entrega fora do porto organizado. Assim, poder-se-ia entender pelo cabimento de sua cobrança, apesar de a Resolução nº 2.389/2012 não tratar sobre este serviço de forma explícita, bem como não trazer qualquer tipo de limite quanto à regulamentação de sua cobrança.

Em 2019, a Antaq publicou a Resolução Normativa nº 34/2019 (RN 34), revogando a Resolução nº 2.389/2012. A principal mudança trazida pela RN 34 é a previsão para realização

transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.”

¹⁰ Resolução 2.389/2012: “Art. 9º Os serviços de recebimento ou de entrega de cargas para qualquer outro modal de transporte, tanto dentro quanto fora dos limites do terminal portuário, não fazem parte dos serviços remunerados pela *Box Rate*, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.”

¹¹ Resolução 2.389/2012: “Art. 5º Os serviços não contemplados no *Box Rate*, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão condições de prestação e de remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observados os tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária e as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento.”

da cobrança do SSE/THC2 de forma expressa, nos termos do parágrafo 1^{o12} do art. 6^o, além de manter o entendimento passado em seu art. 5^{o13} sobre os serviços não contemplados na *box rate* obedecerem às condições de prestação e remuneração livremente negociadas.

Ademais, o art. 9^{o14} da RN 34 dispõe que na importação o SSE/THC2 “não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daquelas cujas despesas são ressarcidas por meio do THC”. Seu parágrafo único ainda prevê a possibilidade de se estabelecer um preço máximo para a cobrança, definido pela própria Antaq, em caso de demonstrado abuso ou ilegalidade no valor cobrado.

Por fim, a própria norma define em seu art. 7^{o15}, parágrafo único, como competência da agência, a apuração das infrações. Ainda, apresenta nos incisos do art. 8^o as práticas consideradas abusivas e lesivas à concorrência. Destacam-se os incisos I a III¹⁶ do dispositivo, quais sejam, criar dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente, aumentar os custos operacionais dos rivais de forma artificial e aumentar os preços sem justa causa.

Em síntese, a RN 34 dita expressamente que o SSE/THC2 não é remunerado pelos outros valores cobrados, permite sua cobrança separada da THC e prevê sanções às práticas que se constatarem abusivas ou ilegais, entre elas a fixação de preço máximo no caso concreto.

Contudo, até a conclusão do presente estudo, a regulação ainda padece de lacuna normativa crítica para o tema, qual seja, não há metodologia específica para a apuração e constatação das práticas abusivas de preços.

Acredita-se que a metodologia permitiria atestar de maneira segura que o preço praticado a título de SSE/THC2 pelo operador portuário, no caso concreto, seria prática

¹² Resolução Normativa 34/2019: “Art. 6^o [...], § 1^o Na entrega de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro, na importação ou no desembarque de cargas não nacionalizadas, é permitida a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de contêineres - SSE [...].”

¹³ Resolução Normativa 34/2019: “Art. 5^o Os serviços não contemplados no Box Rate e os serviços de armazenagem, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade da instalação portuária ou dos operadores portuários, obedecerão às condições de prestação e remuneração livremente negociadas, devendo os valores máximos serem previamente divulgados em tabelas de preços, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento e nas normas da ANTAQ, vedadas as práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência.”

¹⁴ Resolução Normativa 34/2019: “Art. 9^o O SSE na importação não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC [...]. P. u. No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a Antaq poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título [...].”

¹⁵ Resolução Normativa 34/2019: “Art. 7^o [...], P. u. A apuração das infrações observará o devido processo legal, nos termos da norma que disciplina o processo administrativo sancionador da Antaq.”

¹⁶ Resolução Normativa 34/2019: “Art. 8^o [...], I - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente [...]; II - aumentar artificialmente os custos operacionais dos rivais [...]; III - elevar sem justa causa os preços ou valer-se de meios artificiosos, exercendo posição dominante sobre a carga com a finalidade de aumentar arbitrariamente os lucros.”

abusiva de fato, incidindo as sanções cabíveis, inclusive a estipulação de preço-teto ao operador portuário, conforme previsto na RN 34.

Com base nestes entendimentos teóricos, a seguir serão abordadas as recentes discussões envolvendo SSE ou THC2.

5. RECENTES DISCUSSÕES SOBRE SSE OU THC2

Nesta Seção, serão abordadas recentes decisões do Cade, Antaq e Poder Judiciário no que tange a cobrança do SSE/THC2.

5.1. Decisões do Cade

A cobrança de SSE tem sido objeto de disputas entre terminais retro alfandegados e operadores portuários ao longo dos anos. Trata-se de um dos temas mais discutidos no Cade no que diz respeito a serviços portuários (2017). Os casos em andamento no Cade discutem a legitimidade da cobrança desse valor. Nesta seção, serão abordadas as decisões do Tribunal Administrativo do Cade que ocorreram após a vigência da Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq¹⁷.

Como já afirmado no presente estudo, para promover o serviço de descarregar os contêineres dos navios, o operador portuário cobra um preço conhecido por THC. Sobre este valor, não há questionamentos no Conselho. Na sequência, é possível fazer a movimentação horizontal da mercadoria para armazenar na instalação portuária e esse serviço também é executado pelo operador portuário, visto que foi este que recebeu a carga.

Uma das argumentações utilizadas para caracterizar a suposta conduta anticompetitiva é que o operador portuário possuiria a discricionariedade para não cobrar os valores de SSE/THC2 quando o armazenamento ocorresse em seu próprio terminal, ou seja, atuando de forma verticalizada. Por outro lado, uma vez que o armazenamento ocorresse em terminal

¹⁷ O levantamento foi realizado no Sistema Eletrônico de Informação (SEI) do CADE e nas atas das sessões de julgamento ocorridas após a vigência da Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq. Com base no levantamento, foram identificados quatro processos sobre o tema que se encontram em fase instrutória na Superintendência-Geral do Cade: **(i)** Processo Administrativo nº 08700.007396/2016-14; **(ii)** Processo Administrativo nº 08700.007049/2018-45; **(iii)** Processo Administrativo nº 08700.003006/2017-18; e **(iv)** Processo Administrativo nº 08700.000351/2019-53.

retroportuário, fora do local de atracação do navio, o terminal portuário poderia cobrar valores para movimentar o contêiner da pilha até o local final para armazenagem de terceiros independentes.

Ato contínuo, ressalta-se que existem diversas modalidades¹⁸, quando na contratação do serviço, inclusive a possibilidade de se contemplar todo o trajeto “de ponta a ponta” até a entrega ao cliente final. Em contraponto ao parágrafo anterior, não seria de toda justiça se contratar um serviço menor para posteriormente exigir seu cumprimento a maior, sem que tal fato ocorra por intermédio de ressarcimento dos custos para sua devida execução.

Dentro deste contexto, o posicionamento atual do Cade é que a cobrança da SSE/THC2 favorece o operador portuário que possui o próprio armazenamento, uma vez que não irá cobrar o valor SSE/THC2 quando o armazenamento é do próprio operador portuário e, com isso, há aumento dos custos de rivais, tendo em vista que o valor do título é cobrado de forma discricionária. O entendimento é de que o operador portuário possui poder de mercado na cobrança da THC – movimentação entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário –, e aproveita desse poder para não cobrar na movimentação horizontal de cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário apenas quando a carga for para o próprio armazém do operador portuário.

Após a publicação da nova Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq, a Superintendência-Geral (SG) do Cade mudou seu entendimento quanto à cobrança do SSE/THC2, tendo em vista que publicou decisão em que cassou a medida preventiva anteriormente concedida no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.000351/2019-53 quanto à cobrança do valor. Entendeu a SG que a Resolução 34/2019 colocou fim à discussão sobre os serviços cobertos pela *Box Rate*, deixando claro que o serviço de segregação e entrega de contêineres não está abrangido pela cesta de serviços inicialmente paga pelo armador ao operador portuário, sendo permitida a cobrança do SSE/THC2.

¹⁸ Conhecidos como “Incoterms”.

Contudo, a Representante Marimex interpôs Recurso Voluntário nº 08700.001984/2020-12¹⁹ diante do Despacho SG 392/2020²⁰, que cassou a Medida Preventiva previamente interposta pela SG em desfavor da Embraport Empresa Brasileira de Terminais Portuários. Assim, o julgamento foi ao Tribunal Administrativo do Cade, o qual, em contraponto a SG, chegou ao entendimento de que a nova Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq não gera fato novo apto a ensejar mudança no entendimento da jurisprudência do Cade²¹ e entendeu estar presente o *periculum in mora* para a concessão da medida preventiva.

Cabe destacar que neste mesmo julgamento, o presidente do Cade, Alexandre Barreto, afirmou que a Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq não alterou substancialmente a legislação do setor. Adicionou que a SSE/THC2 é, basicamente, uma *essential facility*²² com um preço livre que pode ser imposto por um rival e a Antaq se recusa a regular esse preço.

No mesmo sentido, o Tribunal Administrativo do Cade proferiu outras decisões que foram para o Tribunal Administrativo em decorrência de medidas liminares que foram cassadas pela SG do Cade²³.

Todavia, até o momento, o Tribunal Administrativo analisou apenas um processo administrativo²⁴ quanto ao mérito da cobrança do SSE/THC2 após a vigência da Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq.

¹⁹ No mesmo sentido, há outras decisões da SG. Das decisões, também foram interpostos recursos: Recurso Voluntário nº 08700.004935/2020-31 interposto pela Localfrio diante do Despacho SG nº 1147 que indeferiu medida preventiva pleiteada, com vistas a cessar, a cobrança pela APM Terminais Itajaí, da taxa THC2 (Localfrio S.A. Armazéns Gerais Frigoríficos, APM Terminals Itajaí S.A.) e Recurso Voluntário nº 08700.004943/2020-88, interposto em face do Despacho SG nº 1133/2020 que indeferiu medida preventiva pleiteada pela Localfrio com vistas a cessar, a cobrança pela Portonave S.A - Terminais Portuários de Navegantes ("Portonave") da taxa THC2 (Localfrio S.A. Armazéns Gerais Frigoríficos Portonave S/A Terminais Portuários de Navegantes).

²⁰ DESPACHO SG Nº 392/2020. Em suma, a Superintendência-Geral entende que a Resolução ANTAQ nº 34/2019 colocou fim à discussão.

²¹ O entendimento majoritário se deu nos termos do voto do Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia e a decisão foi publicada no DOU em 24 de junho de 2020.

²² Em julgamento do Processo Administrativo 08012.000504/2005-15 ocorrido na 97ª Sessão do Tribunal Administrativo do Cade, o Conselho tratou sobre o tema "Essential Facility Doctrine". No voto proferido pelo ex-Conselheiro e atual Superintendente-Geral, Alexandre Cordeiro, foi indicada a definição de Sebástien: "*Em defesa da concorrência qualifica-se como essential facility o insumo essencial, indispensável, para o fornecimento de um produto ou serviço. A essencialidade se caracteriza pelo fato de ser a um terceiro impossível replicar ou substituir o insumo física ou economicamente. Exige-se, portanto, mais que uma simples posição dominante a partir do controle de um ativo ou capacidade. Para se falar em essential facility o acesso ao insumo/ativo deve ser, na prática, indispensável*". (SEI 0293589). Bibliografia referenciada no voto: SEBÁSTIEN, J. Evrard. *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*. 10 Columbia Journal of European Law, L. 491 (2004).

²³ Recurso Voluntário nº 08700.004935/2020-31, Recurso Voluntário nº 08700.004943/2020-88.

²⁴ Trata-se do PA 08700.005499/2015-51

O Relator do caso, Conselheiro Luiz Hoffmann, defendeu em seu voto²⁵, que os custos da cobrança do SSE/THC2 já estariam sendo remunerados por meio da THC.

O Conselheiro definiu dois mercados relevantes para a análise do caso como: **(i)** mercado de movimentação de contêineres (atividade à montante) e **(ii)** mercado de armazenagem alfandegada (atividade à jusante); ambos na área de influência do Porto de Suape/PE.

Uma vez definido o mercado relevante, o conselheiro passou a analisar se o operador portuário detém posição dominante. Afirmou que a posição dominante do operador portuário decorre da própria dinâmica do setor portuário, tendo em vista a relação de dependência dos recintos alfandegados com o terminal molhado. Por essa razão, a posição dominante do operador portuário no que tange à relação entre os mercados relevantes definidos, independe da aferição das participações de mercado, tendo em vista que o operador portuário é monopolista do mercado à montante no caso concreto. Contudo, também fez a ressalva ao afirmar que a mera detenção de posição dominante no mercado analisado não configura, por si só, infração anticoncorrencial, devendo o Cade apurar se houve o exercício abusivo desta posição, nos termos do art. 36, da Lei 12.529/2011.

O Conselheiro Luiz Hoffmann entende ser incontroverso que o operador portuário não cobra quando presta o serviço de armazenagem, atuando de forma verticalizada. Também afirmou que o operador portuário não conseguiu demonstrar que incorre em custos extraordinários para poder realizar a cobrança. Assim, para ele, o operador portuário abusa da sua posição dominante, uma vez que aproveita da posição que detém já que possui o monopólio da cobrança da THC e exerce uma outra em duplicidade. Dessa forma, concluiu pela condenação da Tecon (operador portuário), nos termos do art. 37, incisos, I, II, IV e §3º, incisos III, IV e X da Lei nº 12.529/2011.

A Conselheira Lenisa Prado, por sua vez, proferiu voto divergente²⁶. Para ela, a THC e a THC2 se referem a diferentes tipos de serviço. Entende a conselheira, que a THC é uma

²⁵ CADE. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51*. Voto do Relator Conselheiro Luiz Hoffmann. 2021. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPyE8wIxrIV2F7dRUaYhWER3Tf7h6wP-LpVbXxH26q5AgMNpgrFhzVd8_xrzShRwUMxl4ziJ2GP0OL_znsaIdkq>. Acesso em 18 de junho de 2021.

²⁶ CADE. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51*. Voto Vista da Conselheira Lenisa Prado. 2021. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtn-M9J6Btqm0_LpFfVrdZH0lf5FszZFutDobaLvg_VoUdm9mcJjWs-h9cO12c-VwC6x76hsqZtw4X4I1RI6yQ>. Acesso em 18 de junho de 2021.

contraprestação financeira exigida para todo e qualquer contêiner que sai do navio, ou seja, é a remuneração mínima exigida pelos serviços portuários considerados essenciais. Porém, na visão da conselheira, a THC2 ou o SSE se refere a outro serviço, qual seja, a movimentação horizontal de cargas. Esse serviço é excedente e executado após o recebimento da carga. Assim, implica nova relação jurídica, somente para contêineres solicitados e não de forma indiscriminada como a THC. Dessa forma, para a conselheira, não se trata de cobrança em duplicidade, mas sim necessária, de modo a se cumprir com o estabelecido pela Antaq.

Por seu turno, o Conselheiro Luis Braido proferiu voto²⁷ sobre a controvérsia, apesar de ter acompanhado o Conselheiro Relator Luiz Hoffmann em suas conclusões, apresentou tese distinta. Em um primeiro momento, o Conselheiro Luis Braido afirmou que o caso abrange um ilícito por efeitos, ou seja, possuem presunção de ilicitude, cabendo ao Cade aplicar a regra da razão, por ser aprofundada, para verificar se a conduta possui efeitos anticompetitivos, ainda que potenciais.

Em seguida, o conselheiro afirmou que a Antaq aprovou a Resolução Normativa nº 34/2019, a referida RN 34, que dispõe sobre protocolos a serem adotados por portos à luz das leis portuárias. Para o conselheiro, o serviço de segregação e entrega em si não é ilícito, mas a inexistência de regulação não afasta a competência do Cade para opinar sobre a questão.

Ato contínuo, comparou os arts. 9º de ambas as resoluções, a de 2012 e a de 2019 e entendeu que permitem as mesmas práticas, ou seja, não retiram o potencial de o operador portuário abusar de sua posição dominante para cobrar a THC2. Pela relevância do tema, cabe a transcrição e o cotejo:

²⁷ CADE. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51*. Voto Vista Conselheiro Luis Braido, 2021. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP3O0a1GMZdlGqMAhNzTD2ftrt02zuieE4WDcb19wfaFhNjif7D9gKvFAiLfk1oICa5MoJsHYmd1VZPbkNNCu90>. Acesso em 18 de junho de 2021.

Resolução Antaq 2389/2012	Resolução Antaq 34/2019
<p>Art. 9º Os serviços de recebimento ou de entrega de cargas para qualquer outro modal de transporte, tanto dentro quanto fora dos limites do terminal portuário, não fazem parte dos serviços remunerados pela <i>Box Rate</i>, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.</p>	<p>Art. 9º O SSE na importação não faz parte dos serviços remunerados pela <i>Box Rate</i>, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.</p> <p>Parágrafo único. No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a Antaq poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição.</p>

Da análise dos normativos, por considerar que os dispositivos permitem o abuso de posição dominante, a nova resolução não enseja novos motivos para não aplicar a jurisprudência do Cade.

Em seu voto, o conselheiro também afirmou que a prática da cobrança de SSE/THC2 gera efeitos anticoncorrenciais, pois o operador portuário não cobra o preço quando presta o serviço de forma verticalizada. Assim, cobra apenas dos concorrentes. Ademais, para o conselheiro, não restou comprovado que os custos do SSE/THC2 são diferentes e afirmou que para que o operador portuário cobre mais, é necessário provar que os custos são diferenciados.

Dessa forma, o conselheiro não entrou na questão da duplicidade da cobrança (como ocorre no voto do Conselheiro Luiz Hoffmann), pois, para ele, os problemas concorrenciais antecedem essa questão, uma vez que o operador portuário atua em situação de monopólio, tendo em vista que as opções do importador são muito limitadas em portos vizinhos. Por essas razões, entende que há abuso de posição dominante por parte do operador portuário.

Por fim, o Conselheiro Sérgio Ravagnani proferiu seu voto²⁸ na Sessão Ordinária de Julgamento ocorrida em 03 de fevereiro de 2021. O Conselheiro votou pelo arquivamento do processo administrativo, por não ter identificado indícios suficientes de que a cobrança do SSE/THC2 poderia limitar ou trazer prejuízos à concorrência. O Conselheiro, contudo, ainda

²⁸ CADE. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51*. Voto Vista Conselheiro Sérgio Ravagnani, 2021. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMsG3Y6Sa2nzlbKMnThUmCg7RIIHqIFljskarKmOCbzM8zWC3jnfjOyZbBVbLoFfOfn6j4kFjZrDdovIglRBCS6>. Acesso em 18 de junho de 2021.

votou pela determinação à Tecon Suape S.A. de que atualizasse sua tabela de preços para tornar claro quais serviços são abarcados pela SSE/THC2.

Assim, apesar da posição contrária dos conselheiros Sérgio Ravagnani e Lenisa Prado, o Tribunal Administrativo manteve o entendimento de que a cobrança da SSE/THC2 é uma conduta anticoncorrencial.

5.2. Decisões da Antaq

É possível depreender que a Antaq entende como legal e legítima a cobrança dos valores de SSE/THC2 pelos terminais portuários, nos termos da RN 34. Contudo, reiteradamente ocorrem denúncias contra os operadores portuários por supostas abusividades nos valores cobrados por este serviço, conduta que poderá caracterizar práticas anticoncorrenciais e/ou infração à ordem econômica.

De fato, as práticas abusivas podem opor riscos para a competição saudável do setor portuário. Entretanto, a mera protocolização de uma denúncia não torna a prática automaticamente ilegal. Faz-se necessário todo o escrutínio de investigação por parte da Antaq, bem como a observância do devido processo legal, perpassando pela ampla defesa e contraditório, até que se possa efetivamente constatar a ilegalidade incontestável da prática.

Contudo, até o encerramento do presente estudo, não há uma metodologia, ou um procedimento definido para que se possa verificar a prática ilegal e abusiva dos valores cobrados.

Tais fatos se tornam visíveis quando, em relação à legalidade da cobrança, a Deputada Estadual Paula, de Santa Catarina, solicitou informações acerca das alegações de que a cobrança de SSE/THC2 no Complexo Portuário de Itajaí-Navegantes seria abusiva. A setorial técnica da Antaq elaborou a Nota Técnica nº 288/2020/GRP/SRG²⁹ e destacou:

“Inicialmente, cabe destacar que ficou expresso na Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 que a cobrança pelo Serviço de Segregação e Entrega - SSE (vulgarmente chamado de THC-2) não é um ilícito per se, e não cabe ação da Agência para que a sua cobrança seja impedida, salvo a caracterização dos pressupostos discutidos adiante.

Nos termos do art. 6º, §1º da RN 34/2019, a cobrança pelo SSE nas instalações portuárias em geral é justificável e razoável - tudo mais ausente, quando afastada a incidência de práticas anticompetitivas e a falta de modicidade, corresponde a uma contraprestação objetiva.”

Cumprido ressaltar que a resposta oficial encaminhada para a Deputada foi que o tema

²⁹ Processo nº 50300.016273/2020-11.

indagado à Agência está sendo analisado no âmbito do processo nº 50300.008713/2020-67, o qual recentemente trata da regulamentação do art. 9º, parágrafo único da Resolução Normativa nº 34/2019-Antaq.

Sobre a falta de metodologia para abusividade, durante a 475ª Reunião Ordinária da Diretoria, realizada em 08/04/2020, a Diretoria Colegiada da Antaq, ao julgar o Processo nº 50300.002858/2020-54³⁰, sobre a apuração de denúncia de abusividade na cobrança do SSE/THC2, entendeu pela legalidade da cobrança dos preços referentes ao SSE/THC2. Um dos argumentos apresentados foi de que não há metodologia definida para constatar a abusividade dos preços, o que não permite uma intervenção responsável pela Agência na atividade econômica, pois não seria possível atestar se a cobrança era de fato abusiva.

O posicionamento da Agência Reguladora está alinhado ao disposto na Resolução Normativa nº 34/2019, prezando pela legalidade da cobrança do SSE/THC2, salvo nos casos que configuram prejuízo à concorrência, os quais estão sujeitos às penalidades e sanções nos termos da norma. Contudo, cabe salientar que a falta da metodologia de identificação de abusividade contribui para a insegurança jurídica das decisões e para o dissenso entre a Antaq e o Cade.

5.3. Decisões do Judiciário

Por fim, para ilustrar as divergências sobre o tema e demonstrar que a controvérsia não está pacificada, no poder Judiciário, Justiça Federal e Estadual, há posições divergentes.³¹

³⁰ Transcrição da Ata da 475ª Reunião Ordinária da Diretoria da Antaq - Processo Conductor nº 50300.002858/2020-54: Relator: Francisval Mendes: “O Diretor Relator votou como segue: “[...] II - Indeferir o pedido cautelar formulado, tendo em vista que não se vislumbrou a presença do requisito da fumaça do bom direito, ante a **inexistência de definição acerca da metodologia de análise de abusividade que permita a constatação e intervenção da Agência na atividade econômica com segurança e responsabilidade** [...]”; III - No mérito, julgar improcedente a Denúncia formulada, **face a inexistência de meios, no momento, de se apurar de forma definitiva a existência da abusividade que o Denunciante tenta fazer prevalecer**; [...]” (grifo nosso). ANTAQ. *Processo nº 50300.005117/2020-25*. 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3FLWUbn>>. Acessado em 23 de novembro de 2021.

³¹ Em pesquisa jurisprudencial não exaustiva, foram identificados os seguintes casos na Justiça Estadual: (i) Apelação no 156803-2 (1ª Câmara Cível do TJ/PE), (ii) Apelação no 0311872-35.2016.8.24.0033 (5ª Câmara de Direito Comercial do TJ/SC), (iii) Agravo de Instrumento no 2092429-59.2017.8.26.0000 (23ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP), (iv) Apelação no 1000200-26.2018.8.26.0562 (13ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP), (v) Processo no 1023375-03.2018.4.01.3400 (4ª Vara Cível do TJ-DF). Por sua vez, na Justiça Federal foram identificados os seguintes casos: (i) Apelação no 0014995-56.2005.4.03.6100/SP (TRF-3); (ii) Apelação no 2005.34.00.037482-6/DF (TRF-1); (iii) Apelação no 0020121-87.2005.4.03.6100/SP (TRF-3); (iv) Processo no 1005826-43.2019.4.01.3400 (17ª Vara Federal Cível SJDF); (v) Agravo de Instrumento no 5006342-19.2020.4.03.0000 (TRF-3); (vi) Agravo de Instrumento no 1001819-52.2021.401.0000

Em 2020, foi proferida decisão no âmbito da Justiça Federal da 1ª Região, 4ª Vara Federal Cível (Processo 1023375-03.2018.4.01.3400). A sentença anulou a decisão emitida pelo Cade no âmbito do Recurso Voluntário 08700.005723/2018-57, mantendo legítima e exigível a cobrança do preço referente ao serviço de segregação e entrega de contêiner pela Brasil Terminal Portuário S.A. De acordo com tal decisão, deve prevalecer a competência da Antaq com a regulamentação que lhe é inerente e autoriza a cobrança do serviço de segregação e entrega, mesmo que não seja eliminada a competência do Cade. Assim, os pedidos foram julgados procedentes confirmando tutela de urgência deferida para determinar a anulação da decisão do Cade e, em consequência, declarar o direito do autor de cobrar a tarifa referente ao SSE.

O Cade interpôs apelação, bem como Marimex, habilitada como terceira interessada. Por sua vez, a Brasil Terminal Portuário interpôs contrarrazões.

Este caso é mais um exemplo de que a decisão sobre o tema não se esgota.

Por sua vez, também foram identificadas decisões do Supremo Tribunal de Justiça.³² No AREsp 1.537.395, o STJ afirmou que o SSE envolve serviços adicionais, que não são contemplados pela box rate e não remunerados pela THC.

Ainda, em recente decisão monocrática³³, em favor do Cade, o Ministro Humberto Martins suspendeu as decisões proferidas nos autos dos Agravos de Instrumento 1001819-52.2021.401.0000 e 1008154-87.2021.401.0000, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Afirmou que não deve haver interferência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Executivo ou demais órgãos reguladores, sem que haja caracterização de desvio de finalidade, o que poderia justificar a tomada da decisão pelo Poder Judiciário, de maneira excepcional.

5.4. Memorando de Entendimentos nº 01/2021 entre Antaq e Cade

Em 17 de junho de 2021, o Cade e a Antaq assinaram, com a interveniência do

(vii) Agravo de Instrumento no 1008154-87.2021.401.0000.

³² Foram identificadas as seguintes decisões no Supremo Tribunal de Justiça: (i) AREsp no 1.441.228 e (ii) AREsp no 1.537.395.

³³ Suspensão de Liminar e de Sentença Nº 2910 - DF (2021/0096289-2)

Ministério da Infraestrutura, o Memorando de Entendimentos nº 01/2021³⁴, sobre os procedimentos de cooperação na análise de cobranças sobre o serviço de segregação e entrega imediata de cargas em regime de trânsito aduaneiro.

O objeto do memorando foi firmar a cooperação e atuação integrada das autarquias para estabelecer a análise de indícios de abusividades e infrações à ordem econômica na cobrança do SSE/THC2. O documento torna clara a atuação do Cade, sem afastar as competências da Antaq, bem como determina que o Conselho deverá formular consulta prévia à Agência caso identifique irregularidades. Ainda estabelece o dever de comunicação entre os órgãos sobre instauração de processos sobre SSE/THC2 e suas decisões.

Foi estabelecido, também, o prazo até setembro de 2021 para que a Antaq conclua a metodologia para identificação de abusividade na cobrança do SSE/THC2, com auxílio do Cade, contendo o fluxograma de tramitação de denúncias e o procedimento para o cálculo dos preços.

O memorando vem como um importante instrumento na pacificação da cobrança do SSE/THC2 e contribui, portanto, com a conclusão do presente trabalho.

Conclusão

A primeira conclusão que se pode inferir é a carência de segurança jurídica para todos os envolvidos na operação portuária. Em relação especificamente ao operador, uma vez que a Agência Reguladora competente do setor permite que a cobrança do serviço de segregação e entrega ocorra, sendo que posteriormente, a mesma cobrança, poderá acarretar multa ao operador portuário, considerando o atual entendimento do Cade segundo o qual a conduta resulta em abuso de posição dominante. Ou seja, o agente será multado, por uma autarquia antitruste, por realizar uma conduta que foi permitida pela autarquia de regulação setorial.

Cabe destacar que não existe hierarquia entre o Cade e as demais Agências Reguladoras. Inclusive a Lei das Agências Reguladoras, como já indicado, apresenta um capítulo para tratar sobre a interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência, dos arts. 25 a 28. O art. 25 desta lei expressa o dever da cooperação entre as agências e os órgãos de defesa da concorrência. Contudo, tal intenção é falha no caso da

³⁴ ANTAQ. *Memorando de Entendimentos nº 01/2021*. 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/2021/Acordo-Cade-e-ANTAQ.pdf>>. Acesso em 16 de novembro de 2021.

cobrança do SSE ou THC2, uma vez que duas autarquias com poderes emanados pela União caminham em sentidos opostos gerando grande insegurança jurídica aos envolvidos.

Sobre esse assunto, destaca-se o princípio de autovinculação e coerência dos atos estatais trazido por Rafael Oliveira (2019):

“Não é razoável conceber que a Administração Pública exerça suas atividades de forma aleatória e irracional, o que acarretaria insegurança jurídica e colocaria em risco a efetividade dos direitos fundamentais. A previsibilidade gerada pela atuação administrativa coerente é uma exigência do Estado Democrático de Direito, bem como dos princípios da segurança jurídica, da razoabilidade e da isonomia.

[...]

Em suma, no Estado Democrático de Direito pressupõe coerência na atuação estatal, afigurando-se indesejada a conduta contraditória nas relações jurídicas com os cidadãos.”

Destaca-se, ainda segundo o autor, que a autovinculação não visa cercear as decisões administrativas. Nesse sentido, quando devidamente motivada, a administração poderá mudar seu entendimento e aplicar nova orientação.

As recentes decisões do Cade levam a crer que regras mais claras estabelecidas pela Antaq seriam importantes para mitigar os problemas que surgem em decorrência da cobrança do título. Isso porque, como já apontado pela Antaq, a ausência de metodologia para verificação e constatação da abusividade de cobrança no SSE ainda não foi concluída pela agência reguladora. Desse modo, não existe método nem parâmetros que permitam uma intervenção responsável sobre um tema sensível, qual seja, o controle de preços.

Esse dissenso acaba por ensejar uma maior entrada de ações questionando a legalidade da cobrança do SSE/THC2 perante o Cade pelos agentes contrários ao valor, uma vez que por ter a sua legalidade pacificada dentro da Antaq não vingaria ações com tal teor.

Contudo, cumpre salientar que no âmbito de debate da Antaq atualmente está em evidência a discussão acerca da criação de preço-teto e franquia a nível nacional para a cobrança do SSE/THC2, não sendo objeto do presente estudo, o qual se ateve ao conflito decorrente da divergência entre as autarquias federais.

Sendo assim, pode-se concluir que a insegurança jurídica, proveniente do conflito de entendimentos entre o Cade e a Antaq acerca do cabimento da cobrança do SSE, ou THC2, pode ser reduzida quando for estabelecido a metodologia de identificação de cobranças abusivas pela Agência Reguladora, o que facilitaria a caracterização dos casos que estariam sujeitos à análise de defesa da concorrência, bem como o cabimento da estipulação de preço-teto no caso concreto.

A assinatura do Memorando de Entendimentos nº 01/2021 entre Antaq e Cade sugere a possibilidade de eliminar ou, pelo menos, mitigar os conflitos entre decisões das autarquias, trazendo maior segurança jurídica para os agentes envolvidos. A segurança jurídica sobre essa questão, por sua vez, poderá conferir maior estabilidade ao setor como um todo, tornando-o mais atrativo para investidores e atraindo um maior número de interessados.

Sugere-se para os próximos estudos, o contínuo acompanhamento do tema junto às autarquias federais, Antaq e Cade, bem como o desenvolvimento dos julgamentos judiciais, uma vez que o assunto ainda possui diversos entendimentos e não há indícios de pacificação da matéria que há vários anos vem sendo destaque de estudos, processos e conflitos.

REFERÊNCIAS

ANTAQ. Resolução Normativa nº 34/2019. Disponível em:
<<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-n-34-de-19-de-agosto-de-2019-211683225>>. Acessado em 22/11/2020

_____. Resolução Normativa nº 2.389/2012. Disponível em:
<<http://web.antaq.gov.br/portalv3/pdfSistema/Publicacao/0000004915.pdf>>. Acessado em 22/11/2020.

_____. Ata da 475ª Reunião Ordinária da Diretoria, 2020, Brasília, Distrito Federal, 17 p. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/05/Ata-475%C2%AA-ROD.pdf>>. Acessado em 24/11/2020.

_____. *Memorando de Entendimentos nº 01/2021*. 2021. Disponível em:
<<https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/2021/Acordo-Cade-e-ANTAQ.pdf>>. Acesso em 16 de novembro de 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.478/1997*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acessado em 22/11/2020.

_____. *Lei nº 12.529/2011*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acessado em 22/11/2020.

_____. *Lei nº 10.233/2001*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm>. Acessado em 22/11/2020.

_____. *Lei nº 12.815/2013*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm>. Acesso em 22/11/2020.

CADE. *Ata da 166ª Sessão Ordinária de Julgamento, 2020*. Disponível em: Disponível em:
<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?

DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-
n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMrtELashbSvvr5K8TX_K8_wXLNXv07iwn2OfkDU9AJd4L
4W8BJeq5ba8oeL_MFKAi4WI-TioXWEFoK6yRkUZB8>. Acessado em: 25/11/2020.

_____. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51. Voto Vista Conselheiro Sérgio Ravagnani*, 2021. Disponível em:
<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMsG3Y6Sa2nzlbKMNThUmCg7RIIHqFljkskarKmOCbzM8zWC3jnfjOyZbBVbLoFfOfn6j4kFjZrDdovIglRBCS6>. Acesso em 18 de junho de 2021.

_____. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51. Voto Vista Conselheiro Luis Braido*, 2021. Disponível em:
<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP3O0a1GMZdlGqMAhNzTD2ftrt02zuieE4WDcb19wfaFhNjiF7D9gKvFAiLfk1oICa5MoJsHYmd1VZPbkNNCu90>. Acesso em 18 de junho de 2021.

_____. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51. Voto Vista da Conselheira Lenisa Prado*. 2021. Disponível em:
<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMtn-M9J6Btqm0_LpFfVrdZH0lf5FszZFutDobaLvg_VoUdm9mcJjWs-h9cO12c-VwC6x76hsqZtw4X4I1RI6yQ>. Acesso em 18 de junho de 2021.

_____. *Processo Administrativo: 08700.005499/2015-51. Voto do Relator Conselheiro Luiz Hoffmann*. 2021. Disponível em:
<https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPyE8wIxrlV2F7dRUaYhWER3Tf7h6wP-LpvbXxH26q5AgMNpgrFhzVd8_xrzShRwUMxl4ziJ2GP0OL_znsaldkq>. Acesso em 18 de junho de 2021.

_____. *Mercado de Serviços Portuários*. 2017. Disponível em:
<<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-servicos-portuarios-2017.pdf>>. Acessado em 22/11/2020.

COLLYER, Wesley O. A importância do direito marítimo e da regulação dos transportes e portos para o desenvolvimento da logística. In: *Journal of Transport Literature*, v. 7, n. 1, p. 194-201, 2013. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-10312013000100012&lang=pt>. Acessado em 22/11/2020.

FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=98881>>. Acessado em 22/11/2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da advocacia pública no dever de coerência na administração. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, p. 382-400, mai/ago. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/392/369>>. Acessado em 15/07/2021.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do Cade. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v.12, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000100013&lang=pt>. Acessado em 22/11/2020.

PHAN, Mai-Ha Thi; KIM, Kap Hwan. *Estimating the Cycle Time of Container Handling in Terminals*. Department of Industrial Engineering, Pusan National University, 2012. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Mai_Ha_Phan/publication/284190458_ICLS2012_183_special_issue_121126/links/564fc99408aefe619b120cb9/ICLS2012-183-special-issue-121126.pdf>. Acessado em 22/11/2020.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RENÚNCIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS: POSSIBILIDADES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

DISCLAIMER OF FUNDAMENTAL RIGHTS: POSSIBILITIES IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Bruno Pinto e Silva¹

Resumo: o presente estudo visa discutir o cabimento ou não da referida renúncia dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, tendo em vista que em decorrência da característica da inalienabilidade destes, seriam também irrenunciáveis e, por conseguinte, estariam fora do escope de possibilidade de serem objeto de um enfraquecimento de posição jurídica. Todavia, existe posição dissidente que aceita a renúncia de direitos fundamentais e a enxerga como exercício legítimo de posição jurídica, elencando elementos, requisitos e fundamentos. Por tudo isso, trazemos tais premissas para a realidade brasileira.

Abstract: The present study aims to discuss the appropriateness or not of the aforementioned resignation within the Brazilian's Democratic State of Law, considering that due to the characteristic of their inalienability, they would also be irrevocable and, therefore, outside the scope of the possibility of being the object of a weakening of legal position. However, there is a dissenting position that accepts the waiver of fundamental rights and sees it as a legitimate exercise of legal position, listing elements, requirements and grounds. For all these reasons, we bring such premises to the Brazilian reality.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Renúncia. Enfraquecimento de Posições Jurídicas.

1 INTRODUÇÃO

Dentro da perspectiva de Direitos Fundamentais, estes compõem o núcleo do ordenamento jurídico, haja vista serem, em sua essência, os valores mais importantes para a vida em sociedade.

Tais direitos derivam do fenômeno do Constitucionalismo, sendo este compreendido como limitação de poder e supremacia da lei (“rule of the law” ou Estado de direito), conforme nos ensina BARROSO (2009, p. 6). Assim sendo, os direitos fundamentais representam uma parcela de renúncia estatal de poder, em detrimento da consagração do ser humano como destinatário da existência do Estado.

¹ Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo IDP. LLM em Controle e Combate à Corrupção pelo IDP. Promotor de Justiça do Estado da Bahia. Ex-Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso.

Esta, todavia, não foi sempre a perspectiva dos detentores de poder. O aparato estatal era organizado para contemplar os interesses do soberano e seus asseclas, nada mais. Não existia sequer uma ideia utópica de bem comum ou de interesse social, mas somente uma simbiose entre o interesse do déspota e o interesse do Estado.

Quando a democracia passa a ser o regime predominante no ocidente, sobretudo após as grandes guerras do século XX e o inegável massacre de parcela da população não abarcada pelos fins que aqueles Estados derrotados queriam imprimir, verifica-se a necessidade de consagração de Direitos mais universais possíveis, titularizados pelos indivíduos, não importando credo, etnia, origem ou outras características pessoais. Assim, exurgem os Direitos Humanos, contemplados sob a ótica do Direito Internacional, conforme tratado por SARLET (2019, p. 653).

Sustenta SIQUEIRA (2016, p. 188-189), que desde a Revolução Francesa e independência dos Estados Unidos, já estavam consagrados como forma de limitação do Poder de “imperium” estatal, uma primeira dimensão de direitos fundamentais, as liberdades públicas. Elas podem ser compreendidas, resumidamente, como um plexo de limitações estatais que visam assegurar o âmbito de liberdade individual e, por isso, se concretizam através de uma abstenção estatal. Em paralelo, todavia, também representam uma faculdade de exercício por parte do titular.

Dentro destas liberdades públicas, que possuem no próprio Direito de Liberdade (Geral), bem como informa SARLET (2009, p. 621), seu maior expoente, fica consagrado um dever de abstenção estatal pelo qual se deriva a lógica de que o indivíduo pode fazer tudo aquilo que não for proibido, enquanto o Estado só poderá atuar no estrito limite daquilo que lhe for permitido.

Não menos importante é analisar detidamente os direitos fundamentais de primeira geração. Em uma vertente, há importância para este trabalho discutir a dicotomia funcional de objetivo/subjetivo; isto é, compreender que de um lado temos uma função de garantia pessoal de posição jurídica de abstenção para exercício de liberdade individual (CRORIE, 2013); bem como também vislumbrar que a liberdade individual e o conseqüente comportamento permissivo do Estado autorreferenciam e reafirmam a legitimidade do Ente Público (CRORIE, 2013). É dizer, existe um interesse coletivo na abstenção estatal como fundamento para a constante legitimação da existência do Estado.

Ainda nesta perspectiva de análise pormenorizada, se faz mister aprofundar às características mais celebradas desta categoria de direitos, vez que devidamente consagradas pela cultura jurídica. A posição majoritária, por todos CANOTILHO (2012, p. 470), consagra a inalienabilidade para justificar, em grande medida, a irrenunciabilidade de tal categoria jurídica, quase que numa lógica sofista.

Ao analisar tal premissa, ousamos aprofundá-la para realmente verificar seu acerto, ou melhor dizendo, se caberia realizar uma filtragem desta perspectiva para vislumbrar novo espaço de conformação na relação Estado x indivíduo.

Esta possibilidade de discussão inicia-se com o também consagrado reconhecimento da existência de limitações de direitos fundamentais, matéria que vem recebendo diversos apontamentos, seja em sede doutrinária, seja sob a perspectiva jurisprudencial.

Com isso, nos credenciamos para avançar a discussão até a categoria jurídica da renúncia, sob o enfoque de Direito Constitucional e não meramente no que tange à lógica civil. Cabendo aqui argumentar se tal instituto seria aplicável a temática mais cara do Direito Público, isto é, direitos fundamentais.

Devemos para tanto, na abordagem da renúncia, diferenciá-la das figuras jurídicas que a tangenciam, a fim de expurgar qualquer confusão teórica de institutos jurídicos diferentes.

Além disso, devemos investigar os fundamentos que sustentam esta possibilidade de enfraquecimento de posição jurídica de direito fundamental. Por vezes, justifica-se que a renúncia deve ser entendida como uma forma de manifestação de cada Direito Fundamental em si; por outras vezes, baseada na própria Dignidade da Pessoa Humana; tal como também se vincula esta possibilidade na garantia do livre desenvolvimento da liberdade e até sendo uma conjunção desses dois últimos princípios narrados acima.

Mais que sua justificação, a doutrina – ADAMI (2011, p. 88-120) – também elenca requisitos mínimos para que se leve a efeito a renúncia, isto é, discute-se quais seriam os elementos essenciais para o exercício deste instituto. Ganha especial relevo a análise do elemento volitivo do indivíduo, perpassando sobre sua capacidade de consentir, a inequívoca expressão de vontade de aquiescer, além da ausência de elementos que possam macular a higidez deste desejo individual. Neste particular, verifica-se se há a presença de algum elemento acidental causado por parte do Estado para subjugar o titular de Direito Fundamental; em havendo, inválida a declaração de vontade.

Importante dizer que a forma de se aferir a validade da vontade perpassará a valoração da cognição individual, deixando-se clara a necessidade de tocar em dois pontos: grau de informações dispensados ao particular e a procedimentalização como dever da Administração para ver a renúncia surtir os efeitos desejados.

Em paralelo, de maneira indireta, questiona-se a possibilidade de o Estado proteger o indivíduo dele mesmo, configurando, haja vista que na eventual ablação desta faculdade, em um verdadeiro Estado paternalista, que cuida exageradamente do ser humano, tolhendo-lhe a possibilidade de autodeterminar-se, a partir de conceitos morais majoritários.

Após pormenorizar todos esses pontos, finalizamos esta breve exposição com a consignação de nossa posição e com a demonstração de aplicação da tese da renúncia em um caso de interrupção de gravidez de feto com má formação em que terceiro maneja “writ” em favor do feto para que a gravidez se desenvolva mesmo sem a vontade da gestante que anteriormente já possuía um alvará judicial que lhe autorizava interromper a gravidez indesejada.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONCEITO E DIMENSÕES

Os direitos fundamentais, na concepção de PIEROTH e SCHLINK (2011, p. 21), podem ser compreendidos na seguinte ambivalência:

A evolução histórica permite reconhecer duas linhas: por um lado, os direitos fundamentais são entendidos como direitos (humanos) do indivíduo anteriores ao Estado; a liberdade e a igualdade dos indivíduos são condições legitimadoras da origem do Estado, e os direitos à liberdade e à igualdade vinculam e limitam o exercício do poder do Estado. Por outro lado, na evolução alemã, também se entendem como fundamentais os direitos que cabem ao indivíduo não já como ser humano, mas apenas enquanto membro do Estado, direitos que não são anteriores ao Estado, mas que só são outorgados pelo Estado. Porém, também aqui os direitos fundamentais são direito individual e, por via da construção da autovinculação, produz-se um compromisso do exercício do poder do Estado sobre os direitos fundamentais: as ingerências na liberdade e na propriedade carecem de lei para a sua justificação.

Por certo, este recorte não limita a abrangência de tal conceito, entretanto, serve para demonstrar que os direitos fundamentais se encontram em “locus” de constante evolução.

Inicialmente, temos a luta social por liberdades públicas, estas entendidas como sendo um conjunto de abstenções do Poder Público para se referendar a autodeterminação individual dos cidadãos.

Assim sendo, deveria o Estado respeitar esse espaço de conformação individual, a fim de que houvesse um mínimo de garantia de liberdade. Esta concepção se enquadra na denominada primeira geração de direitos fundamentais.

Já com o avanço do Estado do Bem Estar Social, para além das liberdades públicas e comportamento negativo por parte do Estado, a reivindicação passou a ser pela garantia de prestações positivas. Desta forma, saúde, educação, moradia e outros interesses emergiram para a concretização da cidadania material, sendo esta parcela de direitos denominados de segunda geração.

Por último, segundo o entendimento majoritário (BONAVIDES, 2004, p. 569-570), temos a terceira geração de direitos, estes ligados à fraternidade, tais como meio ambiente ecologicamente equilibrado, ordens econômica e financeira hígdas, tutela efetiva do consumidor, tal como tantos outros.

Os direitos fundamentais, também, comportam outra classificação importante: âmbito subjetivo e objetivo. Segundo HESSE (1988, p. 228-244), pelo primeiro, temos o reconhecimento de titularidade dos direitos fundamentais pelos indivíduos e sua oponibilidade face ao Poder Público. Já pelo segundo, temos a concepção segundo a qual eles contemplam um plexo de valores objetivos básicos que dirigem a atuação positiva do Poder Público, não se limitando às garantias individuais. É dizer, servem para a garantia de higidez e legitimidade do próprio sistema típico do Estado de Direito.

Dentro dessa última perspectiva, a doutrina – SARLET (2019, p. 446) – costuma identificar a denominada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, ou seja, a percepção pela qual tais Direitos geram efeitos sobre o resto do ordenamento jurídico, vindo a servir de bússola interpretativa e ganhando reforço de juridicidade por tal categoria de Direitos, ou nas palavras de VALE (2009):

“Em primeira linha, o significado axiológico dos direitos fundamentais revela o efeito de irradiação por todo o ordenamento jurídico das normas constitucionais que os definem. Esse efeito de irradiação afeta as três funções do Estado: se estende à conformação material das normas pelo legislador, que devem incorporar os valores expressos no conteúdo objetivo dos direitos fundamentais; à atuação do Poder

Executivo, em suas funções administrativas ou normativas; e à interpretação e aplicação das normas por parte dos juízes.

O conteúdo valorativo das normas de direitos fundamentais tende a impregnar todo o funcionamento do ordenamento jurídico e de seus subsistemas, mesmo os de direito privado, o que revela uma peculiar vis expansiva das normas de direitos fundamentais”.

Isto é, o ordenamento deve ser organizado a partir e para alcançar o máximo de concretude dessa categoria jusnormativa. Por tudo isso, não se pode olvidar que no prostrair do tempo, os institutos devem ser reavaliados e relidos à luz dos Direitos Fundamentais, sob pena de termos um processo de afastamento entre o epicentro do ordenamento e as categorias jurídicas que tangenciam esse núcleo.

2.2 CARACTERÍSTICA

Outra importante abordagem sobre o assunto é a identificação das características desses direitos fundamentais, já que duas dessas categorias são de suma importância para a discussão do tema da renúncia.

Em primeiro lugar, identificamos a historicidade como característica dos direitos fundamentais. Por esta concepção, os sobreditos direitos decorrem de uma evolução histórica e assim sendo, estão em constante evolução para abarcar novas parcelas da realidade social, isto é, dentro desta perspectiva temos a temática dos “novos direitos”.

Além disso, a doutrina também identifica na universalidade característica pela qual os direitos fundamentais destinam-se, sem distinção, a todos os seres humanos, exatamente pela condição de pessoa.

Também temos a relatividade/limitabilidade como característica desta categoria de direitos. Nesta toada, se conclui não existir direito fundamental absoluto quando de eventual conflito com outro direito de mesma categoria. Assim sendo, no caso concreto, é possível identificar a possibilidade de cessão de espaço de um direito em favor do outro, a fim de melhor concretizar a Dignidade da Pessoa Humana, ápice do vetor axiológico do ordenamento jurídico brasileiro.

Outra característica importante é a inalienabilidade. Por esta, tem-se que tal categoria de direitos não contempla negociação ou transferência, sobretudo diante do fato de serem, mormente, desprovidos de conteúdo patrimonial.

Desta perspectiva surgem as ideias de indisponibilidade e irrenunciabilidade como sinônimos. MENDES (2014, p. 92) enuncia que:

“Inalienável é um direito ou uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica – renúncia, compra e venda, doação –, quer material – destruição material do bem. Isso significa que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente. Nesse sentido, o direito à integridade física é inalienável, o indivíduo não pode vender uma parte do seu corpo ou uma função vital, nem tampouco se mutilar voluntariamente”.

Dentro exatamente desta construção teórica é que nos cabe desmistificar a possibilidade ou não de enfraquecimento consentido de posição jurídica por parte do próprio titular do Direito Fundamental, relendo a inalienabilidade e a indisponibilidade.

Esta matéria não é muito explorada e aceita na doutrina brasileira. Entretanto, esta concepção foi minimamente explorada por algumas poucas vozes dissonantes nesta pátria e encontra boa reverberação no direito alienígena, sobretudo o Direito português e Direito alemão, este último, com vasta construção dogmática sobre o tema.

3. RENÚNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. INTRODUÇÃO E DIFERENCIAÇÕES

A temática da renúncia encontra grande resistência no direito brasileiro, em especial, diante da leitura quase mecanizada de premissas repetidas reiteradamente. O instituto jurídico da renúncia encontra guarida na seara infraconstitucional, sendo seu maior e mais típico “locus”, o Código Civil brasileiro – Lei 10.406/02 – que recebe tratamento em diversos dispositivos.

Também temos boa aceitação e dogmática da renúncia no âmbito do Direito Penal, em que o consentimento é tratado desde a causa de exclusão de tipicidade até a extinção de punibilidade.

De “lege ferenda”, temos a questão da autocolocação em risco como elemento da imputação objetiva, criação esta devidamente tratada por ROXIN (2006, p. 107-108) e a partir

dela, percebemos um freio na visão paternalista de Estado e consequente diminuição da incidência de seu “*ius puniendi*”².

Todavia, esta questão não ganha a mesma aceitação no que tange ao Direito Constitucional e, em especial, no que se refere aos direitos fundamentais. A doutrina que aceita e trata do tema, para fazê-lo, primeiramente, o distingue de institutos que podem causar algum tipo de confusão.

3.1.1 DAS FIGURAS PARCELARES DIVERSAS DA RENÚNCIA – O NÃO EXERCÍCIO, PERDA, SUSPENSÃO, RESTRIÇÕES, LIMITAÇÕES E A DESISTÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No não exercício, o titular do direito fundamental opta por não exercer a posição jurídica que ostenta, sendo que tal opção decorre de uma faculdade e não uma obrigação, sendo esta a posição de MENDES (2006, p. 123-124). Por isso, não possui vinculação, tal como também não gera a abdicação de tal direito.

Na perda e na suspensão temos uma afetação de posição jurídica de direito fundamental pela qual há enfraquecimento. Contudo, esta piora de posição jurídica não decorre da vontade do seu titular, mas sim uma imposição externa (ADAMI, 2011, p. 88-120).

No que diz respeito à perda, ela pode ser entendida como sendo a sanção de duração indeterminada, enquanto a suspensão se dá por tempo determinado.

Assim, por exemplo, no direito pátrio, temos as previsões contidas no art. 15, da CRFB/88, como hipóteses de perda e suspensão de direitos fundamentais relacionados à capacidade eleitoral passiva.

Outras figuras que tangenciam a renúncia são a restrição e limitação, estas também de natureza heterônoma e que comportam, em verdade, posições jurídicas “*prima facie*” dos

² Claus Roxin, quando trata de sua imputação objetiva, importante filtro de responsabilização jurídica em delitos de domínio, traz quatro filtros para o reconhecimento desta responsabilidade criminal: as autocolocação e heterocolocação em risco, o princípio da confiança e a realização de ações perigosas. Pela autocolocação em risco, o resultado lesivo decorre de uma conduta da própria vítima que ciente das consequências, cria risco proibido e exime o agente/imputado de responsabilidade criminal. Por esta perspectiva, o Estado reconhece o valor da capacidade de autodeterminação e liberdade da vítima, afastando o “*ius puniendi*” em uma situação fática que há resultado criminal relevante, porém decorrente da própria atuação do indivíduo que sofre a lesão.

direitos fundamentais (ALEXY, 2008. p. 103-106), isto é, podem ser relativizados no caso concreto, caso haja a necessidade de confrontá-lo com outro direito fundamental, sobretudo diante do fato deles comportarem natureza de princípios jurídicos (ADAMY, 2011. p. 35-37).

Já na desistência, conforme enuncia a ADAMY (2011, p. 47-48), temos um exercício de direito fundamental, por parte do titular, entretanto, por motivos outros, de maneira pontual e determinada, ele desiste de levar a efeito as possibilidades jurídicas conferidas pelo ordenamento jurídico.

Isto denota que o instituto apresenta características da temporalidade e da parcialidade, em relação ao direito fundamental em si, mas também não decorrem de uma atitude de autovinculação.

3.2 CONCEITO DE RENÚNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de renúncia é plútime e multifacetado, haja vista que para tentar expressar um plexo comum de situações, há autores que rechaçam a designação de “renúncia” para adotar o conceito de disposição voluntária de direito fundamental, mas que, ao fim e ao cabo, acabam por chegar ao mesmo denominador comum de doutrinadores que adotam a nomenclatura e o instituto de renúncia de direitos fundamentais – neste sentido, PIETZCKER (1978, p. 531 e 537).

Para tanto, adotaremos a conceituação trazida por NOVAES (1996, p. 271):

“Pela nossa parte entendemos que o menor denominador comum das situações de renúncia é, de facto, esse poder individual de dispor das posições jurídicas próprias tuteladas por normas de direitos fundamentais, de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da protecção do indivíduo face às entidades públicas, ou da qual resulta, vista agora da perspectiva do poder público, uma ampliação da margem de actuação deste relativamente à esfera protegida de direitos fundamentais de um indivíduo”.

Ademais, tal renúncia, conforme podemos depreender, resulta no indivíduo renunciante o entendimento do recebimento de um benefício maior do que aquele que teria na situação anterior de posição jurídica de direito fundamental mais fortalecida. Isto é, a benesse desta renúncia é maior que aquela proporcionada pelo exercício da posição jurídica de direito fundamental que anteriormente lhe estava facultada.

Por tudo isso, percebemos que existe uma questão de custo-benefício entre as posições jurídicas de direito fundamental entre a posição anterior e posterior à renúncia. Todavia, esta renúncia não pode ser entendida de maneira indistinta e absoluta, deve ser cotejada com os demais parâmetros de aferição do ordenamento jurídico, em especial, a proporcionalidade.

3.3 RENÚNCIA COMO DUPLA DIMENSÃO – EXERCÍCIO E AFETAÇÃO NEGATIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desta ótica acima traçada, outra importante abordagem diz respeito a esta dupla dimensão da renúncia, sobretudo diante de sua complexidade e necessidade de robustez argumentativa para aquilatá-la ao ordenamento jurídico de maneira correta.

CRORIE (2013), informa que essa mais-valia trazida pela renúncia de direito fundamental consubstancia-se também em um tipo de exercício do direito fundamental renunciado, isto porque eles se realizam também através de uma limitação “latu sensu”. Entretanto, tendo em conta que esta renúncia também acaba por trazer uma inescusável posição de enfraquecimento de posição jurídica, existe uma afetação negativa desse direito fundamental.

E a partir desta perspectiva, exsurtem requisitos inafastáveis para a configuração de uma hígida renúncia de posição jurídica de direito fundamental.

3.4 PRESSUPOSTOS PARA A RENÚNCIA

Tratando com minúcias sobre o assunto, ADAMY (2011, p. 59-70) enumera duas categorias de requisitos: subjetivos e objetivos.

Quanto aos primeiros, elenca ser necessário ter o titular Capacidade e que sua declaração de vontade seja expressa/inequívoca, inexistir coação de qualquer natureza. Já no que diz respeito aos pressupostos objetivos, elenca a disponibilidade e a renunciabilidade.

No que diz respeito à capacidade, devemos rememorar a distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato, sendo a primeira a aptidão para ser sujeito de direitos e a segunda para o exercício concreto de tais direitos.

Advoga o autor que para haver a possibilidade de renúncia de direitos fundamentais, para além da capacidade de direito, deve o agente ser capaz de exercê-la sem máculas. Quem também aceita uma utilização de critério de mesma natureza é CRORIE (2013), valendo-se dos ensinamentos relativos à capacidade de consentimento do Direito Civil e Penal português, mas aduz, por exemplo, que a capacidade para renúncia não deve necessariamente observar a capacidade negocial dos indivíduos.

O que se quer demonstrar é que o pretendente da renúncia deverá ter discernimento necessário para se submeter a uma posição jurídica de direito fundamental enfraquecida.

Já no que diz respeito a declaração voluntária, ambos os autores citados acima também declinam ser necessário que a declaração de vontade não sofra por pressões externas que possam macular o julgamento do renunciante, pois caso o agente esteja sob alguma condição extraordinária – tal como os elementos acidentais dos negócios jurídicos, e.g., dolo ou coação – não existe uma prognose prévia completa dos ganhos e perdas que circundam a renúncia de posição de direito fundamental.

Mas neste caso, também importante asseverar que o simples caso de existência de renúncia envolvendo particular e Poder Público não pode ser afastada sob a premissa genérica de que essas partes não estão em situação de igualdade, diante do o Poder Público ostentar seu poder de “imperium”.

Esta perspectiva diminuiria significativamente a abrangência do instituto e o reduziria para os casos de relações entre particulares, algo extremamente pueril e que não encontra sequer conformação na realidade, tal como, por exemplo, vemos nos casos de programas especiais de parcelamento tributários – REFIS – em que a situação de renúncia envolve o contribuinte e o Poder Público³.

Quanto à disponibilidade, talvez tenhamos o ponto mais sensível de discussão, posto que aqui repousa um tema de grande complexidade, qual seja, a possibilidade ou não do Estado proteger o indivíduo contra ele mesmo, exurgindo daí, as questões relacionadas ao paternalismo jurídico e todas as suas implicações, nos moldes abordados por VALDÉS (1988, p. 155-173), ATIENZA RODRÍGUEZ (1988, p. 203-214) e DE SCHUTTER (2014, p. 481-508).

³ Este ponto será trazido no final como abordagem prática de aplicação do instituto da renúncia no Direito brasileiro.

Ao largo desta discussão demasiadamente profunda, fica mais claro que quanto mais particular é o direito fundamental, maior seu grau de disponibilidade. Nos casos em que temos a preponderância do caráter objetivo de tais direitos, haveria um óbice maior para sua disponibilidade e conseqüente renúncia.

Neste ponto, tal como já asseverado, estamos situados na quadra em que havendo violação a direito fundamental de deveras importância ao Estado de Direito, o enfraquecimento de uma posição jurídica individual acaba por reverberar no sistema como um todo.

Assim, aqui cabe já deixar consignado que diversos fundamentos podem ser elencados para justificar a possibilidade de renúncia de direitos fundamentais e a depender de qual delas estejamos a sustentar, a resposta sob esta questão pode mudar, pois somente no caso concreto poderemos sentenciar se a renúncia é cabível ou não.

NOVAIS (1996, p. 324) enuncia de maneira categórica que:

“Em última análise, não é a natureza abstracta da posição de direito fundamental que determina decisivamente a sua disponibilidade, mas antes o balanceamento dos interesses e razões contrárias que, a propósito da disponibilidade, se projectam e confrontam na situação concreta de renúncia, ainda que aí assumam especial significado o grau de intensidade com que, no caso concreto, resultam essencialmente afectados interesses públicos ou interesses predominantemente pessoais.

Assim, é possível conceber como válida uma renúncia a um direito fundamental que, em princípio, apresenta uma forte componente social, tal como, em contrapartida, uma renúncia a um direito eminentemente pessoal pode ser considerada inválida, sendo que, num caso e noutro, a decisão é fundamentável em considerações sobre a disponibilidade relativa do bem em causa”.

Por tudo isso, percebemos que também aqui temos o manejo da ponderação como termômetro para aferir a pertinência ou não da disponibilidade “in concreto”, sopesando os interesses sociais e pessoais na renúncia pretendida.

Já no que se refere à renunciabilidade, podemos concluir que a renúncia não poderia ser um enfraquecimento eterno de posição jurídica de direito fundamental, sob pena de converter-se em verdadeira abdicação.

Isto posto, para que seja viável falar em renúncia, ela deve conter uma cláusula de renunciabilidade, em que pese também fazer com que o renunciante arrependido se submeta a conseqüências jurídicas desta atitude de retorno ao “status quo ante”.

3.5 FUNDAMENTO DA RENÚNCIA

Neste particular é possível identificar, no mínimo, três fundamentações que dariam guarida a possibilidade de renúncia de posição jurídica de direito fundamental: A) o princípio da dignidade da pessoa humana; B) o direito ao desenvolvimento da personalidade; e C) o concurso de direitos fundamentais.

3.5.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme consignado de “lege lata”, o Estado Democrático de Direito brasileiro erige como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme depreende-se do disposto no art. 1º, III, da CRFB/88.

A partir deste parâmetro, toda a ordem jurídica brasileira é iluminada a fim de concretizar o supracitado princípio, sendo verdadeiro vetor axiológico interpretativo e bússola justificante da própria existência do Estado.

Nesta toada, conforme bem delimitado por CRORIE (2013), sob os auspícios dos ensinamentos de NOVAIS (1996, p. 327), que a dignidade da pessoa humana funciona como sendo “limite absoluto de possibilidade de renúncia”, além de também ser “fundamento do próprio poder de disposição sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais”.

Entretanto, o conceito de dignidade da pessoa humana não é uníssono, comportando diversas concepções. Dentre elas, por certo, devemos nos afastar daquelas que realizam uma superlativização do conceito para obstar o reconhecimento de um grau maior de liberdade individual.

CRORIE (2013), enuncia que, normalmente, a jurisprudência usa o referido argumento como um “know out” ou como “conversation stopper” e, a partir dessa invocação, deixa-se de ser necessário dar maiores explicações ou se aprofundar na argumentação jurídica.

Assim sendo, diante da complexidade e profundidade desta questão, mister se faz encontrar um quadrante comum e pacífico sobre sua conceituação. Por isso, importante consignar posição exarada por PEREZ LUÑO (1999, p. 318) sobre o tema:

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos

externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação (Selbstbestimmung des Menschen) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza”.

Desta feita, é possível concluir que a dignidade da pessoa humana não pode ser um obstáculo, ao ponto de transmutar-se em verdadeiro dever de dignidade pelo qual o indivíduo tem ablada sua vontade de autodeterminar-se na medida e da maneira que bem entender, tendo por ciência, claro, a existência de dever de não atentar contra a dignidade de terceiros.

Da cláusula da dignidade da pessoa humana, então, verifica-se fundamento suficiente para vislumbrar a possibilidade de exercício voluntário e vinculante de enfraquecimento de posição jurídica de direito fundamental.

3.5.2 PRINCÍPIO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Há quem entenda que existe um princípio genérico e autônomo ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto um feixe oriundo da liberdade e autonomia do ser humano. Desta feita, a eventual renúncia ou “não gozo” acaba por consagrar verdadeiro poder de disposição de posição jurídica de direito fundamental, conforme sustenta NETO (2004, p. 221-246).

CRORIE (2013), quando trata do tema e faz uma digressão histórica sobre o referido princípio, em especial tendo por base a doutrina e jurisprudência alemãs, enunciando que:

“A consagração do direito ao desenvolvimento da personalidade “teve sobretudo em vista a tutela da individualidade e, em particular, das diferenças”. Este direito visa salvaguardar “as singularidades da pessoa humana, naquilo que a caracteriza como diferente ou igual às demais, conferindo-se a cada um o direito de livremente optar pelo seu próprio projecto de vida”. Está aqui em causa o direito de a pessoa escolher livremente o seu destino e de conduzir a sua vida com autonomia e responsabilidade, de acordo com as suas convicções”.

Desta passagem é possível compreender que o Estado tem o dever de respeitar a individualidade dos cidadãos e garantir um mínimo de estrutura para que ele possa buscar a autossatisfação. Por isso, se tal objetivo perpassa pela sua convicção de que para alcançá-la será necessário ou será prudente realizar uma autocontenção de posição jurídica de direito fundamental, não pode este mesmo Estado, por razões de cunho objetivo/social, frustrar esta possibilidade de autodeterminação.

3.5.3 CONCURSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como posição intermediária, temos a concepção de CRORIE (2013) que aglutina os princípios da dignidade da pessoa humana e o do livre desenvolvimento da personalidade, vindo a sustentar que para fundamentar a possibilidade de renúncia de direitos fundamentais, haveria ainda o vislumbre que cada um dos direitos fundamentais acima elencados possuiria um conteúdo de autonomia ínsito que legitimaria o enfraquecimento voluntário de posição jurídica de direito fundamental.

3.6 REQUISITOS DA RENÚNCIA – RESERVA DE LEI E A “PREFERÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO”

NOVAIS (1996, p. 310-321), elenca que para a hígida manifestação de vontade dirigida ao exercício da renúncia de direito fundamental, deve esta respeitar a reserva de lei e ter a “preferência de Constituição”.

A reserva de lei visa exatamente tutelar o indivíduo, sobretudo diante da atuação estatal abusiva. Se imaginarmos ser possível haver disposição de posição jurídica de direito fundamental através da renúncia de maneira indiscriminada, teríamos a possibilidade de legitimarmos uma atuação estatal desmedida, a qual identificaria um momento de fraqueza ou circunstância de vulnerabilidade do renunciante para forçá-lo a enfraquecer sua posição de direito fundamental.

Por isso, a reserva de lei serviria de parâmetro de garantia de tutela adequada pela qual haveria um sopesamento feito por parte do legislador entre a posição primária e a posição renunciada de direito fundamental.

Neste ponto importante trazermos à baila uma segunda questão fortemente imbricada com a primeira. Exatamente para se provar que o Estado percorre o caminho correto que faculta ao indivíduo realizar uma autocontenção de posição jurídica de direito fundamental, mister que tal relação de enfraquecimento seja devidamente procedimentalizada.

A procedimentalização é o mecanismo pelo qual dá-se a devida legitimidade e fidedignidade dos atos praticados a um determinado objetivo, neste caso, a renúncia de direito fundamental.

Desta forma, havendo uma relação de verticalidade entre indivíduo e Estado, mister que seja garantido ao primeiro a ciência ampla e qualificada de todas as consequências jurídicas da renúncia de direito fundamental, pois caso contrário não teremos como provar que a livre disposição dada pelo particular se formou de maneira adequada e legítima.

Neste ponto, incontestemente a importância da atuação efetiva da advocacia, seja ela privada ou pública. Quanto a esta última, fica aqui demonstrada a necessidade de fortalecimento da instituição da Defensoria Pública, responsável pela tutela do hipossuficiente e que deve estar presente não somente perante o Poder Judiciário, mas também garantir cidadania aos indivíduos quando estes relacionam-se com demais entidades e órgãos estatais, tais como Ministério Público e Fazenda Pública.

Já a denominada “reserva de Constituição” nada mais é do que a verificação de se tal renúncia adequa-se aos parâmetros materiais da Constituição, é dizer, se respeitam os princípios e regras constitucionais, em especial, àqueles que dizem respeito à restrição de direitos fundamentais.

Diante do fato da Constituição não poder encerrar todas as possibilidades fáticas da realidade social, para os casos de renúncias não expressamente previstas no texto constitucional, haverá um sopesamento entre os interesses pelo enfraquecimento das posições jurídicas de direito fundamental e o interesse público, balaústre que pode obstar a ocorrência da pretendida renúncia.

Sempre temos de ter em mente que este balanceamento ocorrerá no caso concreto, não sendo possível realizar conjecturas apriorísticas ou fórmulas genéricas de quando será ou não possível realizar tal renúncia, haja vista que somente através da investigação dos elementos fáticos que permeiam aquela realidade que haverá a possibilidade de se decidir sobre o acerto da renúncia ou sua inadmissibilidade.

4 A RENÚNCIA DE DIREITO NO CASO DA INTERRUPÇÃO DE GESTAÇÃO POR MÁ FORMAÇÃO – O CASO DO RESP 1.467.888/GO

Para melhor elucidação da temática abordada, se faz necessário trazeremos um exemplo prático de aplicação do instituto quando de seu questionamento perante o Poder Judiciário. A

questão de fundo do julgado demonstra o exercício da renúncia de direito fundamental e a própria necessidade de tutela estatal em face à ataques desarrazoados praticados por terceiro.

No caso em tela, uma mulher descobriu que sua gestação gerava um feto com má formação consistente na síndrome de “Bory Stalk”, o que ocasionaria a impossibilidade de vida fora do útero. Por conta deste fato, ingressou com medida judicial para interromper a referida gestação, em respeito à sua autodeterminação.

O Judiciário expede um alvará para a interrupção da gravidez e a requerente é internada, vindo a receber medicação para induzimento do parto. Todavia, dois dias após esta internação, um terceiro maneja o remédio constitucional do “habeas corpus” para que fosse suspenso o tratamento indutivo e que houvesse o prosseguimento da gestação.

O terceiro obtém o provimento jurisdicional requerido e o tratamento indutivo é suspenso. Por sua vez, quinze dias após esta interrupção, a gestante retorna ao hospital já em trabalho de parto e dá à luz à criança que evolui para óbito em menos de duas horas após nascer.

Por conta deste quadro fático acima exposto, a gestante move uma ação civil de reparação por danos morais por conta do comportamento do terceiro e obteve sua condenação por abuso de direito.

O Tribunal da Cidadania entendeu que a conduta perpetrada pelo terceiro enquadra-se na figura do abuso de direito, esta como sendo parcela da denominada “boa-fé objetiva”⁴ que prevê a necessidade de enquadramento de condutas à standards de comportamento.

No caso em tela, vislumbramos, em especial, o dever do Estado em garantir a renúncia de Direito Fundamental exercida pela mulher que desejou interromper sua gravidez em decorrência da má formação fetal.

A gestante renunciou o direito de levar a diante sua gestação, tendo em vista a patente impossibilidade de vida extrauterina do feto e, para tanto, seguiu todos os trâmites burocráticos necessários, ao ponto de obter para si um provimento jurisdicional autorizativo da almejada interrupção. Entretanto, terceiro, baseado em questões religiosas, impetrou o “writ” para fazer valer o “direito” de o feto nascer, mesmo que sem chances de vida extrauterina, vindo a causar danos de ordem psicológica inenarráveis na gestante.

⁴ Vide art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Assim sendo, o Superior Tribunal de Justiça calcado no reconhecimento do dever de respeito à intimidade, liberdade e disposição do próprio corpo da gestante, condenou o terceiro pela sua atitude abusiva. Vejamos o aresto:

Controvérsia: dizer se o manejo de habeas corpus, pelo recorrido, com o fito de impedir a interrupção da gestação da primeira recorrente, que tinha sido judicialmente deferida, caracteriza-se como abuso do direito de ação e/ou ação passível de gerar responsabilidade civil de sua parte, pelo manejo indevido de tutela de urgência. Diploma legal aplicável à espécie: Código Civil - arts. 186, 187, 188 e 927. Inconteste a existência de dano aos recorrentes, na espécie, porquanto a interrupção da gestação do feto com síndrome de Body Stalk, que era uma decisão pensada e avalizada por médicos e pelo Poder Judiciário, e ainda assim, de impactos emocionais incalculáveis, foi sustada pela atuação do recorrido. Necessidade de perquirir sobre a ilicitude do ato praticado pelo recorrido, buscando, na existência ou não - de amparo legal ao procedimento de interrupção de gestação, na hipótese de ocorrência da síndrome de body stalk e na possibilidade de responsabilização, do recorrido, pelo exercício do direito de ação - dizer da existência do ilícito compensável; Reproduzidas, salvo pela patologia em si, todos efeitos deletérios da anencefalia, hipótese para qual o STF, no julgamento da ADPF 54, afastou a possibilidade de criminalização da interrupção da gestação, também na síndrome de body-stalk, impõe-se dizer que a interrupção da gravidez, nas circunstâncias que experimentou a recorrente, era direito próprio, do qual poderia fazer uso, sem risco de persecução penal posterior e, principalmente, sem possibilidade de interferências de terceiros, porquanto, ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio. (Onde existe a mesma razão, deve haver a mesma regra de Direito) **Nessa linha, e sob a égide da laicidade do Estado, aquele que se arrosta contra o direito à liberdade, à intimidade e a disposição do próprio corpo por parte de gestante, que busca a interrupção da gravidez de feto sem viabilidade de vida extrauterina, brandindo a garantia constitucional ao próprio direito de ação e à defesa da vida humana, mesmo que ainda em estágio fetal e mesmo com um diagnóstico de síndrome incompatível com a vida extrauterina, exercita, abusivamente, seu direito de ação. A sôfrega e imprudente busca por um direito, em tese, legítimo, que, no entanto, faz perecer no caminho, direito de outrem, ou mesmo uma toldada percepção do próprio direito, que impele alguém a avançar sobre direito alheio, são considerados abuso de direito, porque o exercício regular do direito, não pode se subverter, ele mesmo, em uma transgressão à lei, na modalidade abuso do direito, desvirtuando um interesse aparentemente legítimo, pelo excesso.** A base axiológica de quem defende uma tese comportamental qualquer, só tem terreno fértil, dentro de um Estado de Direito laico, no campo das próprias ideias ou nos Órgãos legislativos competentes, podendo neles defender todo e qualquer conceito que reproduza seus postulados de fé, ou do seu imo, havendo aí, não apenas liberdade, mas garantia estatal de que poderá propagar o que entende por correto, não possibilitando contudo, essa faculdade, o ingresso no círculo íntimo de terceiro para lhe ditar, ou tentar ditar, seus conceitos ou preconceitos. Esse tipo de ação faz medrar, em seara imprópria, o corpo de valores que defende - e isso caracteriza o abuso de direito - pois a busca, mesmo que por via estatal, da imposição de particulares conceitos a terceiros, tem por escopo retirar de outrem, a mesma liberdade de ação que vigorosamente defende para si. **Dessa forma, assentado que foi, anteriormente, que a interrupção da gestação da recorrente, no cenário apresentado, era lícito, sendo opção do casal - notadamente da gestante - assumir ou descontinuar a gestação de feto sem viabilidade de vida extrauterina, há uma vinculada remissão à proteção constitucional aos valores da intimidade, da**

vida privada, da honra e da própria imagem dos recorrentes (art. 5º, X, da CF), fato que impõe, para aquele que invade esse círculo íntimo e inviolável, responsabilidade pelos danos daí decorrentes. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1467888 GO 2014/0158982-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/10/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/10/2016 RJTJRS vol. 303 p. 95 RT vol. 976 p. 524) (grifo nosso)

Em que pese não termos a específica abordagem sob a ótica da renúncia de direito fundamental – da continuidade de uma gravidez de um feto com má formação – o intento pela ablação desta gestação consubstancia verdadeira renúncia, lídima sob os aspectos materiais e formais da Constituição e que não foi respeitada por terceiro que, calcado em razões religiosas, usou do Estado-Juiz para ver valer sua posição pessoal.

Tal conduta se amolda ao abuso de direito, figura parcelar da violação à boa-fé objetiva, e que veio a ser reconhecida devidamente pelo Tribunal da Cidadania, o qual condenou em danos morais o referido abusador de posição jurídica.

5 CONCLUSÃO

Inegável que no atual estágio de evolução jurídica e social, poder-se-ia pensar em fazermos uma filtragem de diversos exercícios de Direito Fundamental sob a ótica de sua eventual renúncia, pois é na diferença e na individualidade que o Estado autorreferencia.

A presente proposta não visa desconstruir a sedimentação de posições consolidadas de Direito Fundamental, mas sim analisar a pertinência de se vislumbrar a potencialização da Liberdade Individual, rememorando a doutrina que emprega maior valor ao caráter subjetivo de Direitos Fundamentais em detrimento de sua ótica objetiva.

Conforme delimitado no corpo deste trabalho, a renúncia de direitos fundamentais nada mais é que uma parcela do próprio direito fundamental, isto é, em cada um deles há um espaço que contempla a possibilidade de exercício da autonomia individual que gera o enfraquecimento de posição jurídica de direito fundamental pela qual o renunciante se autovincula.

Obstar aprioristicamente tal possibilidade é encarar o ser humano por uma perspectiva funcionalista demasiada, olvidando-se da parcela subjetiva dos direitos fundamentais. Ademais, a dignidade da pessoa humana, acompanhada do poder de livre desenvolvimento da personalidade dão guarida suficiente para que possa, desde que de “lege lata”, e conforme o

conteúdo material da Constituição, se vislumbrar na renúncia um reforço de juridicidade do próprio ordenamento.

Assim sendo, mister se faz que esta colheita de vontade de renunciar seja feita de maneira procedimentalizada, respeitando-se a vontade livre do indivíduo e com a ciência efetiva dele sobre os efeitos de tal renúncia. Em acréscimo, o renunciante terá a certeza que esta disposição é temporária, revogável e que decorre de uma livre disposição de vincular-se a uma posição de enfraquecimento de direito fundamental, sempre calcado no próprio Estado de Direito.

No caso trazido à baila para exemplificarmos a aplicação do referido instituto, temos o verdadeiro reconhecimento, por parte do STJ, da necessidade de se garantir que indivíduos possam devidamente renunciar de suas posições jurídicas de direito fundamental sem a intromissão indevida de terceiro.

Caso, contudo, tal terceiro use de mecanismos legítimos para abusar de posições jurídicas, dever-se-á ter reconhecida a necessidade de reparação dos sujeitos que perderam a oportunidade de renunciarem de posições que entendiam ser piores do que aquelas que seriam obtidas através da renúncia pretendida.

Por tudo isso, percebemos que a matéria pode ainda muito ser explorada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que mesmo para aqueles que advogam pela sua impossibilidade, a matéria renúncia é exercida diuturnamente em nossa realidade, mesmo que sob outra nomenclatura.

REFRÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMY, Pedro Agustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. **Discutamos sobre paternalismo**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 5, p. 203-214, nov. 1988. ISSN 2386-4702.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** – São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 abr. 2021.

_____. **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 3 mai. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** – São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2012.

CRORIE, Benedita Mac. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares.** Portugal: Almedina, 2013.

DE SCHUTTER, Olivier. **Waiver of Rights and State Paternalism Under the European Convention on Human Rights Renonciation.** Northern Ireland Legal Quarterly (June 6, 2014), vol. 51, n. 23, p. 481-508. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2446886>. Acesso em: 06 jan. 2021.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MENDES, Laura Schertel F. **Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade.** Direito Público. Porto Alegre, ano 4, n.13, p. 121-133 jul./set. 2006. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/544>. Acesso em: 06 jan. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, Maria Luísa Alves da Silva. **O direito fundamental à disposição do próprio corpo.** Revista da FDUP – A.4 (2004). p. 221-246.

NOVAIS, Jorge Reis. **Renúncia a direitos fundamentais.** In MIRANDA, JORGE (org.), *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 anos da Constituição*, Portugal: Coimbra Editora, 1996. p. 263-335.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 6. ed. Editorial Tecnos, 1999.

PIEROTH, BODO e SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais.** tradução: António Francisco de Sousa, António Franco. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2012.

PIETZCKER, Jost. **Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts.** Der Staat, vol. 17, 1978.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal;** tradução de Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel. **Curso de direito constitucional**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **A ideia de constituição: uma perspectiva ocidental-da antiguidade ao século XXI**. Cuestiones Constitucionales. 34(7): 169-209. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1405919316300063>. Acesso em: 3 mai. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Recurso Especial nº 1.467.888/GO**. 3ª Turma. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/10/2016, Data de Publicação: DJe 25/10/2016 RJTJRS vol. 303 p. 95 RT vol. 976 p. 524.

VALDÉS, Ernesto Garzón. **¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?** Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 5, p. 155-173, nov. 1988. ISSN 2386-4702. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-es-eticamente-justificable-el-paternalismo-juridico>. Acesso em: 06 jan. 2021.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. – São Paulo: Saraiva, 2009.